

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA PERTE D'UNE CHANCE

Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse,
notamment dans la responsabilité médicale

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

PAR

Christoph Müller

Stämpfli Editions SA Berne · 2002

Monsieur Christoph MÜLLER est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée:

«La perte d'une chance : Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale»

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 18 janvier 2002

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Ernest Weibel

Le même ouvrage a été publié aux Stämpfli Editions SA Berne comme fascicule 666 de la série
Etudes de droit suisse ASR

fondées par le professeur Max Gmür †, continuées par les professeurs Theo Guhl † et Hans Merz †,
éditées par Heinz Hausheer, Dr en droit, professeur à l'Université de Berne.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2002

Réalisation intégrale par Stämpfli SA,
Entreprise d'arts graphiques, Berne

Printed in Switzerland

A mes parents

«Rien n'est absolument certain, et tout n'est pas également probable».

Georges DURRY, 70 RTDC (1972) p. 600

REMERCIEMENTS

Cette thèse a tout d'abord été rendue possible grâce au soutien, à la confiance et à la disponibilité du Professeur Olivier GUILLOD de l'Université de Neuchâtel. Je tiens à lui exprimer ici ma profonde gratitude. Je n'aurai probablement qu'un seul directeur de thèse durant toute ma vie ce qui rend les comparaisons difficiles. J'ai pourtant de la peine à m'imaginer qu'un meilleur puisse exister.

Mes remerciements vont également au Professeur Pierre WESSNER de l'Université de Neuchâtel qui – en tant que coauteur de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile – était un interlocuteur de choix pour discuter de problèmes d'actualité en matière de responsabilité civile. Je souhaite le remercier pour la correction attentive, critique et compétente de ce travail.

Je remercie aussi le Professeur Franz WERRO de l'Université de Fribourg qui a accepté de prendre ma thèse sous son aile en tant que co-rapporteur externe.

Je souhaite également remercier le Professeur Pascal MAHON de l'Université de Neuchâtel. C'est grâce à sa générosité et à la grande liberté qu'il m'a accordée que j'ai pu mettre sur les rails cette thèse de droit privé (!) pendant les deux ans durant lesquels j'ai été son assistant en droit constitutionnel.

Mes remerciements vont ensuite au Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique qui a généreusement financé mes séjours à l'Université de Columbia à New York et à l'Université de Paris I (Panthéon Sorbonne). Sans ce contexte, ma gratitude va aussi au Professeur Petros MAVROIDIS de l'Université de Neuchâtel. Sans son soutien, j'aurais probablement été privé de la chance de faire des recherches dans un cadre aussi stimulant que celui de l'Université de Columbia.

Mes remerciements vont aussi au Professeur William M. SAGE de l'Université de Columbia qui a guidé mes recherches en droit américain. Je souhaite également remercier la Professeure Geneviève VINEY de l'Université de Paris I (Panthéon Sorbonne) pour ses remarques critiques concernant la partie consacrée au droit français.

Ma reconnaissance va ensuite à Christian HAENNI et Jacqueline MATHEY qui étaient d'accord de corriger le français parfois peu orthodoxe d'un Suisse allemand ayant eu l'outrecuidance d'écrire une thèse dans la langue de Molière.

Je souhaite aussi remercier Julie BÉDARD, François VAN DEN BERGHE ainsi que l'équipe de la Bibliothèque Juridique Générale de l'Université d'Amsterdam pour leur soutien dans mes recherches en droits canadien, belge et néerlandais.

Ces remerciements seraient incomplets s'ils ne s'adressaient pas aussi à mon amie Rachel RIAT pour ses encouragements et son soutien affectueux tout au long de ce travail.

Table des matières

Table des matières.....	9
Abréviations principales.....	17
1 Introduction	23
2 La chance, les chances et le droit	27
2.1 Notion de chance(s).....	27
2.1.1 Hasard et probabilité	27
2.1.2 Influence de la philosophie	28
2.1.2.1 Omniprésence du hasard.....	28
2.1.2.2 Conception déterministe.....	29
2.1.2.3 Conception probabiliste.....	29
2.1.3 La chance (ou le hasard) et le droit	31
2.1.4 Les chances (ou la probabilité) et le droit	34
2.1.4.1 Introduction.....	34
2.1.4.2 Probabilité mathématique.....	36
2.1.4.3 Probabilité statistique	37
2.1.4.4 Probabilité estimative	39
2.1.4.5 Caractère objectif des probabilités et de leur l'évaluation.....	44
2.2 Perte d'une chance.....	47
2.2.1 Importance du phénomène.....	47
2.2.2 Définition	47
2.2.3 Perte d'une chance et le droit.....	48
2.3 Résumé et conclusion.....	49
3 Droit français	51
3.1 Caractéristiques du préjudice réparable.....	51
3.1.1 Caractère certain du préjudice.....	51
3.1.2 Particularités selon le type de responsabilité	53
3.1.3 Evolution des caractéristiques du dommage réparable	53
3.1.4 Evaluation du préjudice	54
3.2 Espèces	55
3.2.1 Introduction.....	55

3.2.2	Préjudice actuel	56
3.2.2.1	Notion	56
3.2.2.2	Exemple classique: cheval de course empêché de courir	56
3.2.2.3	En matière contentieuse	60
3.2.2.4	Autres exemples	63
3.2.3	Préjudice futur	69
3.2.3.1	Notion	69
3.2.3.2	Perte d'une chance d'obtenir des secours alimentaires	70
3.2.3.3	Perte d'une chance d'améliorer sa situation sociale	73
3.2.4	En particulier: chances de guérison et de survie	79
3.2.4.1	Introduction	79
3.2.4.2	Aperçu de la responsabilité médicale	80
3.2.4.3	Responsabilité civile (contractuelle)	87
3.2.4.4	Responsabilité administrative	91
3.2.4.5	Responsabilité pénale	93
3.3	Appréciation par la doctrine	96
3.4	Création d'un risque durable	97
3.5	Résumé et conclusion	98
4	Droit américain	101
4.1	Origines	101
4.2	Approches	103
4.2.1	Introduction	103
4.2.2	Approche du tout-ou-rien (" <i>All-or-nothing approach</i> ")	104
4.2.3	Approche de la chance substantielle (" <i>Substantial chance approach</i> ")	106
4.2.4	Approche de la causalité atténuée (" <i>Relaxed causation approach</i> ")	108
4.2.5	Approche de la chance pure (" <i>Pure chance approach</i> ")	109
4.2.6	Etat actuel de la jurisprudence	111
4.3	Limitation au domaine médical	112
4.3.1	Refus constant d'extension	112
4.3.2	Tentatives d'extension à la responsabilité des avocats	113
4.4	Création d'un risque durable	114
4.5	Résumé et conclusion	118
5	Autres systèmes juridiques	119
5.1	Introduction	119

5.2 Droit allemand	121
5.2.1 Introduction	121
5.2.2 Jurisprudence et doctrine	121
5.2.3 Création d'un risque durable	128
5.2.4 Perte d'une chance dans le domaine médical	128
5.3 Droit anglais	134
5.3.1 Introduction	134
5.3.2 Jurisprudence et doctrine	135
5.3.3 Création d'un risque durable	138
5.3.4 Perte d'une chance dans le domaine médical	141
5.3.5 Chances indemnisables	145
5.4 Droit belge	147
5.4.1 Introduction	147
5.4.2 Jurisprudence et doctrine	147
5.4.3 Création d'un risque durable	148
5.4.4 Perte d'une chance dans le domaine médical	149
5.4.5 Chances indemnisables	152
5.5 Droit néerlandais	154
5.5.1 Introduction	154
5.5.2 Jurisprudence et doctrine	154
5.5.3 Création d'un risque durable	157
5.5.4 Perte d'une chance dans le domaine médical	158
5.5.5 Chances indemnisables	160
5.6 Droit canadien	161
5.6.1 Introduction	161
5.6.2 Jurisprudence et doctrine	162
5.6.3 Création d'un risque durable	166
5.6.4 Perte d'une chance dans le domaine médical	167
5.6.5 Chances indemnisables	174
5.7 Résumé et conclusion	175
6 Situation en Suisse <i>de lege lata</i>	177
6.1 Législation	177

6.1.1	Législation interne.....	177
6.1.2	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.....	177
6.2	Jurisprudence.....	178
6.2.1	Absence de décision.....	178
6.2.2	Arrêt de l' <i>Obergericht</i> zurichois de 1988.....	179
6.2.3	Sentence arbitrale de 1998.....	181
6.3	Résumé et conclusion.....	181
7	Principe d'une indemnisation de <i>lege ferenda</i>	183
7.1	Révision totale du droit de la responsabilité civile.....	183
7.1.1	Propositions de la commission d'étude.....	183
7.1.2	Avant-projet de loi sur la responsabilité civile.....	185
7.2	Controverses et confusions doctrinales.....	188
7.3	"Solutions" actuelles face à la causalité incertaine.....	192
7.3.1	Principe du tout-ou-rien.....	192
7.3.2	Critiques.....	197
7.3.3	Palliatifs.....	199
7.3.4	Création d'un risque durable.....	205
7.4	Arguments pour et contre.....	209
7.4.1	Arguments pour.....	209
7.4.1.1	Remède aux défauts de la méthode du tout-ou-rien.....	209
7.4.1.2	Meilleure compensation.....	210
7.4.1.3	Meilleure prévention.....	211
7.4.2	Arguments contre et leur manque de pertinence.....	214
7.4.2.1	Détournement du lien de causalité naturelle.....	214
7.4.2.2	Caractère aléatoire du dommage.....	214
7.4.2.3	Caractère artificiel du dommage.....	216
7.4.2.4	Plus d'erreurs dans l'évaluation du dommage.....	217
7.4.2.5	Recours excessif aux données statistiques.....	219
7.4.2.6	Risque d'une responsabilité sans limites.....	224
7.4.2.7	Augmentation des coûts de la santé.....	226
7.5	Résumé et conclusion.....	228
8	Une théorie suisse de la perte d'une chance	231
8.1	Problème de procédure ou de fond?.....	231

8.2 Problème de causalité ou de dommage?	233
8.2.1 Introduction	233
8.2.2 "Fausse" théorie: problème de causalité	233
8.2.2.1 La causalité et sa preuve en droit actuel	233
8.2.2.2 Expériences négatives du droit français en matière médicale	234
8.2.3 "Vraie" théorie: problème de préjudice	239
8.2.3.1 Solution dogmatique cohérente	239
8.2.3.2 Le dommage et sa preuve en droit actuel	242
8.2.3.3 Perte d'une chance comme dommage indemnisable	248
8.3 Conditions d'application	251
8.3.1 Titre de responsabilité	251
8.3.2 Illicéité ou violation d'une obligation contractuelle	253
8.3.3 Caractère aléatoire de l'enjeu total	254
8.3.4 Chance d'obtenir l'avantage escompté	257
8.3.4.1 Caractéristiques qualitatives	257
8.3.4.2 Caractéristiques quantitatives en général	263
8.3.4.3 Chances inférieures à 50% en particulier	264
8.3.4.4 Seuil minimal en particulier	266
8.3.4.5 Seuil maximal en particulier	271
8.3.4.6 Preuve de la chance	272
8.3.5 Perte de la chance	272
8.3.6 Lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et la perte de la chance	274
8.3.7 Absence de contrat aléatoire	275
8.4 Introduction par la législation ou la jurisprudence?	278
8.4.1 Création prétorienne?	278
8.4.2 Disposition spécifique?	278
8.5 Résumé et conclusion	279
9 Champ d'application général	281
9.1 Chances passées et futures	281
9.1.1 Arguments pour une distinction	281
9.1.1.1 Droit français	281
9.1.1.2 Droit anglais	284
9.1.2 Manque de pertinence des arguments	286
9.1.3 Exclusion du domaine médical?	289
9.2 Chances dont la réalisation dépend de la victime	291
9.2.1 Cas typique: défaut d'information	291

9.2.2	Solution actuelle en droit suisse.....	293
9.2.3	Tendances dans les droits français et anglais.....	297
9.2.3.1	Droit français.....	297
9.2.3.2	Droit anglais.....	300
9.2.4	Arguments contre l'application de la théorie et leur manque de pertinence.....	302
9.2.5	Arguments pour l'application de la théorie.....	305
9.3	Perte d'une chance et création d'un risque durable.....	307
9.3.1	Proximité des deux phénomènes.....	307
9.3.2	Critères de distinction et leur manque de pertinence.....	309
9.3.3	Création d'un risque comme dommage actuel.....	312
9.3.3.1	Principe.....	312
9.3.3.2	Danger de surcompensation ou de sous-compensation.....	314
9.3.3.3	Demandes à caractère spéculatif.....	315
9.3.3.4	Alternative consistant à surseoir à une décision.....	316
9.3.3.5	Responsabilité pour d'autres postes du dommage.....	319
9.3.3.6	Arguments de politique juridique.....	320
9.3.3.7	Autorité de la chose jugée.....	321
9.4	Résumé et conclusion.....	321
10	Domaines d'application spécifiques.....	323
10.1	Dommage actuel.....	324
10.1.1	Contentieux.....	324
10.1.1.1	Situation de <i>lege lata</i>	324
10.1.1.2	Critique de la méthode du "procès-dans-le-procès".....	327
10.1.1.3	Perte d'une chance.....	328
10.1.2	Négociations contractuelles.....	334
10.1.2.1	Situation de <i>lege lata</i>	334
10.1.2.2	Perte d'une chance.....	334
10.1.3	Marchés publics.....	336
10.1.3.1	Situation de <i>lege lata</i>	336
10.1.3.2	Perte d'une chance.....	340
10.2	Dommage futur.....	341
10.2.1	Estimation de nombreuses chances.....	341
10.2.2	Dommage consécutif aux lésions corporelles.....	342
10.2.2.1	Manque à gagner futur.....	342
10.2.2.2	Atteinte à l'avenir économique.....	345
10.2.3	Dommage consécutif au décès.....	348
10.3	En particulier: chances de survie ou de guérison.....	353
10.3.1	Responsabilité civile contractuelle.....	354

10.3.2	Responsabilité civile délictuelle	356
10.3.3	Responsabilité publique	356
10.3.4	Responsabilité pénale.....	358
10.4	Quelques applications spécialement discutées	360
10.4.1	Perte de la "chance" de ne pas avoir un enfant (" <i>wrongful birth</i> ").....	360
10.4.2	Perte de la "chance" de ne pas naître (" <i>wrongful life</i> ")	363
10.4.3	Perte d'une chance de longévité ou de vie.....	368
10.4.4	Perte d'une chance par une faute concomitante de la victime	369
10.5	Résumé et conclusion.....	372
11	Détermination des dommages-intérêts.....	373
11.1	Introduction	373
11.1.1	Difficultés	373
11.1.2	Nature de l'indemnité.....	375
11.1.3	Indépendance par rapport au préjudice final.....	375
11.1.3.1	Principe.....	375
11.1.3.2	Applications	376
11.1.3.3	Conséquences	378
11.2	Méthodes de calcul.....	380
11.2.1	En général	380
11.2.1.1	Méthode du pourcentage	380
11.2.1.2	Méthode discrétionnaire	382
11.2.1.3	Méthode des dommages-intérêts entiers	383
11.2.2	Selon le type de chances	383
11.2.2.1	Chances transmissibles.....	383
11.2.2.2	Chances non transmissibles.....	383
11.2.2.3	En particulier: chances en rapport avec la santé.....	384
11.3	Pour la création d'un risque durable.....	385
11.4	Demande de réparation complémentaire	387
11.5	Résumé et conclusion.....	388
12	Résumé et conclusion générale.....	389
13	Zusammenfassung.....	395
Annexes		401

I	Registre sommaire de jurisprudence.....	401
I.1	Droit suisse.....	401
I.2	Droit français.....	401
I.3	Droit américain.....	401
I.4	Droit anglais.....	401
I.5	Droit belge.....	402
I.6	Droit néerlandais.....	402
I.7	Droit canadien.....	402
II	Jurisprudence des Etats-Unis.....	403
	Bibliographie.....	413
	Index alphabétique.....	425

Abréviations principales

A.	Atlantic Reporter [USA]
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series [USA]
AA	Ars Aequi [NL]
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [A]
A.C.	Law Reports, Appeal Cases [GB]
aCst. féd.	Ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1974
AcP	Archiv für die civilistische Praxis [D]
A.D.2d	Appellate Division, Second Series [USA]
All E.R.	All England Law Reports [GB]
A.L.R.	American Law Reports [USA]
AP	Avant-projet
Ariz.	Arizona
Ark.	Arkansas
Ass. plén.	Assemblée plénière (Cour de cassation) [F]
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (= BGE, Bundesgerichtsentscheide)
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering [NL]
BOB	Bürgerliches Gesetzbuch [D]
BGH	Bundesgerichtshof [D]
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen [D]
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
Bull. (civ./crim./soc.)	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambres civiles/criminelle/sociale) [F]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [D]
BW	Burgerlijk Wetboek [NL]
C.A.	Recueil de jurisprudence du Québec – Cour d'Appel [CAN]
CA	Cour d'appel [F/B], Court of Appeal(s) [CAN/GB/USA]
CAA	Cour administrative d'appel [F]
Cal.	Californie
Cal. App.	California Appellate Reports [USA]
Cal. Rptr.	West's California Reporter [USA]
Can.Bar Rev.	Canadian Bar Review (= Revue du Barreau Canadien) [CAN]
Cass.	Cour de cassation (F/B = Hof van Cassatie)
Cass. (civ. 1 ^{re} /2 ^e)	Cour de cassation (première/deuxième chambre civile) [F]
Cass. (com.)	Cour de cassation (chambre commerciale) [F]
Cass. (crim.)	Cour de cassation (chambre criminelle) [F]
Cass. (soc.)	Cour de cassation (chambre sociale) [F]

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCF	Code civil français
CCI	Chambre de Commerce Internationale
C.C.L.T.	Canadian Cases on the Law of Torts [Can]
CE	Conseil d'Etat [F]
Ch.	Chambre
Cir.	Circuit [USA]
CLJ	Cambridge Law Journal [GB]
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations (RS 220)
Colo.	Colorado
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPCF	Code de procédure civile français [F]
CPF	Code pénal français [F]
CPPF	Code de procédure pénale français [F]
C.S.	Recueils de jurisprudence du Québec – Cour supérieure [Can]
CSSF	Code de la sécurité sociale français [F]
Cst. féd.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
D (H/P)	Recueil Dalloz & Sirey (hebdomadaire/périodique) [F]
D.	District [USA]
D ... chron.	Recueil Dalloz, partie Chroniques [F]
D ... da.	Recueil Dalloz, partie Dernières actualités [F]
D ... doc.	Recueil Dalloz, partie Doctrine [F]
D ... ir.	Recueil Dalloz, partie Informations rapides [F]
D ... jp.	Recueil Dalloz, partie Jurisprudence [F]
D ... pj.	Recueil Dalloz, partie Panorama de jurisprudence [F]
D ... somm.	Recueil Dalloz, partie Sommaires commentés [F]
Del.	Delaware
dir.	sous la direction de
D.L.R. (2d)	Dominion Law Reports, Second Series [CAN]
D.L.R. (3d)	Dominion Law Reports, Third Series [CAN]
D.L.R. (4 th)	Dominion Law Reports, Fourth Series [CAN]
DRiZ	Deutsche Richterzeitung [D]
E.	East(ern)
F.	Federal Reporter [USA]
F.2d	Federal Reporter, Second Series [USA]
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
Fla.	Floride
F.Supp.	Federal Supplement [USA]

Ga.	Georgia
GP ... jp.	Gazette du Palais, partie jurisprudence [F]
GP ... pj.	Gazette du Palais, partie panorama [F]
GP ... somm.	Gazette du Palais, partie sommaires [F]
GG	Grundgesetz
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review [USA]
High Tech.L.J.	High Technology Law Journal [USA]
HL	House of Lords [GB]
HR	Hoge Raad [NL]
Ill.	Illinois
JBf	Juristische Blätter [A]
JCP	Juriscasseur périodique (= Semaine Judiciaire) [F]
JO	Journal officiel [des Communautés européennes/F]
JR	Juristische Rundschau [D]
JT	Journal des Tribunaux [CH/B]
JW	Juristische Wochenschrift [D]
JZ	Juristen Zeitung [D]
Kan.	Kansas
KBD	King's Bench Division [GB]
Ky.	Kentucky
La.	Louisiana [USA]
LJ	Lord Justice [GB]
LQR	Law Quarterly Review [GB]
LRCiv	Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (Loi sur la responsabilité civile)
LS	Legal Studies [GB]
Mass.	Massachusetts
McGill L.J.	McGill Law Journal [Can]
Md.	Maryland
Me.	Maine
MedR	Medizinrecht [D]
Mich.	Michigan
Minn.	Minnesota
Miss.	Mississippi
MLR	Modern Law Review [GB]
Mo.	Missouri
Mont.	Montana
MR	Master of the Rolls [GB]
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [D]

N.C.	North Carolina
N.	North(ern)
N.E.	Northeastern Reporter [USA]
N.E.2d	Northeastern Reporter, Second Series [USA]
Neb.	Nebraska
Nev.	Nevada
N.Ill.U.L.Rev.	Northern Illinois University Law Review [USA]
N.J.	New Jersey
NJ	Nederlandse Jurisprudentie [NL]
NJB	Nederlands Juristenblad [NL]
NJW	Neue Juristische Wochenschrift [D]
NLJ	New Law Journal [GB]
N.W.	Northwestern Reporter [USA]
N.W.2d	Northwestern Reporter, Second Series [USA]
N.Y.	New York
N.Y.S.	New York Supplement [USA]
N.Y.S.2d	New York Supplement, Second Series [USA]
OGH	Oberster Gerichtshof [A]
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies [GB]
Okla.	Oklahoma [USA]
DLG	Oberlandsgericht [D]
Or.	Oregon
P.	Pacific Reporter [USA]
P.2d	Pacific Reporter, Second Series [USA]
Pa.	Pennsylvania
Pas.	Pasicrisie Belge: Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique [B]
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP, Aktuelle Juristische Praxis)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
QBD	Queen's Bench Division [GB]
R. du B.	Revue du Barreau [CAN]
Rb	Rechtbank [NL]
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada (= S.C.R., Canada Supreme Court Reports) [CAN]
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger [F]
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR, Zeitschrift für Schweizerisches Recht)
RDSS	Revue de droit sanitaire et social [F]
Rec. CE	Recueil des décisions du Conseil d'Etat [F]
Req.	Chambre des Requêtes [F]
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance [F]

Rev. Dr. Santé	Revue de droit de la santé (= Tijdschrift voor gezondheidsrecht) [B]
RG	Reichsgericht [D]
RGAR	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités [B]
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes; Kommentar [D]
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [D]
RIDC	Revue internationale de droit comparé [F]
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec [CAN]
RGRK	Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes [D]
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [D]
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurance [CAN]
RS	Recueil systématique des lois fédérales
RSA	Revue suisse d'assurances (= SVZ, Schweizerische Versicherungszeitschrift)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ, Schweizerische Juristen-Zeitung)
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois (= ZBJV, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins)
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil [F]
RW	Rechtskundig Weekblad [B]
S	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts [F]
S.	South(ern)
S.C.	South Carolina
S.E.2d	Southeastern Reporter, Second Series [USA]
S.III.U.L.J.	Southern Illinois University Law Journal [USA]
SJ	Semaine judiciaire
S.L.T.	Scot Law Times [GB]
So.	Southern Reporter [USA]
So.2d	Southern Reporter, Second Series [USA]
S.W.	Southwestern Reporter [USA]
S.W.2d	Southwestern Reporter, Second Series [USA]
TA	Tribunal administratif [F]
TGI	Tribunal de grande instance [F]
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
TPR	Tijdschrift voor Privatrecht [B]
TvG	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht [NL]
U.S.	United States Supreme Court Reports [USA]

UWOLR	University of Western Ontario Law Review [Can]
Va.	Virginia
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht [D]
VI.T.Gez.	Vlaams tijdschrift voor gezondheidsrecht [B]
VR	Tijdschrift voor Verkeersrecht [NL]
Vt.	Vermont
W.	West(ern)
Wash.	Washington
Wash.L.Rev.	Washington Law Review [USA]
Wis.	Wisconsin
W.L.R.	Weekly Law Reports [GB]
W.Va.	West Virginia
Yale L.J.	Yale Law Journal [USA]
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Verwaltungsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung [D] (= Code de procédure civile)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

1 Introduction

Une patiente atteinte d'un cancer consulte une doctoresse qui retarde de manière fautive le traitement approprié. Quelques mois plus tard, la malade meurt. Nous ne pouvons pas savoir si la défunte aurait survécu si elle avait été traitée à temps. Elle aurait pu trépasser même avec un traitement diligent.

Une cliente charge son avocate de recourir contre un jugement, mais la mandataire omet fautivement d'attaquer la décision dans les délais. Nous ne pouvons pas savoir si le recours aurait été couronné de succès s'il avait été interjeté à temps. Les aléas de la justice auraient pu provoquer l'irrecevabilité ou le rejet du recours pour d'autres raisons.

Une parieuse mise sur un cheval de course. Le cheval est blessé par une automobiliste pendant le transport à l'hippodrome. Il est empêché de participer à la compétition. Nous ne pouvons pas savoir si le cheval aurait gagné la compétition s'il avait pu courir. Il aurait pu perdre pour d'autres raisons.

Les trois hypothèses ont ceci de commun que le lien de causalité entre le fait à la base de l'obligation de réparer et le dommage est incertain. Conformément au principe du tout-ou-rien, la juge suisse chargée d'établir la responsabilité de la doctoresse, de l'avocate et de l'automobiliste devra trancher radicalement la question de savoir si le comportement des défenderesses est une *conditio sine qua non* pour le dommage des demanderesses.

Il se pose alors la question de savoir pourquoi une juge suisse convaincue à 25% de la réalité d'un enchaînement causal, est-elle contrainte de refuser toute indemnité aux ayants droit de la patiente, à la justiciable ou à la parieuse. A l'inverse, on peut se demander pour quelles raisons un tribunal suisse doit-il accorder une pleine indemnité lorsqu'il estime que la doctoresse, l'avocate ou l'automobiliste a causé le dommage seulement avec une probabilité de 75%?

Etant donné que la certitude absolue n'est pas de ce monde et que tout n'est pas également probable, le choix radical du tout ou rien n'est pas adapté à la réalité telle que le droit est appelé à l'appréhender.

Le droit suisse a développé un certain nombre d'outils pour résoudre les problèmes découlant de la causalité incertaine: la causalité alternative, l'allègement et le renversement du fardeau de la preuve de la causalité naturelle, le jeu des facteurs de réduction lors de la détermination des dommages-intérêts et diverses présomptions. La plupart de ces tentatives pour atténuer les résultats inévitables auxquels conduit le régime du tout-ou-rien, cherchent à résoudre le problème sous l'angle de la causalité.

Il existe cependant une autre possibilité qui se situe au niveau de la notion de préjudice: reconnaître que la perte d'une chance est un dommage indemnisable. Alors que le droit de différents pays dispose d'une pratique plus que centenaire avec l'indemnisation de chances perdues, le droit suisse ne s'est jusqu'ici jamais vraiment intéressé à la théorie de la perte d'une chance. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile prévoit cependant l'introduction de l'indemnisation de chances perdues en droit suisse. Un examen des opinions des rares auteurs qui se sont prononcées à ce sujet montre toutefois qu'il règne une importante confusion autour de cette notion, nouvelle en droit suisse.

Le but de cet ouvrage consiste dès lors, d'une part, à clarifier quelque peu le débat en profitant notamment des expériences d'autres systèmes juridiques avec l'indemnisation de la perte

d'une chance. D'autre part, à développer, par le biais d'une approche comparative, une théorie suisse de la perte d'une chance: s'agit-il d'un problème de procédure comme semble suggérer la systématique de l'avant-projet, ou d'un problème de fond? S'il s'agit d'un problème matériel, relève-t-il de la causalité ou du dommage? Si la théorie a trait à la notion de dommage, la chance doit-elle être reconnue comme nouveau type de dommage? Voilà quelques-unes des innombrables questions que soulève la théorie de la perte d'une chance.

L'examen comparatif se concentrera sur un système de droit civil (le droit français) et un système de la *common law* (les droits des Etats-Unis). Pour les droits allemand, anglais, belge, néerlandais et canadien (notamment québécois), l'analyse se contentera de présenter sommairement les réponses à quelques questions récurrentes en matière d'indemnisation de chances perdues.

L'analyse comparative montrera en outre que c'est dans le domaine de la responsabilité médicale que l'indemnisation de chances perdues de survie ou de guérison donne le plus de fil à retordre aux juges et aux auteurs. C'est pourquoi ce travail mettra l'accent sur l'usage que les droits étrangers ont fait de la théorie en matière de responsabilité médicale.

La responsabilité de la doctoresse est souvent subordonnée à une faute de cette dernière. Cette thèse se concentrera donc logiquement sur la question de l'indemnisation de chances perdues dans le cadre des responsabilités contractuelle et acquiescente. Il est cependant important de noter que la théorie peut tout autant trouver application dans le contexte de responsabilités objectives simples et aggravées.

En 1989 déjà, GUILLOD estimait que «la théorie mériterait un ouvrage à elle seule tant elle pose de nombreuses questions théoriques difficiles»¹. Quelques années plus tard, c'était à WERRO de constater la même lacune en ces termes: «Cette théorie pourrait, à elle seule, faire l'objet d'une thèse»². STARK aussi a ressenti ce besoin: «Die Frage des Anwendungsbereichs einer solchen Zurechnung von Quoten und der entsprechenden Abschaffung des Alles-oder-Nichts-Prinzips ist noch wissenschaftlich abzuklären»³.

La voilà donc, cette thèse apparemment tant attendue.

Toutefois, conscient du fait que l'on ne termine jamais vraiment une thèse de doctorat mais qu'on l'abandonne simplement à un moment donné, je laisse maintenant aux lectrices le soin de finir le travail par une lecture attentive et la formulation de critiques provocantes et constructives.

¹ GUILLOD (1989), p. 79.

² WERRO (1993), n° 1014.

³ STARK (1991), p. 149.

AVERTISSEMENTS

En principe, cette étude tient compte de la jurisprudence et des ouvrages parus jusqu'au 30 juin 2001.

Les ouvrages inclus dans la bibliographie ne sont cités que par le nom de l'auteur et, si plusieurs écrits de la même auteur y figurent, par la date de parution.

Lorsqu'aucune personne spécifique n'est visée, cette thèse emploie le féminin. Il va cependant de soi que le féminin englobe aussi les membres du sexe "fort".

Les expressions "perte d'une chance", "perte de chances" et "perte de chance" ont la même signification.

2 La chance, les chances et le droit

- 1 **Plan.** – Dans ce travail, il sera beaucoup question de chance(s), d'aléa, de hasard et de risque. L'analyse de l'attitude du droit face à ces phénomènes (2.1.3 et 2.1.4), et notamment à celui des chances perdues (2.2), nécessite d'abord quelques clarifications terminologiques (2.1.1). Il sera ainsi plus facile de situer la théorie de la perte d'une chance dans son contexte historique et philosophique (2.1.2).

2.1 Notion de chance(s)

2.1.1 Hasard et probabilité

- 2 **Sens des mots.** – La signification du terme "chance"⁴ n'est pas la même selon que celui-ci est utilisé au singulier ou au pluriel. Au singulier, le mot "chance" désigne la manière favorable ou défavorable dont un événement se produit. Il prend ainsi une signification proche des mots "aléa"⁵ ou "hasard"⁶. Il peut également désigner la puissance qui préside au succès ou à l'insuccès dans une circonstance, ce qui rapproche le mot des termes comme "fortune" ou "sort". En signification absolue, le terme "chance" prend le sens de "bonne chance" et se rapproche de mots comme "bonheur" ou "veine"⁷. Au pluriel, le mot désigne les possibilités de se produire par hasard⁸ et s'apparente ainsi à la signification de mots comme "éventualité" ou "probabilité". Ce dernier terme a trois significations. Il désigne d'abord le caractère de ce qui est probable ou, autrement dit, la vraisemblance⁹. Il exprime ensuite la grandeur par laquelle on mesure le caractère aléatoire d'un événement ou d'un phénomène par l'évaluation du nombre de chances d'en obtenir la réalisation. Cette signification s'apparente ainsi au terme "fréquence"¹⁰. Le terme "probabilité" signifie aussi l'apparence ou l'indice qui laisse à penser qu'une chose est

⁴ Le mot "chance" a fait son apparition dans la langue française au 12^e siècle sous la forme de "*chéance*" qui signifiait "manière dont tombent les dés". Il provient du terme *cadentia*, de *cadere* "tomber" (Le Nouveau Petit Robert [Paris 1993], p. 341).

⁵ La première apparition dans un texte de langue française du terme latin date de 1852. Il signifiait au début "jeu de dés, hasard". C'est un événement imprévisible ou un tour imprévisible que peuvent prendre les événements (Le Nouveau Petit Robert [Paris 1993], p. 55).

⁶ L'origine du terme se situe au 12^e siècle sous la forme de "hasart" ce qui vient de l'arabe "*az-zahr*" (le dé), par l'espagnol "*azar*". Au Moyen Âge, le terme désignait un jeu de dés et le coup heureux de ce jeu (le six) (Le Nouveau Petit Robert [Paris 1993], p. 1074).

⁷ Le Nouveau Petit Robert (Paris 1993), p. 341.

⁸ Au pluriel, le mot a fait son apparition dans la langue française au 18^e siècle seulement. Théorie des chances et calcul de probabilités deviennent ainsi des expressions synonymes (Le Larousse du 19^e siècle, [Probabilité], définit le calcul de probabilités comme "ensemble des règles au moyen desquelles on calcule des chances").

⁹ Le Nouveau Petit Robert (Paris 1993), p. 1784. Quand il est question d'une grande ou d'une forte probabilité d'un événement, cette signification se recoupe avec la notion de chance au singulier. Voir, pour la même synonymie en anglais, FARWELL dans la décision anglaise *Chaplin v. Hicks*, [1911-13] All E.R. 224, 231a: "*if judges have used the word 'probability' more often than 'chance', it may be because the latter is less forensic*" (n° 179).

¹⁰ Le Nouveau Petit Robert (Paris 1993), p. 1784.

probable et se rapproche du mot "conjecture"¹¹. Le terme "risque" finalement désigne en général un danger éventuel plus ou moins prévisible¹².

- 3 "Lois du hasard". – Les deux significations principales du terme "chance(s)", à savoir le hasard et la probabilité, ne se trouvent pas en contradiction. En effet, si un événement fortuit, pris isolément, reste impénétrable quant à ses causes et à sa survenance, le regroupement de plusieurs d'entre eux, à condition qu'ils soient de même nature, permet de dégager des règles constantes, des "lois du hasard"¹³. La double définition fait donc apparaître dans les termes la nature même du phénomène, à savoir que la chance, insaisissable sur le plan individuel, peut être cernée et maîtrisée par le grand nombre. Les chances se calculent:

«[P]aradoxalement, l'accumulation d'événements "au hasard" aboutit [...] à une répartition parfaitement prévisible des divers résultats possibles. Le "hasard" n'est capricieux que coup par coup; à long terme, ses interventions répétées créent un certain ordre, ou du moins un désordre suffisamment organisé pour respecter dans bien des cas la loi normale¹⁴.

La chance éparse, le hasard, et la chance regroupée, la probabilité, ont leur importance pour la théorie de la perte d'une chance. Cette dernière se situe à l'intersection entre la chance individuelle comme élément de l'appréciation *in concreto* de la situation d'une lésée et la probabilité en tant que valeur statistique *in abstracto* (n° 310 ss). Le domaine médical illustre bien cette tension entre le cas individuel et concret et le phénomène général et abstrait: la science médicale s'intéresse plutôt au grand nombre, aux probabilités, tandis que la malade se préoccupe exclusivement de son cas unique¹⁵.

2.1.2 Influence de la philosophie

2.1.2.1 Omniprésence du hasard

- 4 Très peu de certitudes. – Point n'est besoin d'une grande expérience pour se rendre compte de la fréquence et de l'importance du facteur chance dans la vie de chacune, qu'on le désigne par son nom ou qu'on l'appelle coïncidence ou concours de circonstances. Il n'y a la plupart du temps que des probabilités parce que l'action omniprésente du hasard rend impossibles les certitudes. Personne ne connaît à l'avance l'enchaînement exact de sa vie, chacune voit le sort décider d'un certain nombre de choses, souvent gra-

¹¹ Le Nouveau Petit Robert (Paris 1993), p. 1784.

¹² En droit, il exprime l'éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer un dommage (Le Nouveau Petit Robert [Paris 1993], p. 1990).

¹³ BENABENT, p. 8.

¹⁴ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 95.

¹⁵ Serge MOSCOVICI, *Le hasard du sens commun*, in: E. Noël (éd.), *Le hasard aujourd'hui* (Paris 1991), p. 13: «[n]ous ne tolérons pas le hasard, nous pensons qu'il est absent des choses qui arrivent dans le monde et surtout celles qui nous arrivent à nous. Le refus de la contingence est frappant, en particulier dans le domaine médical. Si quelqu'un tombe malade, s'il est atteint d'une maladie grave, il ne se demande pas quelle est la probabilité de cette maladie, le pourcentage de gens qu'elle peut frapper, mais "pourquoi est-ce que cela m'arrive à moi?". Et il va chercher une explication concernant son cas singulier, le déterminisme de ce qui est vécu comme un malheur. Vous voyez l'écart: la science médicale connaît le grand nombre, les probabilités, mais ce qui importe au malade, c'est le cas unique. Pour lui, le hasard est le malheur, un mauvais hasard qui a fait son choix et l'a pris parmi les victimes. Et il n'y a pas de science des cas uniques, du malheur».

ves. Généralement, nous montrons une réaction de rejet par rapport à la chance au sens neutre du terme (n° 9 ss), ou le hasard dans nos vies.

2.1.2.2 Conception déterministe

- 5 **Chance comme somme de nos ignorances.** – Pour le courant déterministe du 19^e siècle dont LAPLACE était le représentant le plus célèbre, le hasard était la somme de nos ignorances¹⁶. Selon cette conception, toute cause produit un ou plusieurs effets parfaitement déterminés, et tout événement est l'effet exactement déterminé d'une ou de plusieurs causes. Lorsqu'un événement nous surprend, c'est que des causes que nous ignorons sont intervenues, ou que des causes que nous connaissons sont intervenues selon un processus que nous ignorons. Nous attribuons au hasard cet événement inexplicable et imprévisible¹⁷. Le hasard est ainsi subjectif, car il dépend de ce qu'ignore une personne.
- 6 **Influence sur la science du droit.** – La forte influence des courants philosophiques sur la science du droit au 19^e siècle a également eu un impact sur la systématique des grandes codifications¹⁸. En droit de la responsabilité civile, cela se manifeste notamment dans la présentation et l'appréciation des théories sur la causalité dans les grands traités¹⁹. C'est ainsi que l'on trouve de nombreuses allusions à la conception déterministe²⁰. C'est pourquoi les messages et commentaires concernant les projets du BGB et du Code Fédéral des Obligations ne justifient pas le principe de la causalité²¹. De toute façon, mentionner la probabilité serait aller à l'encontre de la conception qui régnait alors, à savoir une conception fondée sur la prévisibilité du comportement humain et la responsabilité de chacune y relative.

2.1.2.3 Conception probabiliste

- 7 **Critique et nouvelle approche.** – Des philosophes et des mathématiciennes ont jugé trop superficielle la notion laplacienne du hasard et ont tenté de développer un concept objectif de ce phénomène²². Les développements notamment en physique ont aussi provoqué l'abandon de la conception déterministe car nombre de phénomènes ne peuvent pas s'expliquer par le schéma classique de la cause et de l'effet²³. Même en présence de l'ensemble du savoir dans le domaine concerné, la spectatrice optimale ne saura jamais déterminer avec certitude comment un certain événement va se poursuivre, s'il n'est pas possible d'exclure que deux épreuves dans des conditions identiques amènent à des résultats divergents. De tels événements peuvent uniquement être décrits en termes de probabilités. Celles-ci résultent de l'enregistrement statistique d'épreuves conduites

¹⁶ Emile BOREL, *Le Hasard* (Paris 1938), p. 12: «Le hasard n'est que le nom donné à l'ignorance; pour un omniscient la probabilité n'existerait pas. [...] Quels que soient les progrès des connaissances humaines, il y aura toujours place pour l'ignorance, et par suite pour le hasard et la probabilité»; BOURSIN, p. 5 s.

¹⁷ Heinrich DAENIKER, *Das bundesrechtliche Verbot der Spielbanken (Artikel 35 BV)*, thèse (Zürich 1944), p. 103 s.

¹⁸ Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e éd. (Göttingen 1967), p. 478 ss.

¹⁹ Voir les explications sur le lien de causalité dans les traités de Franz LEONHARD (*Allgemeines Schuldrecht des BGB*, t. 1 [München 1929], § 60) et d'Enneccerus-Heinrich LEHMAN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 13^e éd. [Tübingen 1950], § 15).

²⁰ MÜHL, p. 583.

²¹ J. HABERSTICH, *Manuel du Droit Fédéral des Obligations*, t. 1 (Moudon 1886), p. 215 ss.

²² Jean LARGEAULT, *Hasards, probabilités, inductions* (Toulouse/Le Mirail 1979), p. 51.

²³ BRENNAN, p. 478 ss; REECE, p. 188 ss.

dans des conditions identiques ou d'enchaînements d'événements observés²⁴. L'attitude des juristes qui resteraient trop souvent tenantes d'un déterminisme absolu, a également été critiquée²⁵. Les juristes elles-mêmes considèrent de plus en plus que le droit ne devrait pas rester fermé à l'évolution des sciences naturelles et que la notion déterministe de la causalité est de moins en moins conciliable avec cette évolution²⁶. Pour sortir de l'impasse d'une définition trop déterministe du hasard, MOUQUIN propose de rechercher les concepts précis et quantitatifs indispensables à la définition du hasard dans les sciences du hasard (appelées aussi les sciences conjecturales ou stochastiques). Ces sciences considèrent en effet que les événements aléatoires sont définis et identifiables et qu'ils obéissent à des lois mathématiques²⁷. Elles ne livrent certes pas de définition du hasard²⁸, mais cela n'enlève rien à leur apport à la compréhension de la notion de chance(s) par les juristes. Il suffit dès lors que les sciences du hasard fournissent les critères permettant de mesurer le degré de probabilité ou de prévisibilité sans qu'il soit nécessaire qu'elles fournissent des réponses péremptoires sur l'essence de la chance au niveau métaphysique²⁹.

- 8 **Causalité adéquate.** – Dans le domaine de la responsabilité civile, l'application de ces réflexions a conduit au règne de la théorie de la causalité adéquate. Cette notion est plus restreinte que celle de la causalité naturelle car elle utilise la probabilité comme filtre pour la chaîne infinie de causes naturelles d'un événement³⁰. Le Tribunal fédéral, influencé en cela notamment par la jurisprudence allemande, ne fait pas exception à la tendance qui consiste à tenir de plus en plus compte de la probabilité dans le raisonnement juridique. Le *Reichsgericht* et le Tribunal fédéral utilisent ainsi la théorie de la causalité adéquate dès le début du siècle passé³¹. Cette méthode de tri entre les causes adéquates et les autres a cependant perdu de son importance ces dernières années, ce qui peut à nouveau être expliqué par des parallèles avec la philosophie³². D'un point de vue

²⁴ Ingeborg PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, 95 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1983) p. 306 s.

²⁵ NELL (p. 34) qui arrive à la conclusion que la vision déterministe du monde a été réfutée par les sciences naturelles modernes. L'accent d'études plus récentes se trouverait sur une combinaison de théories objectives et subjectives de probabilités. La notion normative et subjective ("*normativ-subjektiver Wahrscheinlichkeitsbegriff*") de laquelle part NELL (p. 54) va dans le même sens. Voir aussi MOUQUIN (§ 586, § 597 ss) qui estime que la définition déterministe du hasard n'est pas identifiable ni reconnaissable.

²⁶ Winfried MUMMENHOFF, *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität* (Köln/Berlin/Bonn/München 1997), p. 11 ss; Ingeborg PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, 95 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1983) p. 309.

²⁷ MOUQUIN, § 608.

²⁸ LARGEAULT, p. 80; Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 123.

²⁹ Albert JACQUARD (*Les probabilités*, 6^e éd. [Paris 2000], p. 123) qui avoue que «[l]e raisonnement probabiliste ne peut apporter de réponses aux questions d'ordre métaphysique posées par la Réalité ou le Hasard».

³⁰ MOHL, p. 583, 586.

³¹ ATF 41 II 90 [94]. Voir aussi, dans le domaine de la responsabilité civile, ATF 103 II 244, 102 II 237, 101 II 73, 87 II 120; Rapport explicatif, p. 107.

³² La théorie est également critiquée d'un point de vue purement juridique: ROBERTO, p. 75 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 4 n° 44 ss; Hans LAURI, *Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, thèse (Bern 1976), p. 18 ss, 31 ss; Walter LANZ, *Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang*, thèse (St. Gallen 1974), p. 36 ss; en droit allemand, MüKo-GRUNSKY, vor BGB 249 n° 42; LARENZ, § 27 II b p. 435 ss. On reproche notamment à cette théorie de confondre la faute et le caractère adéquat (LANZ, p. 70). L'extension que la

philosophique, la valeur cognitive du principe de la causalité doit en effet être abandonnée lorsque son caractère hypothétique et ainsi la possibilité de le vérifier est discutable³³. L'épistémologie scientifique moderne rejette également la conception de NEWTON de la causalité physique et préfère des concepts causals fondés sur des hypothèses qui seront ensuite testées par un raisonnement inductif et des preuves probabilistes³⁴. C'est donc le principe de la probabilité scientifique qui tend aujourd'hui à remplacer celui de la causalité et qui influence de plus en plus – quoique avec le retard habituel – la science juridique. La responsabilité médicale illustre bien cette tendance. Dans ce domaine, il est en effet souvent difficile d'établir une relation de cause à effet par des preuves directes, anecdotiques, non statistiques venant de la bouche de témoins³⁵. Les tribunaux sont donc obligés de s'accommoder du nouveau langage scientifique. En se basant sur des statistiques épidémiologiques ou autres, ils acceptent de plus en plus des évaluations probabilistes concernant la vraisemblance de la contribution de la doctoresse au dommage de la patiente.

2.1.3 La chance (ou le hasard) et le droit

- 9 **De l'exclusion à la cohabitation pacifique.** - En réagissant la vie des individus, le droit est inévitablement confronté au phénomène de la chance. Par nature, droit et chance ne sont pas faits pour une coexistence pacifique³⁶. Les occasions de conflits sont innombrables et perpétuelles. Fuyante, insaisissable, la chance vient constamment troubler des situations que le droit voudrait fixer, des rapports qu'il voudrait organiser, des évolutions qu'il voudrait prédéterminer. Sans cesse elle va à l'encontre des buts qu'il poursuit. Source d'incertitude, elle nuit à l'ordre; source de risque, elle nuit à la sécurité; créatrice d'iniquités, elle nuit à la justice. Pendant longtemps, le droit a cru pouvoir éli-

théorie a connu dans la jurisprudence du Tribunal fédéral est également critiquée (HONSELL [2000], § 3 n° 15; GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY, n° 2718, 2723; Heinz HAUSHEER, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 1995 und 1996*, 133 *RS/B* [1997] p. 448; KRAMER, p. 307; Hans LAURI, *Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, thèse [Bern 1976], p. 95; Henri DESCHENAUX, *Norme et causalité en responsabilité civile*, in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes* (Bâle 1975), p. 409). La doctrine allemande reproche à la théorie de la causalité adéquate de ne pas être en mesure de délimiter raisonnablement la responsabilité. Le recours à la probabilité statistique de la survenance du dommage serait un élément purement quantitatif qui ne laisserait pas apparaître le jugement de valeur incontournable (ESSER/SCHMIDT, § 33 I p. 225 ss; MüKo-GRUNSKY, vor BGB 249 n° 42; LARENZ, § 27 IIIb1 p. 440). L'application de la théorie par la jurisprudence est également critiquée pour le fait que l'enchaînement causal serait examiné *ex post* du point de vue d'une spectatrice "optimale". Disposant *ex post* de l'ensemble du savoir humain sur le déroulement des événements, celle-ci ne considérerait pratiquement jamais un lien causal comme étant inadéquat. La jurisprudence approcherait ainsi le lien de causalité adéquate de la causalité naturelle qui aurait justement dû être délimitée par l'exigence du caractère adéquat (ESSER/SCHMIDT, § 33 II 1b p. 233; LARENZ, § 27 IIIb1 p. 436 s., 439 s.). La doctrine allemande moderne, ainsi que le *Bundesgerichtshof* estiment d'ailleurs que l'application de la théorie de la causalité adéquate a cédé le pas à une approche basée sur l'équité (MÜHL, p. 586 s.).

³³ Joachim Ritter/Karlfried Gründer (éd.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. IV (Basel/Stuttgart 1976), p. 805 ("Kausalprinzip").

³⁴ Troyen A. BRENNAN, *Causal Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous-Substance Litigation*, 73 *Cornell Law Review* (1988) p. 478 ss.

³⁵ FLEMING (1989), p. 662.

³⁶ NELL, p. 15; John Stuart MILL, *A System of Logic*, vol. II (London 1943), p. 57: «Chance is usually spoken of in direct antithesis to law».

miner le hasard en l'excluant totalement du champ juridique³⁷. Cette méthode a été vouée à l'échec. Les explications d'ENGEL concernant l'attitude de la législatrice face aux contrats aléatoires (n° 405 ss) sont révélatrices:

«Ces contrats aléatoires sont vus par le législateur d'un œil défavorable. Il aurait pu les déclarer nuls, les interdire. C'eût été aller trop loin. S'ils sont indésirables ou dénués d'utilité sociale, ils ne sont pas carrément illicites ou immoraux [...]. Il n'est pas interdit de jouer ou de parier, encore que la loi n'approuve guère les déplacements patrimoniaux injustifiés, elle se borne ici à refuser son appui: pas d'action, pas d'exécution forcée»³⁸.

Le droit a alors décidé d'une attitude offensive, allant combattre la chance sur son propre terrain. C'est par le biais de l'aspect de probabilité des chances que le hasard a fait son entrée dans le champ juridique. En effet, l'aspect probabilité du phénomène chance ne peut qu'intéresser le droit. Celui-ci régit en effet une collectivité assez large pour que les manifestations de la chance, éparses au niveau des individus, puissent être regroupées et maîtrisées au niveau de son champ d'action. La chance n'est ainsi plus un phénomène spontané que le droit trouve à combattre, mais une science auxiliaire capable de l'aider. C'est par ce biais que le droit a commencé à anticiper les bouleversements fortuits des prévisions contractuelles (théorie de l'imprévision ou *clausula rebus sic stantibus*)³⁹. L'essor des contrats d'assurances qui n'ont pas d'autre but que de répartir sur le plus grand nombre possible la charge des risques de la vie individuelle, trouve son explication également dans cette évolution. C'est ainsi que le droit s'est aussi familiarisé avec un autre aspect de la chance, la spéculation, en réglementant les loteries et tirages au sort (art. 515 CO)⁴⁰ et la bourse⁴¹.

- 10 Limites. – La notion même de probabilité s'oppose cependant à celle de certitude. Elle peut essayer de pallier son absence, mais elle ne peut parfaitement la remplacer. Or c'est de certitudes que le droit est assoiffé. C'est sur elles qu'il pourrait fonder l'infailibilité et la sécurité absolues qu'il recherche. Dans sa lutte contre le hasard, l'alliée qu'il trouve en la notion de probabilité ne peut donc lui assurer une totale victoire.

³⁷ L'attitude du droit face aux jeux de hasard est révélatrice à ce sujet. La République helvétique d'abord, la grande majorité des cantons ensuite et les différentes versions de l'article 35 aCst. féd. ont tenté d'interdire les jeux de hasard ou, au moins, les maisons de jeu (MOUQUIN, p. 28 ss). C'est seulement en 1993 qu'un nouvel article 35 aCst. féd. (art. 106 Cst. féd.) a levé l'interdiction des maisons de jeu. Voir aussi la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (RS 935.52), ainsi que le Message y relatif du 26 février 1997 (FF 1997 III 137) et le Message sur les mesures d'assainissement des finances fédérales du 25 mars 1992 (FF 1992 III 341, 372 s.). En France, le jeu a également été soumis à l'ignorance générale en droit civil et à une répression fréquente en droit pénal (BENABENT, n° 63 ss).

³⁸ ENGEL (2000), chap. 24 n° 145.3. C'est pourquoi le jeu et le pari donnent seulement naissance à des obligations naturelles.

³⁹ ENGEL (1997), chap. 60 n° 247 ss. Pour l'évolution en droit français, BENABENT, n° 88 ss.

⁴⁰ Selon l'article 513 CO, le jeu et le pari ne donnent aucun droit de créance. Le nouvel article 515a CO, introduit par la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu, a cependant la teneur suivante: «Les jeux de hasard dans les maisons de jeu donnent un droit de créance dans la mesure où ils se sont déroulés dans une maison de jeu autorisée par l'autorité compétente» (FF 1998 5020). Pour les régimes juridiques privés et publics du jeu et du pari dans différents pays européens, voir MOUQUIN, § 110 ss.

⁴¹ Voir la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1). Pour le droit français, BENABENT, n° 101 ss.

- 11 **Bastions du hasard.** – Malgré l'astuce de la probabilité, le hasard est loin d'être complètement maîtrisé par le droit. En premier lieu, le système mis sur pied pour contrecarrer le hasard est imparfait. Il existe ainsi un certain nombre d'aléas qui n'ont pas été absorbés par le droit, pour la simple raison que le droit a toujours essayé de combattre le hasard au lieu de tenter de l'intégrer⁴². L'absence de responsabilité pour le hasard pur (*nemo pro casu tenetur*)⁴³ ainsi que la reconnaissance du cas fortuit comme facteur de réduction dans la responsabilité pour faute⁴⁴ ou la reconnaissance de la force majeure comme fait interruptif du rapport de causalité adéquate⁴⁵ en sont des exemples. Il y a ensuite toute une série d'aléas qui restent mal maîtrisés à cause de l'absence de mécanismes de compensation. En font partie le risque de l'insolvabilité d'une débitrice, les aléas inhérents aux moyens de preuve ou les incertitudes propres à chaque domaine comme les aléas de la justice dans le contentieux ou l'aléa thérapeutique en matière médicale. Finalement, le ver est en quelque sorte dans le fruit: phénomène humain, le droit est lui-même soumis au hasard et crée des incertitudes et des imprévisibilités, alimentant par là le hasard pesant sur les sujets de droit⁴⁶.
- 12 **Champ d'action laissé volontairement au hasard.** – La prise en charge par la collectivité du destin des individus a ses limites et une certaine responsabilité – au sens moral du terme – doit rester le corollaire de la liberté. Parfois, le droit laisse obligatoirement une part de hasard à la charge des individus, et ceci à des fins morales (les règles qui limitent le champ d'action d'une assurance et qui laissent à l'assurée tout ou partie de la charge du coup du sort qui l'a frappée⁴⁷), économiques (la règle de base en matière de responsabilité civile *casum sentit dominus* qui veut que la lésée supporte en principe elle-même son préjudice à moins qu'elle puisse, exceptionnellement, le faire supporter à une autre personne⁴⁸), et d'impartialité (le tirage au sort⁴⁹).

⁴² BENABENT, n° 116 ss, pour le droit français.

⁴³ REY, n° 580. En droit de la responsabilité civile, le hasard est considéré comme "tout événement qui contribue à la survenance d'un dommage et se produit sans intervention de la volonté humaine" (DESCHENAUX/TERCIER, § 28 n° 33; REY, n° 418; KELLER/GABI, p. 108; MERZ, p. 233).

⁴⁴ REY, n° 417; BREHM, art. 43 CO n° 52 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 28 n° 33 ss; KELLER/GABI, p. 108 s.; MERZ, p. 232 s.; ATF 109 II 304 [312]. HONSELL (2000, § 9 n° 6 s.), par contre, estime que ce genre de cas ne devrait pas exister logiquement: ou bien le préjudice était prévisible au sens de la théorie de la causalité adéquate, alors seule une réduction pour une faute légère serait envisageable, ou bien le préjudice n'était pas prévisible, alors toute responsabilité est exclue faute de causalité adéquate.

⁴⁵ La force majeure est un "événement imprévisible et extraordinaire survenant avec une force irrésistible" (DESCHENAUX/TERCIER, § 4 n° 56; REY, n° 574 ss; KELLER (2002), p. 94 ss; KELLER/GABI, p. 33; ATF 111 II 429 [433]). La force majeure est aussi considérée comme un hasard d'une très grande intensité (BREHM, art. 41 CO n° 142; OFTINGER/STARK, § 3 n° 142).

⁴⁶ BENABENT (n° 128 ss) fait ici la distinction entre les aléas du contenu du droit (le développement tentaculaire de toutes sortes de réglementation qui rend le droit de plus en plus compliqué et technique, l'internationalisation des problèmes juridiques, le rôle croissant de la jurisprudence avec ses nombreuses divergences en tant que créatrice du droit) et ceux de l'application du droit (phénomènes d'ineffectivité, risque de jugements contradictoires, différences selon que l'on tombe sur un "bon" ou un "mauvais" jury, etc.).

⁴⁷ Par exemple, les règles sur la franchise, sur l'institution du *bonus-malus* et sur la limitation de la couverture de l'assurance, comme l'impossibilité d'assurer certains risques (art. 14 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance [RS 221.229.1]) ou les règles sur les conséquences des fausses déclarations de l'assurée (art. 6 ss de cette loi).

⁴⁸ REY, n° 18 ss. La dépréciation monétaire en est un autre exemple.

- 13 **Choix de l'individu face au hasard.** - Pour que l'individu conserve un certain sens de responsabilité et la conscience que c'est à lui, au premier chef, d'assumer son propre destin, il peut être bon, tout en lui offrant des recours et des appuis de la part de la société, de lui laisser en partie la liberté de choisir ou de refuser ces appuis. C'est dans les contrats d'assurance que se manifeste ce choix en première ligne. Chaque personne est libre de se protéger contre certains risques (par la conclusion d'une assurance facultative) ou de les courir. Mais les individus ont également la possibilité de déplacer la répartition "standard" des conséquences du hasard par le droit dans différents types de conventions comme les accords portant sur les risques de perte, de détérioration et de dépréciation de la chose⁵⁰ et d'autres clauses sur la responsabilité⁵¹. A certains égards, le droit utilise le risque même comme moyen de dissuasion. Il y a en effet la liberté *juridique*, c'est-à-dire tout le champ des actes qu'il est permis de faire. Mais parmi ces actes, certains plaisent plus ou moins au droit. Il peut alors dissuader les individus d'accomplir les actes qui lui déplaisent en mettant certains risques liés à ces activités à la charge de leurs auteurs. Il y a aussi la liberté *matérielle*, qui permet aux individus d'accomplir en fait des actes interdits en droit. Et ce n'est souvent que par le risque de sanction qui pèse sur les individus que le droit peut devenir réalité.

2.1.4 Les chances (ou la probabilité) et le droit

2.1.4.1 Introduction

- 14 **Importance.** - La théorie des probabilités permet de dégager de la répétition d'événements fortuits certaines constantes dans les résultats, appelées "lois du hasard". C'est au 17^e siècle que notamment PASCAL a découvert l'existence de ces constantes et le parti que l'on pouvait en tirer en utilisant les observations du passé et du présent comme base de conduite face aux incertitudes de l'avenir⁵². Depuis cette époque, la théorie des probabilités s'est développée régulièrement jusqu'à nos jours⁵³ où, aidée par les progrès de la statistique et de l'informatique, elle constitue une discipline au sein des mathématiques. Aujourd'hui, il n'est pas de science qui puisse se passer des calculs de probabilités ou de leurs applications⁵⁴.
- 15 **Définition.** - De manière très schématique, cette théorie repose sur la constatation suivante: sur une série d'événements fortuits ou incertains de même nature, une proportion

⁴⁹ En droit suisse, le tirage au sort est par exemple employé pour la désignation de jurés (pour les tribunaux correctionnels et la Cour d'assises dans la procédure pénale neuchâteloise [art. 194 I Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945; RSN 322.0]), dans le partage judiciaire, aussi bien en matière de successions (art. 611 III CC) que pour la liquidation des régimes matrimoniaux (art. 246 CC) et le partage des titres fonciers (art. 882 et 883 CC).

⁵⁰ Les règles habituelles *res perit domino, res perit debitori et periculum est emptoris* peuvent par exemple être écartées par la volonté des parties (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 3288 ss; ENGEL [2000], p. 56 ss).

⁵¹ Notamment les clauses contractuelles excluant toute responsabilité avec leur effet de renverser le fardeau de la preuve. Cela a comme conséquence de transférer la charge des dommages fortuits, c'est-à-dire de tous ceux dont on ne peut déterminer la cause.

⁵² Jean-Louis BOURSIN, *Les structures du hasard* (Paris 1986), p. 6 ss; MOUQUIN, § 612; Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 5 ss; par contre, Jean LARGEALT, *Hasards, probabilités, inductions* (Toulouse/Le Mirail 1979), p. 48.

⁵³ Pour un aperçu de l'évolution historique des théories de probabilité, Jean-Louis BOURSIN, *Les structures du hasard* (Paris 1986), p. 10 ss; MOUQUIN, § 612 ss.

⁵⁴ Jean-Louis BOURSIN, *Les structures du hasard* (Paris 1986), p. 11; MOUQUIN, § 618.

constante de tel ou tel résultat peut être, en moyenne, observée⁵⁵. Cette proportion s'appelle la probabilité du résultat envisagé et consiste dans le "rapport du nombre des chances favorables à l'événement au nombre total des chances"⁵⁶. La probabilité est donc un nombre qui mesure le degré de confiance en la survenance d'un événement⁵⁷. L'avantage du concept scientifique de probabilité, c'est qu'il est exprimé par un rapport numérique. Il est quantifiable et susceptible d'opérations mathématiques. Il peut donc par exemple être utile en matière de responsabilité pour le calcul du dommage. La probabilité peut prendre n'importe quelle valeur entre 0 (0%), certitude de la non-survenance de l'événement, et 1 (100%), certitude de la survenance. Chaque fois que la probabilité est différente de 0 ou de 1, il y a incertitude plus ou moins grande quant à la réalisation de l'événement. Selon le type d'événement, ce nombre est calculé mathématiquement par analyse *a priori* des événements possibles; ou statistiquement par analyse *a posteriori* des fréquences constatées; ou par estimation à partir d'un corps d'informations censé pertinent⁵⁸. L'utilité théorique pour le droit des différentes manières de calculer les probabilités et leur utilisation effective par les juristes varient d'une façon à l'autre.

- 16 **Espérance, écart-type et intervalle de confiance.** – Les valeurs caractéristiques d'une variable aléatoire sont son espérance et son écart-type. Elles dépendent des résultats possibles et de leur probabilité. L'"espérance" est le résultat moyen attendu⁵⁹. Par rapport à l'espérance de la variable, chacun de ses résultats possibles présente un écart, en plus ou en moins, éventuellement nul. L'"écart-type" est une moyenne de ces écarts⁶⁰. Les écarts par excès et par défaut s'inscrivent symétriquement de part et d'autre de l'espérance. Les écarts de même valeur absolue (dont les carrés sont égaux) ont la même probabilité de se réaliser, qu'ils soient positifs ou négatifs. On peut ainsi calculer, pour une variable aléatoire, une fourchette de résultats, centrée sur l'espérance, qui correspond à une probabilité donnée que le résultat réalisé se situera à l'intérieur de cette fourchette. C'est ce qu'on appelle un "intervalle de confiance"⁶¹. La probabilité est fonction de la grandeur de l'écart. C'est ce que visualise la bien connue "courbe de GAUSS" ou "courbe en cloche". Cette courbe ordonne les résultats possibles de part et d'autre de l'espérance, selon leur probabilité de survenance. Les plus probables se situent autour du résultat moyen attendu; plus ils sont éloignés, plus ils sont improbables.
- 17 **Condition: le grand nombre.** – L'application de la probabilité requiert une série, la plus nombreuse possible, d'événements de la nature envisagée. Ceci est vrai pour la

⁵⁵ BENABENT, n° 165.

⁵⁶ B. Bru (éd.), Antoine Auguste COURNOT, *Exposition de la théorie des chances et des probabilités*, t. I (Paris 1984), p. 22.

⁵⁷ GÉRALD MOUQUIN, *Définition et mesure des risques dans les jeux commerciaux*, communication à la 10th Conference on Gambling and Risk-Taking (Montréal 4 juin 1997), n° 3.

⁵⁸ NELL, p. 19 ss. Cet auteur mentionne également la probabilité logique (p. 27 ss) qui ne représente toutefois pas d'intérêt dans le cadre de ce travail (p. 27 ss). Voir également, pour les différents types de probabilité, QUENDOZ (p. 93 ss) et KERKMEESTER (1993).

⁵⁹ GÉRALD MOUQUIN, *Définition et mesure des risques dans les jeux commerciaux*, communication à la 10th Conference on Gambling and Risk-Taking (Montréal, 4 juin 1997), n° 3.

⁶⁰ GÉRALD MOUQUIN, *Définition et mesure des risques dans les jeux commerciaux*, communication à la 10th Conference on Gambling and Risk-Taking (Montréal, 4 juin 1997), n° 3.

⁶¹ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 102 ss, 115 ss. GÉRALD MOUQUIN, *Définition et mesure des risques dans les jeux commerciaux*, communication à la 10th Conference on Gambling and Risk-Taking (Montréal, 4 juin 1997), n° 3.

théorie des probabilités en général, mais particulièrement pour ses applications en droit. D'abord, dans le passé, il faut donc d'assez nombreuses observations pour qu'une proportion significative, une probabilité objective, puisse en être déduite⁶². C'est là qu'intervient l'aide de la statistique. Ensuite, dans l'avenir, il faut encore un grand nombre de ces événements pour voir s'appliquer, sans risque d'écart, le rapport ainsi dégagé. C'est ce qu'enseignent les théorèmes de BERNOULLI quant à la fréquence d'apparition d'un événement aléatoire et de TCHEBYCHEV quant à la valeur moyenne d'une quantité aléatoire: l'écart entre les résultats probables et les résultats réels diminue au fur et à mesure qu'augmente le nombre total des références⁶³. Ainsi, les résultats de la théorie des probabilités sont d'autant plus utiles que le nombre de cas identiques est grand.

2.1.4.2 Probabilité mathématique

- 18 Notion.** - Selon la théorie "classique", la probabilité d'un événement est le rapport du nombre de cas favorables à la réalisation de l'événement au nombre total de cas, supposés tous également possibles (équiprobables)⁶⁴. La signification de cette définition s'illustre par les jeux de hasard. La probabilité de lancer un nombre pair avec un dé est de $\frac{1}{2}$: il y a trois cas "favorables", le nombre total des cas également possibles est de six. Il est évident que les six faces ont une probabilité égale d'apparaître, qui est de $\frac{1}{6}$. Si un ponte estime qu'un certain point a une probabilité autre de $\frac{1}{6}$, cela n'empêchera pas le dé de produire en moyenne une fois sur six le point en question, avec des écarts par rapport à cette moyenne qui obéissent à la loi normale ou loi de LAPLACE-GAUSSSE⁶⁵. Tout se passe donc comme si le point en question possédait en lui, intrinsèquement, un attribut "probabilité $\frac{1}{6}$ ", indépendamment des estimations de probabilités portées par les sujets extérieurs.
- 19 Utilité pour le droit: uniquement pour des événements équiprobables.** - Même si cette méthode est fondée sur des critères objectifs, son utilité pour le droit est limitée par le fait que dans la réalité, les événements ne sont que très rarement équiprobables. Le droit n'a ainsi qu'exceptionnellement recours à cette notion de probabilité pour des "jeux de hasard juridiques", par exemple par le biais du tirage au sort (note 49).

⁶² Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 58 ss. Cet auteur explique qu'en supposant que le monde réel possède des propriétés intrinsèques déterminant la probabilité pour chacun des deux événements possibles, "succès" et "échec", de se produire, la loi des grands nombres nous donne un moyen de parvenir à une mesure aussi précise qu'on le désire de cette propriété de la réalité. Il suffirait d'effectuer un nombre suffisamment grand d'expériences et de calculer la fréquence des succès obtenus. Cette fréquence se rapprocherait progressivement de la probabilité cherchée (p. 76).

⁶³ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 58 ss.

⁶⁴ NELL, p. 19; Jean-Louis BOURSIN, *Les structures du hasard* (Paris 1986), p. 18; MOUQUIN, § 620, 624.

⁶⁵ MOUQUIN, § 637; Albert JACQUARD (*Les probabilités*, 6^e éd. [Paris 2000], p. 94 s.) dit à ce sujet: «[C]ette loi traduit le comportement "asymptotique" d'une très grande variété de phénomènes où intervient [...] le hasard, c'est-à-dire de phénomènes résultant de processus mal connus, ou même inconnus. Voir aussi Paul DEHEUVELS, *La probabilité, le hasard et la certitude*, 3^e éd. (Paris 1996), p. 26.

2.1.4.3 Probabilité statistique

20 **Notion.** – La probabilité statistique définit les chances comme la fréquence d'un événement dans un collectif⁶⁶. Le collectif présuppose que les événements dont on cherche la probabilité soient répétables. Au contraire de la notion mathématique, la méthode statistique n'exige pas que les événements soient équiprobables. Cette méthode est souvent utilisée pour répertorier la fréquence d'issues favorables ou non de maladies (n° 308 ss). La solution consiste ici dans le recours à un inventaire, non plus abstrait, mais concret: on inventoriara le nombre de patientes avec un certain type de cancer dans des conditions bien définies, et le nombre de patientes qui ont survécu à ce cancer durant une période donnée. Un tel inventaire est une statistique. Le rapport entre le nombre de patientes atteintes de ce cancer et le nombre de malades triomphant de ce cancer est la fréquence observée des issues favorables de tel type de cancer, dans telles circonstances et pendant telle époque. Si l'on n'a pas de raison de supputer que les facteurs de cancer se modifieront dans l'avenir (par exemple par la découverte d'un nouveau médicament ou d'une nouvelle méthode thérapeutique), on attribuera à la probabilité de guérison d'un cancer du type défini, la valeur de la fréquence observée.

21 **Utilité pour le droit: uniquement en présence de séries.** – Evaluant la probabilité d'un événement défini en genre, à partir de fréquences observées, la probabilité statistique représente un attribut intrinsèque de l'événement. Sans quoi, la statisticienne n'admettrait pas que la connaissance de fréquences passées puisse renseigner sur les fréquences futures attendues. Contrairement à la méthode mathématique où la probabilité d'apparition d'un certain point est contenue dans *tout* dé correctement construit, la méthode statistique exige une différence entre choses considérées en genre et choses spécifiées:

- Si l'on pose la question de savoir quelle est la probabilité que n'importe quelle patiente atteinte d'un type défini de cancer a de survivre, on consultera les tables statistiques concernant ce type de cancer pour répondre. Tout se passe donc également comme si la probabilité de l'événement "survie" était contenue dans la patiente elle-même.
- Mais si l'on pose la question de savoir quelle est la probabilité de survie d'une patiente déterminée, on ne se contentera pas de la probabilité intrinsèque pour la patiente en tant qu'individu de genre (du point de vue de la statistique sur les issues favorables des cancers).

La méthode statistique pure ne peut donc trouver application pour la formation d'une décision juridique concernant un cas individuel et concret. Cette approche peut par contre être utile en présence de séries, par exemple comme technique d'élaboration du droit. Le processus de législation fait appel à la probabilité puisqu'il a pour but de prendre pour base de la règle de droit la situation moyenne, celle qui se réalise le plus souvent et a donc plus de chances d'être vérifiée dans chaque cas particulier⁶⁷. Cela se manifeste notamment dans l'élaboration des règles de preuve. Ici, la probabilité sert à éta-

⁶⁶ Richard VON MISES, *Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit - Einführung in die neuere Wahrscheinlichkeitslehre und ihre Anwendung*, 3^e éd. (Wien 1951), p. 263.

⁶⁷ Cela ressort bien de la description du procédé que donne GENY (p. 266): «opération intellectuelle consistant à dissiper les incertitudes [...] au moyen d'une affirmation audacieuse, qui tranche violemment le débat possible dans le sens le plus conforme à ce que l'ordre des choses permet normalement d'attendre» (mise en évidence ajoutée).

blir différents types de présomptions permettant de tirer des conclusions du connu pour l'inconnu⁶⁸. Ces présomptions qui n'expriment rien d'autre qu'une probabilité⁶⁹, ont pour but d'atténuer les aléas en matière de preuve. Etablir de telles présomptions répond à un besoin: puisque la juge est tenue de trancher, même en cas de doute, et que c'est la répartition du fardeau de la preuve qui est dans ces cas décisive⁷⁰, on lui donne par là le moyen de le faire avec le moins de risques d'erreur. Ces règles «rachètent par la vérité moyenne de leurs résultats l'arbitraire de leur application concrète»⁷¹. Pour atteindre ce but, les présomptions ne doivent s'appliquer qu'en cas de doute et elles doivent alors assurer plus de chances d'exactitude que d'erreur⁷². La probabilité joue également un rôle capital dans l'élaboration des règles de fond. Il existe en effet toute une série de dispositions qui sont directement fondées sur une présomption (au sens non juridique du terme). La probabilité ne sert ici plus à la recherche de la vérité, mais à déterminer le juste, c'est-à-dire, en l'absence de critère objectif, ce qui est considéré comme tel par le plus grand nombre dans un cas particulier. Un exemple typique est celui des lois supplétives, à savoir celles auxquelles les parties sont censées s'être implicitement référées dans le silence de leurs conventions. Ces règles doivent être établies en fonction de ce qui a le plus de chances d'être accepté comme réglementation par défaut par les intéressés. C'est de cette façon qu'elles rempliront le mieux leur rôle en allégeant les formes et complications pour le plus grand nombre⁷³. Ainsi, le premier avantage d'avoir un régime matrimonial légal qui répond aux vœux du plus grand nombre est de restreindre le nombre de contrats notariés, source de frais et de complications pour les époux⁷⁴. De telles règles proposeront également une solution équilibrée pour toutes celles qui ne se posent même pas la question et dont le silence n'est pas référence tacite à la loi mais in-

⁶⁸ KUMMER, art. 8 CC n° 317; GENY, p. 284.

⁶⁹ GENY, p. 296: «En définitive, [...] les motifs des présomptions de droit ne sont autres que les motifs mêmes de toutes règles juridiques. De sorte qu'il serait plus exact de dire, que ce sont celles-ci, qui prennent le revêtement technique de la présomption de droit, quand les faits, qu'elles encadrent, insusceptibles d'une démonstration adéquate, ne comportent que la preuve par induction de vraisemblances ou de probabilités». Il faut pourtant préciser qu'il serait faut de prétendre que la présomption de droit se base toujours sur des probabilités. En témoigne la règle des *commorientes* posée par l'article 32 II CC: «[l]orsque plusieurs personnes sont mortes sans qu'il soit possible d'établir si l'une a survécu à l'autre, leur décès est présumé avoir eu lieu au même moment». Cette présomption est manifestement contraire aux probabilités les plus plausibles. Ici, la présomption se justifie par la nécessité de fixer des faits dont la saisie est véritablement impossible. Voir aussi GENY, p. 287 s.

⁷⁰ VOGEL/SPÜHLER, chap. 10 n° 27 ss; ATF 107 II 269 [275].

⁷¹ GENY, p. 289.

⁷² BENABENT, n° 197; KUMMER, art. 8 CC n° 320: «Als eine besondere Art der Gesetzgebungstechnik bezwecken die gesetzlichen Vermutungen, die Praktikabilität des Rechts zu fördern [...]. Oft beruhen sie auf einer Wahrscheinlichkeitsfolgerung des Inhaltes, dass bei Feststehen eines Sachumstandes erfahrungsgemäss ein weiterer ebenfalls vorzuliegen pflegt [...]».

⁷³ Voir le Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1195: «On voit aussi clairement que le régime matrimonial ordinaire ne correspond plus, dans une large mesure, à la vie réelle».

⁷⁴ Voir par exemple l'analyse de la statistique fédérale sur les inscriptions dans les registres des régimes matrimoniaux comme moyen pour choisir le nouveau régime matrimonial ordinaire, contenue dans le Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1198 ss.

souciante ou ignorance⁷⁵. Un autre exemple typique de l'utilisation des probabilités statistiques par le droit est celui des présomptions irréfragables. Une probabilité, une présomption, se trouve souvent à la base d'une règle de droit impératif. Elle n'en est pas la seule composante: elle a seulement permis de déterminer les situations où l'intérêt supérieur poursuivi par la loi doit être protégé⁷⁶. Le procédé est par exemple employé pour la détermination de la capacité requise pour contracter mariage (art. 94 CC), de la majorité (art. 14 et 15 CC) et de l'électorat (art. 136 I Cst féd.). Ainsi, aucune citoyenne n'est admise à prouver par exemple que si elle n'a pas l'âge requis, elle est pourtant assez sensée pour voter.

2.1.4.4 Probabilité estimative

- 22 **Problème.** – Les deux premières méthodes ne sont pas aptes à fournir une base suffisamment concrète pour la décision de cas individuels. La méthode mathématique s'applique uniquement à des événements équiprobables. La méthode statistique ne donne que des indications sur toute la série mais non sur le cas isolé. La plupart des comportements humains, notamment dans le domaine de la responsabilité civile, ne sont par contre ni équiprobables ni répétables, de sorte qu'il est impossible de calculer abstractionnisme leur probabilité *a priori*.
- 23 **Illustration.** – Une patiente subit une opération chirurgicale destinée à l'ablation d'un sein atteint du cancer. Ce n'est pas parce que la chirurgienne a réussi les trois dernières opérations de cancer du sein qu'elle n'a forcément pas commis d'erreur dans l'intervention suivante. Ce n'est pas non plus parce qu'elle a réussi deux opérations sur trois l'année précédente que sa probabilité de réussite dans la prochaine intervention de ce genre est de 2/3. Chaque opération est au contraire une intervention individualisée, les multiples facteurs qui en influencent les résultats (état de santé de la patiente, dispositions physiques et psychiques de la chirurgienne, état de la science médicale, qualité du matériel d'opération etc.) n'étant pas susceptibles de se répéter identiquement dans d'autres circonstances. L'inventaire statistique des performances passées de la chirurgienne et de ses collègues donne des indications, mais est inapte à établir une évaluation incontestable de la probabilité de réussite de l'intervention. Sans quoi la chirurgienne serait tenue d'une obligation de résultat ou devrait refuser de procéder à l'intervention jugée, par expérience, trop dangereuse. En ce qui concerne les probabilités des comportements humains, il faut en outre tenir compte de la liberté, pour les intéressées, de modifier leurs actes en fonction de la probabilité subjective que d'autres personnes attribuent à leur conduite. Dans l'état actuel des sciences, l'appréciation des facteurs spécifiques d'un événement non répétable reste donc en partie subjective. Elle peut en effet varier d'un sujet à l'autre sans qu'il soit possible de prouver rigoureusement qui a raison.

⁷⁵ Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1195: «Le fait que 90 à 95 pour cent des couples vivent sous le régime de l'union des biens [...] ne signifie en aucune façon qu'il soit tenu par le peuple, et en particulier par les femmes, pour le régime idéal, qu'il soit enraciné dans la conscience juridique et qu'il soit effectivement appliqué. Ignorance du droit, laisser faire, crainte des formalités et, chez la femme, hésitation à proposer au mari un contrat de mariage sont quelques-unes des raisons pour lesquelles ces contrats ne sont pas plus nombreux».

⁷⁶ GENY, p. 348 ss.

- 24 **Prise en compte des facteurs extrinsèques.** — Pour rendre la probabilité statistique applicable au cas isolé, il faudra en plus tenir compte de facteurs extrinsèques, qui favorisent ou freinent par exemple les chances de survie d'une patiente atteinte d'un cancer. MOUQUIN appelle ces facteurs extrinsèques la probabilité d'efficacité, c'est-à-dire le degré de confiance qu'on a dans la capacité du facteur extrinsèque à produire l'événement ou à l'empêcher⁷⁷. En effet, même si l'on sait que telle patiente est atteinte de tel cancer, la mort de la patiente n'est pas certaine. Des doctresses peuvent intervenir et réussir à la guérir. La probabilité d'un événement affectant une chose spécifiée (une patiente déterminée) est donc fonction de la probabilité intrinsèque de la chose (le type de cancer et son stade d'avancement) et de la probabilité d'efficacité des facteurs extrinsèques (entre autres, le savoir-faire des doctresses). Quand la probabilité d'événement est évaluable mathématiquement *a priori*, c'est que l'efficacité de facteurs extérieurs est nulle⁷⁸. Quand la probabilité n'est pas évaluable *a priori*, mais seulement statistiquement, c'est que des facteurs étrangers à la chose ont, sur l'événement, une influence qui n'est pas mesurable *a priori*: les facteurs sont trop nombreux, leurs modes d'action ou d'interférence sont ignorés. L'utilité de la probabilité statistique est de permettre la prévision de ces événements alors que l'on continue à ignorer ou mal connaître les facteurs qui concourent à leur réalisation. La probabilité statistique tient compte globalement de ces facteurs. Tant que l'on envisage une chose de genre (toutes les patientes atteintes de ce type de cancer à ce stade d'avancement), la probabilité statistique suffit aux prévisions. En effet, n'étant pas renseigné sur les particularités d'une situation déterminée, on présuppose que les facteurs extérieurs agissent lors de chaque épreuve avec leur efficacité moyenne, telle qu'elle est intégrée dans l'évaluation statistique de la probabilité. Mais dès que l'on envisage une épreuve particulière ou une chose spécifiée (Madame A, atteinte d'un cancer de type B au stade C, opérée le jour D selon la méthode E et avec le matériel F par la doctresse G travaillant à l'hôpital H), on cherche à apprécier si les facteurs qui agissent favorisent ou freinent, par rapport à l'évaluation générale, l'apparition de l'événement. C'est pourquoi l'évaluation de la probabilité d'événements non répétables exige une analyse des conditions spécifiques qui accompagnent l'intervention chirurgicale.
- 25 **Probabilité des facteurs individualisés.** — L'évaluation de la probabilité de survie à un cancer du sein n'est ainsi pas affaire de jugement arbitraire. Tout se passe comme si chaque facteur portait en lui une probabilité d'efficacité que l'experte et la juge s'efforcent de cerner. Quel accroissement de la probabilité de survie entraîne la disponibilité d'un nouveau médicament? Cet accroissement n'est pas quelconque, estimé selon une impression subjective. Il faut tenter de le mesurer objectivement. Pour cela, on procédera par la même méthode que celle que l'on emploie pour mesurer la probabilité des événements répétables considérés en genre. La disponibilité d'un nouveau médicament contre le cancer en question peut par exemple être mise en corrélation statistique avec la fréquence de survie à ce cancer. On peut ainsi vérifier si et dans quelle mesure ce nouvel élément s'accompagne d'une augmentation du nombre moyen de survies. De la différence de fréquences relevée entre les survies à ce cancer sans le nouveau médicament et les survies au même cancer avec ce médicament, la statisticienne déduira la probabilité "efficacité de guérison" du médicament en question. La probabilité d'efficacité des facteurs est donc une probabilité statistique. En tant que telle, elle est susceptible de vérifi-

⁷⁷ MOUQUIN, § 694.

⁷⁸ Par exemple, quelque dé bien construit que l'on prenne et quelque procédé de lancement régulier que l'on choisisse, la probabilité d'apparition de chaque point sera toujours de 1/6.

cations ou de fondements expérimentaux. Elle peut être considérée comme une qualité intrinsèque du facteur (le nouveau médicament), comme la probabilité censée contenue dans la chose affectée par l'événement (patiente atteinte du cancer) apparaît comme un attribut intrinsèque de l'événement (la survie au cancer).

- 26 **Solution: la méthode estimative**⁷⁹. – Une intervention chirurgicale, un procès, une compétition sont aussi des événements non répétables, mais la probabilité de réussite, de succès ou de victoire ne peut affecter que des individus, pas des choses de genre. Selon MOUQUIN, la probabilité de réussite, de succès ou de victoire de chacune des patientes, demanderesse ou concurrentes ne peut être une de leurs qualités intrinsèques, stables, un attribut de la personne⁸⁰. Elle résulte tout entière de l'interaction des facteurs intrinsèques et extrinsèques qui agissent pour provoquer l'événement "issue de l'opération, du procès, de la compétition". C'est pourquoi la vérification ou le fondement expérimental de l'évaluation de la probabilité d'issue favorable dans ces événements n'est pas possible directement. Mais ni la difficulté de l'évaluation ni l'absence de vérification expérimentale directe n'entraînent que n'importe quelle valeur de la probabilité cherchée est aussi correcte ou aussi fautive qu'une autre. Si la gagnante d'un tournoi d'amatrices rencontre une championne internationale d'échecs, toute personne "raisonnable" admettra que la championne internationale est pratiquement sûre de remporter la partie. Les divergences ne concerneront que le "pratiquement", c'est-à-dire la différence entre l'unité ou la certitude et la probabilité de victoire de la championne. Cette probabilité est-elle de 99%, de 99,5%, de 98%, de 95%, voire de 90%? Entre ces valeurs, il n'est pas stupide d'hésiter. Mais celle qui jugerait que puisqu'il y a deux concurrentes, chacune a une chance sur deux de gagner (comme dans le jeu de dés), passerait pour déraisonnable, et chimérique celle qui soutiendrait que le plus probablement la championne cédera devant la gagnante locale. La faculté de réunir des événements non répétables et de les traiter du seul point de vue de leur probabilité permet donc une vérification expérimentale indirecte de la valeur des probabilités de victoire des participantes à une compétition⁸¹. La même chose vaut pour le traitement d'une maladie d'une patiente par une doctoresse, la défense des intérêts d'une justiciable par une avocate, et en général pour toute activité humaine. Même si cette probabilité n'est pas un attribut essentiel d'une patiente, demanderesse ou concurrente considérée, elle n'apparaît pas moins comme une valeur objective, contenue dans la réalité, distincte des jugements portés sur elle⁸². Au contraire de la probabilité statistique que le droit met à contribution en présence de séries (n° 21), la méthode estimative permet donc aussi une application au cas individuel et concret. Il s'agit en quelque sorte de la projection sur un cas particulier de la probabilité obtenue sur une série⁸³.
- 27 **Utilité pour le droit: en présence de cas isolés.** – Les résultats de la probabilité estimative représentent une ressource primordiale notamment pour les juges. La difficulté de juger n'est pas à souligner. Les incertitudes sont fréquentes, les évaluations difficiles et pourtant, les lois de procédure imposent à la juge de trancher l'inextricable. Dès lors, dans tous les cas où elle ne peut acquérir une certitude, la juge doit fonder sa décision sur

⁷⁹ En ce qui concerne la critique du manque d'appréciation *in concreto* de cette méthode pour une utilisation par le droit, voir n° 310 ss.

⁸⁰ MOUQUIN, § 699.

⁸¹ MOUQUIN, § 714.

⁸² MOUQUIN, § 716.

⁸³ BENABENT, n° 221; Erich DÖHRING, *Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung* (Berlin 1977), p. 142 ss.

une vraisemblance, une probabilité⁸⁴. Par l'effet de l'autorité de la chose jugée ("Rechtskraft"), présomption irréfragable de vérité⁸⁵, elle la transforme ensuite en certitude. L'évaluation probabiliste est donc un besoin pour la juge⁸⁶ et ceci pour la détermination de faits réels comme pour les pronostics sur la réalisation de faits futurs. En présence de cas isolés, la probabilité estimative est utile pour le droit à plusieurs égards: non seulement pour la détermination de faits réels (1), mais aussi pour déterminer ce que aurait été le présent d'après un passé différent (pronostic hypothétique [2]) ou ce que sera l'avenir d'après le présent (pronostic simple [3]):

- (1) **Faits réels:** toute mise en œuvre d'une règle de droit nécessite une base solide: des faits certains ou tenus pour tels. C'est à la juge du fond qu'il incombe d'établir ces faits. Et comme très souvent, ces derniers ne sont pas évidents, les magistrats vont devoir opérer un travail de recherche où la part de la probabilité n'est pas mince⁸⁷. C'est d'abord dans la preuve des faits matériels qu'intervient la probabilité⁸⁸. La juge civile, cantonnée par la maxime des débats aux moyens de preuve que lui apportent les parties, ne peut attendre d'avoir acquis une certitude pour accueillir ou rejeter une demande, mais une simple probabilité doit permettre de le faire. D'où le rôle extrêmement important des présomptions de fait (ou de l'homme) dans la preuve en matière de procédure civile (note 1023). Ces présomptions sont le fait d'un raisonnement qui consiste, en partant de l'existence d'un fait connu, à en induire la probabilité d'un fait litigieux. Le même raisonnement fondé sur la preuve par probabilité est utilisé dans la recherche de la volonté des parties en droit des obligations⁸⁹. Cette recherche est encore plus difficile dans le cadre de la détermination de la part d'un fait dans la survenance d'un événement, notamment pour permettre à la juge de se prononcer sur la question de la causalité du dommage en matière de responsabilité civile et administrative⁹⁰. Dans le système de la causalité adéquate, le recours à la probabilité est très direct puisque, dans cette théorie, le caractère adéquat de la causalité des différentes origines du préjudice est fonction des probabilités respectives que chacune avait, en général, d'entraîner le dommage⁹¹. Que ce soit dans la déter-

⁸⁴ HOHL, p. 129.

⁸⁵ VOGEL/SPÜHLER, chap. 8 n° 59 ss; Walther J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd. (Genève 1981), p. 305 ss.

⁸⁶ BENABENT, n° 222.

⁸⁷ BRÜLHART (2001), p. 30; HOHL, p. 129; STARK (1991), p. 101: «Der Richter muss seinem Urteil eine Zahl zugrunde legen, die ihrer Natur nach fließend ist. Sie lässt sich nicht durch eine Rechnung oder eine Messung ermitteln. Sie kann etwas grösser oder kleiner sein. Der Richter muss sie so wählen, dass sie der Wirklichkeit am wahrscheinlichsten gerecht wird. Häufig kann er sich dabei auf Statistiken stützen» (mise en évidence ajoutée).

⁸⁸ STARK (1991), p. 102 s.

⁸⁹ ATF 94 II 117 [118]. La volonté d'une partie est en effet interprétée, dans tout le domaine du droit des obligations, d'après le principe de la confiance ("Vertrauenstheorie") (ENGEL [1997], p. 216). Cette recherche se fonde toujours sur un ensemble de conjectures sur ce que les parties ont probablement voulu, lorsqu'un conflit d'interprétation s'élève à propos d'un acte juridique.

⁹⁰ STARK ([1991], p. 146 s.) qui donne l'exemple de la prise en compte systématique de la probabilité dans la capitalisation des rentes d'invalidité.

⁹¹ MÜHL, p. 585. Pour la causalité adéquate, n° 268. L'importance de la probabilité dans le caractère adéquat de la causalité ressort aussi de la formule utilisée par le Tribunal fédéral et admise par la doctrine pour décrire la causalité adéquate: «[L]a causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle cir-

mination d'un fait ou d'un lien de causalité naturelle, la probabilité doit suppléer pour la juge la certitude que, dans nombre de cas, elle n'a pu atteindre ou acquérir. La probabilité ne doit servir à la juge que comme une aide pour fixer des faits "tenus pour certains", à partir desquels pourra être mise en œuvre la règle de droit. Mais celle-ci se fondera sur une certitude judiciaire entière. La mise en œuvre ne doit pas se ressentir de la probabilité ayant servi à établir les faits qui sont à sa base. Cette technique n'est pas toujours utilisée à bon escient par les juges. Fréquemment les tribunaux pénaux, incertains, prononcent une peine mitigée, proportionnelle à la culpabilité de l'accusée. La fausseté de telles démarches indique clairement les frontières qu'il faut assigner à cette utilisation de la probabilité par la juge lorsqu'elle cherche à déterminer les faits: c'est à leur détermination seule que la probabilité peut servir, sans qu'elle déborde aucunement sur la règle de droit ensuite applicable.

- **(2) Pronostics hypothétiques:** en ce qui concerne les pronostics hypothétiques, le problème se pose de la manière suivante. Un dommage a été causé, un acte irrégulier passé, une décision illégale prise: autant d'hypothèses où le droit va venir corriger les faits tels qu'ils se sont réellement déroulés pour tenter de les reconstruire tels qu'ils auraient dû s'enchaîner et de rétablir la situation qui, dans le présent et à l'avenir, s'ensuivrait. Pour ce, la juge va devoir supprimer, fictivement ou réellement, le fait ou l'acte injuste, puis reconstituer par raisonnement les événements qui se seraient normalement déroulés sans lui. Il est évident que, dans cette reconstruction, la juge n'aura que très rarement de certitude et devra le plus souvent se contenter d'estimer ce qui se serait probablement passé, d'après ce qui se produit le plus souvent dans des cas semblables. C'est cette utilisation des probabilités à laquelle s'intéresse principalement ce travail. La responsabilité civile est un domaine où la probabilité est très fréquemment utilisée par le biais de pronostics hypothétiques⁹². Le propre de la responsabilité civile est en effet de replacer la victime «dans la situation qui serait la sienne si l'événement dommageable ne s'était pas produit»⁹³. Si ce but est généralement facile à atteindre en présence d'un dommage matériel, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel. L'article 42 II CO permet à la juge de déterminer équitablement le montant exact du dommage en considération du cours ordinaire des choses. Cela ne signifie rien d'autre qu'un renvoi direct à la prise en considération des probabilités – ou chances – en jeu. La probabilité d'événements futurs est alors souvent prise en compte pour l'évaluation du dommage⁹⁴. Cela se fait notamment pour l'évaluation du manque à gagner futur et de la perte de soutien futur

constance» (ATF 119 V 401 [406]); voir aussi ATF 123 V 98 [103], 122 V 415 [416], 121 V 45 [49], 118 V 286 [290], 117 V 359 [361], 117 V 369 [382], 115 V 133 [135]; REY, n° 595 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2715; DESCHENAUX/TERCIER, § 4 n° 31; BREHM, art. 41 CO n° 121; HONSELL (2000), § 3 n° 6 ss; KELLER (2002), p. 80 ss; KELLER/GABI, p. 27 ss; VON TUHR/PETER, p. 99. Pour l'importance de la probabilité dans la théorie de l'équivalence des conditions en droit français, BENABENT, n° 231.

⁹² Les Tables dites de "Stauffer/Schaetzel" pour le calcul des indemnités pour perte de gain durable en cas de lésions corporelles et pour perte de soutien en cas de décès de la victime directe sont l'exemple le plus parlant à cet égard. Voir aussi STARK (1991), p. 146 s.

⁹³ DESCHENAUX/TERCIER, § 23 n° 2.

⁹⁴ L'article 6:105 du Code civil néerlandais exprime cette idée plus directement en disant que le dommage futur s'évalue par une pesée de bonnes et de mauvaises chances ("na afweging van goede en kwade kansen"). Sur ce sujet en droit suisse, Flavio PERINI, *Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung*, thèse (Zürich 1994).

comme conséquence d'une lésion corporelle ou d'un décès⁹⁵. Mais aussi en présence d'un dommage actuel, il arrive que des chances soient prises en compte⁹⁶.

- (3) **Pronostics simples:** les pronostics simples sont utiles dans les domaines où l'action de la juge tend à être préventive. Elle ne doit pas alors juger une situation *a posteriori* mais au contraire l'anticiper pour prendre, s'il le faut, des mesures. Dans ce raisonnement, la juge se livre à deux pronostics: d'abord, elle doit prévoir ce qui se passera si elle laisse les choses suivre leur cours; ensuite, et s'il est probable que le cours naturel des événements conduise à une situation qu'il faut éviter, elle doit intervenir et pour cela estimer les conséquences probables des différentes mesures qu'elle peut prendre et peser celle qui a le plus de chances d'atteindre le but qu'elle se propose. Les exemples les plus parlants de pronostics simples sont l'estimation des chances de réalisation de certains risques dans le futur, les mesures provisoires ou provisionnelles en matière de procédure (comme le séquestre ou la détention préventive), les actions préventives dans le cadre de la protection de la personnalité (art. 28 I ch. 1 CC) ou de la propriété (art. 679 CC), ou encore l'évaluation des chances de succès d'une procédure pour accorder ou refuser l'assistance judiciaire (n° 482).

2.1.4.5 Caractère objectif des probabilités et de leur l'évaluation

- 28 **Conditions.** - Pour que la probabilité puisse servir le droit dans ses différents domaines, il faut que (1) cette théorie soit fondée sur des critères objectifs et que (2) l'évaluation qui est faite des critères objectifs suive elle-même des règles objectives et rationnelles.
- 29 **(1) Caractère objectif des probabilités.** - L'examen précédent (n° 18 ss) a montré que toutes les probabilités d'événements pouvaient être considérées comme ayant une nature objective. Tandis que les scientifiques admettent cette proposition sans hésitation en ce qui concerne les probabilités mathématiques et statistiques⁹⁷, la même affirmation est sujette à caution en ce qui concerne les probabilités estimatives⁹⁸. L'analyse de la méthode estimative a cependant montré que même si cette dernière n'est pas un attribut intrinsèque d'une certaine patiente, justiciable ou participante à une compétition, elle n'apparaît pas moins comme une valeur objective, contenue dans la réalité, distincte des jugements de valeur portés sur elle⁹⁹.
- 30 **Caractère subjectif des informations.** - L'évaluation d'une probabilité est inévitablement fonction des connaissances ou de l'ignorance d'un sujet sur son environnement¹⁰⁰, en tout cas lorsqu'il est question de la probabilité d'événements qui se situent dans le

⁹⁵ Sont par exemple pris en considération: la durée probable du manque à gagner (tenant aujourd'hui compte de la probabilité de retraite; n° 513), les chances ou la probabilité de remariage (n° 514), le revenu hypothétique qu'aurait réalisé la lésée sans le fait dommageable (n° 503), la probable perte d'activité du soutien, la durée probable de vic de l'ayant-droit (n° 505).

⁹⁶ Pour l'évaluation du dommage découlant du manque à gagner effectif, il faut par exemple tenir compte de la probabilité avec laquelle la victime aurait continué à gagner le même revenu en l'absence du fait dommageable.

⁹⁷ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 102, 122 s.

⁹⁸ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 102, 122 s.

⁹⁹ MOUQUIN, § 716.

¹⁰⁰ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 32. Ian HACKING (*The Emergence of Probability* [Cambridge/London/New York/New Rochelle/Melbourne/Sydney 1975], p. 11 ss) parle de probabilité au sens épistémologique ("*dedicated to assessing reasonable degrees of belief in propositions quite devoid of statistical background*") par opposition à la probabilité au sens statistique ("*concerning itself with stochastic laws of chance processes*").

passé. Cette observation a amené certains anciens scientifiques comme DE FINETTI¹⁰¹ et RAMSEY¹⁰² à développer la théorie purement subjective de la probabilité. Cette dernière considère la probabilité non pas comme une appréciation subjective d'une donnée objective, mais comme une donnée qui n'existe que subjectivement¹⁰³. Ce courant scientifique définit la probabilité comme le degré de confiance ("Grad des Glaubens", "degree of belief") d'une personne en la réalité d'un événement¹⁰⁴. Le degré de confiance dépendrait alors de l'ensemble des informations dont dispose le sujet qui évalue la probabilité¹⁰⁵.

Le déroulement réel d'un accident médical est objectivement fixe, mais les expertes et les juges n'arrivent souvent pas à le déterminer. Le degré de connaissances des personnes appelées à évaluer l'enchaînement causal aura nécessairement une influence sur leur estimation de la probabilité fréquentielle de l'issue favorable d'une maladie. Le problème du caractère subjectif de l'évaluation de la probabilité se pose ainsi pour les trois types de probabilité¹⁰⁶. En effet, toute évaluation est par nature subjective, émanant d'un sujet pensant et mesurant la réalité. Elle est ainsi nécessairement fonction d'un corps d'informations susceptible de varier d'un sujet à l'autre¹⁰⁷. Il est vrai qu'une certitude, tant qu'elle reste purement subjective, ne prouve rien, vu que l'être humain, d'un point de vue plus philosophique, est séparé du réel par les moyens mêmes qui lui permettent de le percevoir et de le comprendre¹⁰⁸. La nature subjective de l'évaluation ne signifie cependant pas que la chose évaluée a une nature seulement subjective. Lorsque la chose mesurée existe objectivement (ce que l'analyse précédente des trois types de probabili-

¹⁰¹ Bruno DE FINETTI, *Foresight: Its Logical Laws, Its Subjective Sources*, in: H.E. Kyburg/H.E. Smokler (éd.), *Studies in Subjective Probability* (New York/London/Sydney 1964), p. 93 ss.

¹⁰² Frank P. RAMSEY, *Truth and Probability*, in: H.E. Kyburg/H.E. Smokler (éd.), *Studies in Subjective Probability* (New York/London/Sydney 1964), p. 61 ss.

¹⁰³ C'est notamment KEYNES qui a insisté sur le fait que les objets n'ont pas de probabilité en eux-mêmes, mais relativement au sujet qui les considère, dont l'évaluation dépend des informations qu'il possède, ou croit posséder. Voir aussi Paul DEHEUVELS, *La probabilité, le hasard et la certitude*, 3^e éd. (Paris 1996), p. 40 ss; Bertrand SAINT-SERNIN, *Hasard*, in: *Encyclopædia universalis*, vol. XI (Paris 1995), p. 225 s.; NELL, p. 35.

¹⁰⁴ Albert JACQUART, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 11; WALKER, p. 272 ss; NELL, p. 35; MOUQUIN, § 608, 630.

¹⁰⁵ John Stuart MILL, *A system of logic*, vol. II (London 1843), p. 72 s. Voir aussi Albert JACQUART, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 51 s. QUENDOZ (p. 98) illustre la mesure du degré de confiance par un pari fictif: Supposons qu'une personne A affirme que la Suisse devient championne du monde de football. Le pari prévoit que A touche seulement FRS 3.- si elle gagne le pari, mais doit payer FRS 7.- si elle perd. Si elle conclut le pari malgré cela, elle est alors convaincue qu'une probabilité supérieure à 0,7 plaide en faveur de la Suisse comme championne du monde. La répartition peut maintenant être changée jusqu'au point où il est indifférent pour A de miser sur la Suisse ou non. Dans le domaine judiciaire, c'est à ce point précis que se situe le degré maximal de conviction que la juge attribue à son prononcé. Voir aussi NELL, p. 44 ss.

¹⁰⁶ En ce qui concerne la probabilité mathématique il est par exemple évident que la probabilité d'amener un six, pour quelqu'un qui sait que le dé est pipé, ou le croit tel, a une valeur différente de celle que l'on attribuerait à chaque point pour un dé normal où l'apparition de toutes les faces est équiprobable.

¹⁰⁷ MOUQUIN, § 718.

¹⁰⁸ André COMTE-SPONVILLE, *Présentations de la philosophie* (Paris 2000), p. 71, 109.

tés a montré; n° 18 ss), les évaluations se divisent alors en des évaluations rationnelles, qui tendent à coïncider avec la réalité de la chose, et des évaluations irrationnelles¹⁰⁹.

- 31 (2) **Caractère rationnel de l'évaluation des probabilités.** - Le degré de confiance qu'une personne a dans la réalisation d'un événement ou dans la véracité d'une affirmation peut être plus ou moins rationnel ou raisonnable¹¹⁰. Un événement peut dès lors être tenu pour vraisemblable à raison ou à tort¹¹¹. Toute personne "raisonnable" attribue à un numéro quelconque d'un dé une probabilité d'apparition de un sur six. Celle qui soutiendrait que cette probabilité a une autre valeur, s'exclurait du cercle des personnes "raisonnables", sauf à prouver qu'elle dispose d'une information supplémentaire et particulière qui oblige à modifier l'évaluation mathématique *a priori* (n° 18). De même, toutes les docteuses "raisonnables" connaissant les lois élémentaires de la probabilité admettent que la probabilité d'issue mortelle d'un certain type de cancer est égale à la fréquence observée des issues mortelles des cancers du même type, si les circonstances (notamment les moyens de traitement) ne se modifient pas. En ce qui concerne les probabilités mathématiques et statistiques, les évaluations rationnelles sont donc identiques à niveau d'information égal. En ce qui concerne la méthode estimative par contre, la situation est différente. A niveau d'information égal, des évaluations rationnelles d'une probabilité estimative peuvent diverger dans une fourchette plus ou moins large, parce que certains facteurs de l'événement non répétable ne sont pas pondérables avec certitude. Le degré de confiance sera seulement rationnel ou raisonnable lorsque les évaluations sont menées selon les lois des sciences stochastiques. Les diverses lois du calcul des probabilités sont des outils destinés à obtenir des évaluations les plus proches possibles de la probabilité réelle. Une analyse détaillée des différents instruments des sciences du hasard et leur utilité pour le droit dépasserait le cadre de ce travail¹¹². La constatation que de tels moyens existent et qu'ils contribuent de manière raisonnable à la formation de jugements de probabilité objectifs suffit donc pour les besoins de cette étude. Les évaluations qui sont par contre formulées uniquement au sentiment, à l'intuition, sont irrationnelles. Ainsi, deux prévisions, même éloignées, de résultat d'élection, émanant d'instituts de sondage d'opinion travaillant selon des techniques statistiques sérieuses, seront rationnelles; l'évaluation que fera, au sentiment, l'habitue du Bar de l'Univers à Neuchâtel sera par contre irrationnelle.

¹⁰⁹ NELL (p. 47 ss) indique également des moyens d'objectivisation de l'évaluation de la probabilité pour construire une notion subjective et normative de la probabilité.

¹¹⁰ WALKER, p. 266 ss.

¹¹¹ NELL, p. 47.

¹¹² Le théorème de BAYES (Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. [Paris 2000], p. 32 ss; aux pages 53 s., JACQUARD explique aussi l'utilisation de la démarche bayésienne pour un diagnostic médical) est par exemple un tel instrument stochastique fréquemment utilisé. Voir aussi QUENDOZ, p. 98 ss; NELL, p. 47 ss. La littérature américaine a abondamment discuté l'applicabilité du théorème de BAYES pour l'appréciation des preuves par la juge: William B. FAIRLY/Frederick MOSTELLER, A Conversation about *Collins*, 41 *University of Chicago Law Review* (1973-74) p. 242 ss; Michael O. FINKELSTEIN/William B. FAIRLY, The Continuing Debate Over Mathematics in the Law of Evidence: A Comment on "Trial by Mathematics", 84 *Harvard Law Review* (1971) p. 1801 ss; Michael O. FINKELSTEIN/William B. FAIRLY, A Bayesian Approach to Identification Evidence, 83 *Harvard Law Review* (1970) p. 489 ss; John KAPLAN, Decision Theory and the Factfinding Process, 20 *Stanford Law Review* (1968) p. 1065 ss; V.C. BALL, The moment of truth: Probability Theory and Standards of Proof, 14 *Vanderbilt Law Review* (1960-61) p. 807 ss.

2.2 Perte d'une chance

2.2.1 Importance du phénomène

32 Hypothèse très fréquente. - Il est extrêmement fréquent qu'un acte susceptible d'engendrer la responsabilité d'une personne fasse perdre à autrui une chance de réaliser un profit ou d'éviter une perte. Très souvent un fait imputable à la responsable a permis ou facilité la réalisation d'un dommage, mais il est impossible d'affirmer que ce fait en a été la cause génératrice, ni même la condition *sine qua non*, parce que nulle ne saura jamais si, même en l'absence de cet fait, le dommage ne se serait pas produit. Les situations de perte d'une chance se caractérisent en général par une concurrence entre deux causes possibles pour la survenance du dommage: d'une part, le fait imputable à la défenderesse et, d'autre part, l'évolution naturelle des choses (ou le hasard) en l'absence d'une quelconque intervention de la responsable¹¹³. Il est cependant impossible de savoir avec certitude laquelle des causes possibles était, en l'espèce, effectivement à l'origine du dommage subi. Les accidents entraînant une invalidité sont des exemples classiques. Un tel événement peut priver la victime d'une chance de réussir à un concours ou à un examen dont dépend sa carrière ou encore d'une chance d'être promue dans sa profession. Pour les proches de la victime directe, une chance d'être soutenues peut ainsi être détruite. Bien d'autres hypothèses sont imaginables: par le retard d'une entreprise de transports, un cheval a été empêché de prendre le départ d'une course. Par la négligence d'une avocate, un recours n'a pu être déposé en temps utile. Par une erreur de diagnostic parfaitement évitable, une doctoresse a empêché un traitement approprié. Il est généralement impossible de déterminer avec certitude si le cheval aurait triomphé, si le procès aurait été gagné ou si le traitement omis aurait effectivement guéri la malade. D'une part, les faits se rattachent à un avenir déjà révolu qu'aucun destin ne peut plus trancher: la course est finie, le procès ne sera jamais plaidé, et le décès de la malade ou son infirmité définitive ne permettent plus de revenir en arrière. Le pronostic rétrospectif est donc compliqué par le fait que la réponse à la question posée dépend tout entière d'un futur qui ne sera jamais vécu. D'autre part, des facteurs extérieurs essentiels auraient joué dans ce futur: la valeur des autres chevaux ou des autres jockeys pour la course hippique, les classiques incertitudes ("les aléas") de la justice pour le procès, la gravité de la maladie et l'aléa des réactions individuelles à toute thérapeutique, pour la patiente.

33 Perte de la chance d'atteindre un meilleur résultat. - Pourtant il est certain que le fait imputable à la responsable a fait perdre quelque chose: c'est parce que le cheval n'a pas pris le départ qu'il n'a pas *pu* gagner; c'est parce que le recours n'a pas été interjeté dans le délai que la justiciable n'a pas *pu* faire valoir ses droits; c'est parce que la doctoresse n'a pas donné les soins appropriés que la patiente n'a pas *eu la possibilité* de surmonter sa maladie. Le fait imputable à la responsable n'a pas nécessairement créé le dommage final, mais il a créé ou maintenu la possibilité de ce dommage. Autrement dit, le fait imputable à la responsable a privé la victime de la *chance* d'atteindre un résultat meilleur.

2.2.2 Définition

34 Difficulté. - L'analyse des droits étrangers montrera que le champ d'application de la théorie de la perte d'une chance est tellement vaste et diversifié que toute tentative de

¹¹³ Voir aussi KOZIOL (2001), S. 908 ss.

définition doit être basée sur une approche inductive, à savoir une analyse des différentes espèces (n° 50). Mais même après avoir étudié les applications qui ont été faites de cette théorie par les tribunaux étrangers, il est difficile d'en extraire la proposition générale sous la forme d'une définition qui s'appliquerait à l'ensemble des espèces imaginables¹¹⁴. La meilleure description des circonstances dans lesquelles des chances perdues pourraient être indemnisées, consiste à dire que le problème se pose lorsque

"une situation, par définition avantageuse pour la future victime, comportait un aléa et lorsque, par le fait du défendeur, cet aléa a disparu, emportant les chances qu'avait le demandeur de conserver une situation bénéfique ou de la voir se réaliser"¹¹⁵.

Les juges indemnisent alors

"la réalisation désormais impossible d'un événement heureux mais aléatoire"¹¹⁶.

- 35 **Probabilité et perte d'une chance.** - En droit suisse, de bonnes et mauvaises chances entrent en général en ligne de compte uniquement comme facteurs d'évaluation d'un dommage dont l'existence est déjà établie. L'utilisation des probabilités par la juge pour formuler des pronostics en présence de cas isolés a conduit certains tribunaux étrangers à réparer des préjudices dont le coefficient d'incertitude est encore plus élevé, à savoir ceux qui consistent en la perte d'une simple chance. Remettre la victime dans la situation où elle était est impossible puisque la chance, perdue, ne peut plus être courue. En droit français par exemple, on indemnise la demanderesse par l'équivalent de cette chance, considérant que la victime a subi un préjudice certain dont le *quantum* varie selon que la chance perdue était plus ou moins grande. Le recours à la probabilité est ici on ne peut plus direct: il sert à calculer la valeur de la chance. Le degré de probabilité de celle-ci sera la mesure exacte de l'indemnisation par rapport à la valeur du profit espéré. La réparation de la perte d'une chance représente donc la conséquence juridique la plus nette du constat que le hasard obéit à des lois mathématiques, les calculs de probabilité¹¹⁷.

2.2.3 Perte d'une chance et le droit

- 36 **Deux solutions possibles.** - En présence de ces incertitudes accrues, le choix s'impose pour les juges entre deux solutions:

- Ou bien, sensible à la marge d'incertitude affectant la réparation de la perte d'une chance, la juge renonce à réparer ce dommage. Elle considère que la preuve de l'existence d'un préjudice n'est pas établie et qu'il n'existe pas d'indices suffisants qui permettent de faire le saut du connu à l'inconnu et d'affirmer, dans la solennité d'un jugement, que le fait imputable à la responsable doit être réputé avoir causé l'ensemble du dommage.
- Ou bien, la juge réduit le dommage à la mesure du lien de causalité qu'elle constate avec le fait imputable à la responsable. Elle considère que, si le préjudice final et total (la perte de la course, l'échec du procès, les conséquences économiques du décès

¹¹⁴ CHARTIER (1983), n° 35.

¹¹⁵ MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, p. 412.

¹¹⁶ VACARIE, p. 904. Voir aussi la définition de la Cour de cassation française dans son arrêt du 6 juin 1990 (n° 58) selon laquelle la perte d'une chance peut se définir comme la disparition de la probabilité d'un événement favorable lorsque cette chance apparaît suffisamment sérieuse.

¹¹⁷ ENDREO/MAILLAUD, n° 7.

de la malade) n'est pas en relation de causalité naturelle avec le fait imputable à la responsable, il y a place du moins pour un préjudice partiel et relatif, qui s'analyse en la perte d'une chance d'obtenir le résultat escompté (la victoire dans la course, le gain du procès, la survie de la patiente). Mais elle ne retient ce préjudice que si la possibilité du dommage final présente un degré de probabilité suffisant, c'est-à-dire si les chances de succès de l'entreprise que le fait imputable à la responsable a compromise étaient d'une certaine importance. Elle apprécie alors les chances perdues par un calcul de probabilités rétrospectif. Et ce calcul de probabilités remplit sa fonction réductrice d'incertitude: au lieu de se laisser paralyser par les 20% ou les 40% d'incertitude qui subsistent, la juge retient les 80% ou les 60% de probabilités qu'elle constate pour affirmer la réparation d'un préjudice partiel, mais dont l'existence est certaine. Cette démarche, audacieuse mais réaliste, a été suivie depuis longtemps déjà par de nombreuses jurisprudences étrangères.

2.3 Résumé et conclusion

- 37 **Maîtrise du phénomène de la chance par les probabilités.** — La chance éparse, le hasard, est maîtrisable par le droit à l'aide de la chance regroupée, la probabilité. Face à l'omniprésence du hasard dans nos vies, les sciences stochastiques ont évolué d'une approche déterministe au 19^e siècle, à une solution probabiliste au courant du siècle passé. Ce changement a influencé le droit et notamment la conception de la causalité adéquate. Même si d'une part le hasard maintient certains bastions face au droit, que le droit laisse d'autre part volontairement ou inévitablement un champ d'action limité au hasard, la théorie des probabilités permet à la science juridique d'appréhender le phénomène de la chance dans une très large mesure. La probabilité *mathématique* s'applique uniquement aux événements équiprobables et est de ce fait d'une utilité limitée pour le droit. La probabilité *statistique* ne trouve application qu'en présence de séries d'événements répétables, ce qui restreint également son champ d'application pour le droit. La probabilité *estimative* permet en revanche, par la prise en compte des facteurs extrinsèques, une application large par le droit, notamment aussi en présence de cas individuels et concrets. Cette approche sert ainsi non seulement pour la détermination de faits réels, mais également pour déterminer ce que serait le présent d'après le passé (pronostic hypothétique) ou ce que sera l'avenir d'après le présent (pronostic simple). Les trois méthodes pour déterminer les probabilités d'événements se fondent sur des critères objectifs et l'évaluation qui est faite de ces critères objectifs suit elle-même des règles rationnelles. Il est extrêmement fréquent qu'un acte susceptible d'engendrer la responsabilité d'une personne fasse perdre à autrui une chance de réaliser un profit ou d'éviter une perte. La réparation dans certains droits étrangers de la perte d'une chance représente la conséquence juridique la plus nette du constat que le hasard — ou justement la chance — obéit à des lois mathématiques, les calculs de probabilité.

3 Droit français

- 38 **Plan.** - Le droit français connaît la théorie de la perte d'une chance depuis la fin du 19^e siècle déjà. Depuis lors, il a poussé son développement et son raffinement plus loin que n'importe quel autre système juridique. Comme le droit français a une certaine influence sur le droit suisse, ce chapitre se propose de donner une image aussi complète et fidèle que possible de l'évolution et de l'état actuel de la théorie de la perte d'une chance en droit français. Il s'agira dans un premier temps de situer la théorie dans le système juridique français, ce qui impliquera une étude des caractéristiques du préjudice réparable (3.1). Il conviendra ensuite d'étudier les différents domaines d'application de la théorie, à savoir en tant que préjudice actuel (3.2.2), en tant que préjudice futur (3.2.3) et en particulier en matière médicale (3.2.4). La position de la doctrine majoritaire fera l'objet du chapitre suivant (3.3). Un bref examen de l'attitude du droit français face à l'indemnisation de la création d'un risque durable représentera le dernier chapitre de la partie consacrée au droit français (3.4).

3.1 Caractéristiques du préjudice réparable

- 39 **Importance de la notion de préjudice réparable pour la perte d'une chance.** - Le préjudice est une des conditions classiques des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle, ainsi que de la responsabilité administrative. Pour bien comprendre la place que la théorie de la perte d'une chance a en droit français et notamment les limites qui lui sont imposées, il est utile de clarifier les grandes lignes des notions de préjudice et de dommage réparable¹¹⁸.
- 40 **Préjudice légitime, personnel, direct et certain.** - Tout préjudice n'est pas réparable. Pour donner droit à réparation en matière de responsabilité civile contractuelle¹¹⁹, il doit traditionnellement présenter certains caractères, les uns *subjectifs* (le préjudice doit être légitime et personnel), les autres *objectifs* (le préjudice doit être direct et certain). C'est la caractéristique de la certitude qui mérite une analyse plus approfondie dans le cadre de l'indemnisation de la perte d'une chance¹²⁰.

3.1.1 Caractère certain du préjudice

- 41 **Relativité de la certitude du préjudice actuel.** - La certitude exigée est une certitude relative. «Généralement, le préjudice, dit certain, est celui qui est très vraisemblable, si vraisemblable qu'il mérite d'être pris en considération»¹²¹. Si le préjudice est déjà réalisé au moment où la juge statue, il n'y a en principe pas de difficulté au niveau de son existence.

¹¹⁸ Pour les différentes formes de préjudice (préjudice patrimonial et préjudice extra-patrimonial avec le préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité physique [dommage corporel] et le préjudice résultant d'une atteinte aux droits de la personnalité [dommage moral]), voir LE TOURNEAU/CADIET, n° 1500 ss.

¹¹⁹ Pour les spécificités en matière des responsabilités civile délictuelle, administrative et pénale, n° 44 ss.

¹²⁰ Pour les trois autres caractéristiques, LE TOURNEAU/CADIET, n° 1391 ss, 1410.

¹²¹ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1411.

42. **Préjudice futur virtuel et éventuel.** - En ce qui concerne le préjudice qui se réaliserait seulement dans le futur, le droit français fait la distinction entre le préjudice futur virtuel et le préjudice futur éventuel. Cette délimitation est importante pour le champ d'application de l'indemnisation d'une chance perdue (n° 73). Le préjudice *virtuel* (ou potentiel) est celui qui existe en puissance dans l'acte incriminé qui comporte en soi toutes les conditions de sa réalisation¹²². La jurisprudence admet l'indemnisation de ce préjudice qui doit donc apparaître comme la prolongation directe et probable d'un état de chose actuel et qui doit être susceptible d'évaluation immédiate¹²³. C'est souvent le cas en matière d'incapacité permanente¹²⁴. Le préjudice *éventuel*, par contre, n'est qu'une expectative (au sens non juridique du terme), il est hypothétique. Le dommage éventuel (ou hypothétique) ne peut être réparé¹²⁵. Cette division du futur entre le probable et l'aléatoire marque donc la frontière entre ce qui est réparable et ce qui ne l'est pas. Cette frontière est floue car le passage s'opère insensiblement de l'un à l'autre. L'opposition est une question de degré plus que de nature, mais les conséquences sont importantes. Le préjudice actuel et le préjudice virtuel sont considérés comme certains, alors que le préjudice éventuel ne peut pas être qualifié de la sorte. Le flou conceptuel autour de cette limite se retrouve dans la jurisprudence¹²⁶. On peut néanmoins dégager

¹²² LE TOURNEAU/CADIET, n° 1414.

¹²³ Cass. (req.) 1^{er} juin 1932, *Société Energie électrique du littoral méditerranéen c. Cognet*, S 1933 I 49.

¹²⁴ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1415.

¹²⁵ ENDREO/MAILLAUD, n° 5.

¹²⁶ L'exemple le plus classique pour le *préjudice virtuel* est celui de l'incapacité permanente. La victime d'un accident diminuant sa capacité de travail obtient donc réparation du dommage résultant, pour elle, d'un déficit dans ses gains futurs. Il existe d'autres exemples: les propriétaires de terrain obligés de laisser passer les lignes électriques peuvent demander des dommages-intérêts, non seulement en raison du préjudice actuel que leur cause l'installation des lignes, mais ils peuvent aussi se prévaloir du préjudice futur qui ne manquera pas de résulter de l'entretien desdites lignes (ENDREO/MAILLAUD, n° 5). La dépréciation d'une villa à la suite de l'installation d'usines dans son voisinage a également été considérée comme un dommage futur indemnisable (Cass. [civ. 2^e] 15 décembre 1971, *Société Azolacq c. Epoux Gracy et autre*, D 1972 somm. 96). Une installation foraine pouvant déprécier à l'avenir un immeuble a par contre été qualifiée de préjudice éventuel (Cass. [civ.] 1^{er} juin 1934, *Hoffmann et Drouet c. Epoux Mangin*, S 1935 I 88), ce qui montre que la jurisprudence ne fait pas preuve d'une cohérence absolue. Un autre exemple plus récent consiste finalement en l'indemnité accordée à une veuve se plaignant de la perte du droit d'obtenir une contribution aux charges du mariage (Cass. [civ. 2^e] 4 octobre 1989 [2 arrêts], *Consorts Cherigui c. M. Dhaliun et autres*, *Consorts Martin c. M. Candella et autres* et *Trésor public c. M. Candella et autres*, Bull. civ. II n° 156, JCP 1989 IV 387, 89 RTDC [1990] p. 81). Est par contre considéré comme *préjudice éventuel* le dommage prétendument subi par un inspecteur de police alléguant qu'une dénonciation téméraire serait de nature à compromettre son avancement (Cass. [crim.] 7 juin 1989, *Marie-Jeanne Althuser c. Claude Burgard*, Bull. crim. n° 245, D 1989 ir. 244). Est également hypothétique le dommage que pourrait causer, en cas d'accident, une ligne à haute tension nouvellement installée près d'un bâtiment (Cass. [civ.] 19 mars 1947, *Electricité de France [Société des Houillères de Ronchamp] c. Follot*, D 1947 jp. 313). Il en va de même du dommage invoqué par la victime de lésions corporelles, et reposant sur une simple possibilité de suppression de la pension d'invalidité que lui verse actuellement la sécurité sociale, dans

des exemples jurisprudentiels que, dans le cadre du préjudice virtuel, l'aléa porte uniquement sur la durée, car c'est l'écoulement du temps qui réalisera le dommage. L'unique donnée inconnue consiste à savoir pendant combien de temps le dommage se réalisera. Dans le cadre du préjudice éventuel par contre, l'aléa porte sur la survenance elle-même du préjudice.

- 43 **Incertitude: perte d'une chance.** - C'est exactement ici, sur cette frontière floue entre le probable et l'aléatoire, entre le préjudice réparable et le préjudice irréparable, que la perte d'une chance se situe. C'est pourquoi la perte d'une chance est susceptible de donner lieu à des solutions variables, et qui ont d'ailleurs varié dans le temps:

«On peut y voir un préjudice trop éventuel pour être réparé puisque, par définition, une chance n'est jamais certaine. Mais, avec la perte de chance il y a disparition d'un espoir, de gain par exemple, qui, elle, est bien réelle»¹²⁷.

3.1.2 Particularités selon le type de responsabilité

- 44 **Responsabilité civile délictuelle.** - Il y a lieu de distinguer la responsabilité civile contractuelle de la responsabilité civile délictuelle. En effet, par le fait de l'absence de relation contractuelle, l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délict civil n'est pas seulement tenu de réparer le dommage qui était prévu, ou au moins prévisible lors de la conclusion du contrat, mais doit réparer l'ensemble du préjudice subi par la victime¹²⁸.
- 45 **Responsabilité administrative.** - La responsabilité administrative correspond dans l'ensemble à la responsabilité civile contractuelle. Ce principe se vérifie également au niveau des caractères du dommage réparable car en droit administratif, le dommage doit être, comme en droit civil, certain et direct¹²⁹.
- 46 **Responsabilité pénale.** - La responsabilité pénale a pour objet le châtiment de celles qui commettent des infractions quand bien même il n'en résulterait aucun dommage. Le principe de la légalité interdit de retenir la responsabilité pénale pour tout autre dommage que celui expressément et limitativement énuméré par les lois pénales. Il ne faut pas confondre, en effet, le "dommage" élément constitutif de l'infraction punissable et le "préjudice" consécutif à cette infraction et qui ouvre droit à réparation. Dans le cadre de l'article 222-19 I CPF (atteinte involontaire à l'intégrité de la personne), seul un dommage corporel est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale alors que le préjudice qui en découle pour la victime peut être matériel (perte de salaire, incapacité de conserver son emploi) ou moral (*pretium doloris*). La question de la punissabilité de la perte d'une chance se situe dans ce contexte (n° 117 ss, 527 ss).

3.1.3 Evolution des caractéristiques du dommage réparable

- 47 **Assouplissement.** - L'histoire des caractères du dommage réparable est - comme l'évolution de la responsabilité en général¹³⁰ - celle d'un assouplissement toujours plus

l'hypothèse où ses chances de gain pourraient se constituer dans le futur (Cass. [crim.] 5 juillet 1976, *Claudine Grolault c. Marcel Robin*, Bull. crim. n° 249).

¹²⁷ ENDREO/MAILLAUD, n° 6.

¹²⁸ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1011.

¹²⁹ Pour les autres caractéristiques du préjudice dans le domaine de la responsabilité administrative, ENDREO/MAILLAUD, n° 1.

¹³⁰ Pour l'exemple de la responsabilité médicale, n° 104.

poussé¹³¹. Afin de permettre aux victimes d'obtenir réparation dans un nombre croissant d'hypothèses, deux procédés sont utilisés: l'abandon et l'élargissement (ou la dissolution) des caractères. Dans certains cas, les juges abandonnent purement et simplement l'un des caractères jusque-là exigé¹³². Dans d'autres hypothèses, l'évolution se fait de manière plus subtile: la jurisprudence conserve les cadres anciens en les élargissant. L'évolution de la jurisprudence concernant la perte de chances comme préjudice réparable livre la meilleure illustration de ce phénomène. Même si l'exigence du caractère certain a toujours été entendue avec relativité, les décisions anciennes voyaient dans la perte de chances un dommage trop éventuel pour pouvoir être réparé. Mais, plus tard, la réparation du préjudice virtuel, à travers la prise en considération de la perte d'une chance, a connu un champ d'application très large. Ce qui frappe dans le cadre de la dissolution des caractères certain et direct du préjudice réparable, c'est la généralisation de la probabilité, voire l'irruption de la possibilité, au rang des conditions suffisantes de l'existence du préjudice réparable¹³³.

- 48 **Renvoi: certitude du préjudice et lien de causalité.** - Comme l'a constaté GUILLOD, «la question de savoir si la perte d'une chance relève de la causalité ou de l'estimation du dommage est l'une des plus délicates que pose cette théorie»¹³⁴. En France, cette question a été vivement discutée dans la doctrine et la Cour de cassation a dû trancher la controverse de façon définitive pour corriger et prévenir certains dérapages jurisprudentiels. Cette problématique cruciale sera abordée dans un chapitre ultérieur, consacré à l'élaboration d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 329 ss).

3.1.4 Evaluation du préjudice

- 49 **Réparation intégrale.** - La réparation est dominée par le principe qui veut que le préjudice soit indemnisé intégralement, sous tous ses aspects¹³⁵. Ce principe a comme conséquence que non seulement la perte éprouvée (*damnum emergens*), mais aussi le gain manqué (*lucrum cessans*) doivent être réparés. La perte éprouvée englobe tout ce qui a indûment appauvri la victime¹³⁶. Le gain manqué représente tout ce qui n'a pas enrichi le patrimoine de la créancière; c'est l'espoir déçu¹³⁷. Une seconde signification de ce principe est que les différents chefs du préjudice peuvent faire l'objet d'une évaluation "toutes causes confondues", dès lors du moins que la juge a pris soin de préciser ceux

¹³¹ CADIET (p. 38 s.) critique la manière dont cette évolution s'est faite: «[L']évolution du droit français en matière de préjudice a consisté, en définitive, à admettre que n'importe quoi puisse être réparé, de plus en plus facilement, n'importe comment» et, selon cet auteur, cette évolution «s'est faite au prix de multiples forçages et torsions notionnelles qui ont fait perdre au droit de la responsabilité civile sa simplicité et sa cohérence originaires».

¹³² Ainsi pendant longtemps, il était nécessaire que le dommage réparable corresponde à la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. Or, depuis 1970 (Cass. [Ch. mixte] 27 février 1970, *Veuve Gaudras c. Dangereux* [sic!], D 1970 jp. 201, JCP 1970 II 16705, 68 RTDC [1970] p. 353), il n'est plus nécessaire, pour être réparé, que le dommage soit issu de l'atteinte à un droit, ni que la demanderesse justifie d'un rapport juridique avec la victime directe. La Cour de cassation a tellement assoupli cette exigence qu'elle n'a aujourd'hui quasiment plus d'efficacité et n'est même plus mentionnée par les traités récents du droit de la responsabilité.

¹³³ CADIET, p. 44.

¹³⁴ GUILLOD (1989), p. 79.

¹³⁵ Cass. (crim.) 2 décembre 1991, *Michel Chartrain*, Bull. crim. n° 451; Cass. (civ. 2^e) 7 décembre 1978, *Bloqueau c. Gaudel*, Bull. civ. II n° 269; CHARTIER (1996).

¹³⁶ CHARTIER (1996), p. 38.

¹³⁷ CHARTIER (1996), p. 39.

qu'elle a entendu ainsi réparer¹³⁸. L'évaluation du préjudice se fait à la date de la décision¹³⁹. Sous réserve d'une demande insuffisante de la part des parties (la juge civile ne pouvant statuer *ultra petita*), le montant de l'indemnisation ne peut être inférieur au préjudice. Cette règle implique que la juge ne saurait se considérer liée par des barèmes¹⁴⁰, prononcer une interdiction de principe¹⁴¹, prendre en considération la gravité de la faute¹⁴² ou la situation économique de la victime. Le montant de l'indemnisation ne peut pas non plus être supérieur au préjudice¹⁴³. Le tribunal n'est donc en droit d'accorder à la victime que la réparation d'un préjudice dont elle établit l'existence¹⁴⁴.

3.2 Espèces

3.2.1 Introduction

50 Approche inductive. - La perte de chances est une création prétorienne et les manifestations de la faveur jurisprudentielle à l'égard de la réparation de chances perdues sont multiples¹⁴⁵. Cela a comme conséquence qu'une théorie générale de la perte d'une chance ne peut être développée qu'en analysant soigneusement les différents cas d'application¹⁴⁶. La présentation de ce chapitre sous forme de "case book" illustrant la richesse des cas d'application de la théorie a pour but de faciliter l'approche inductive qui s'impose par conséquent. La plaideuse, l'avocate et la juge suisses trouveront dans ce tour d'horizon une casuistique riche de solutions jurisprudentielles inventives, et parfois audacieuses, d'une responsabilité proportionnelle en fonction du degré de vraisemblance du lien de causalité. Les états de faits seront présentés de manière détaillée pour permettre une bonne compréhension du raisonnement des juges.

51 Tentatives de classification. - La doctrine classe la multitude de cas d'espèces de perte de chances de diverses façons: VINEY propose une classification bipartite en distinguant la perte de l'espoir d'un avantage futur et l'apparition d'un risque compromettant les

¹³⁸ CHARTIER ([1996], p. 40) remarque que ce principe est à double tranchant pour la victime.

¹³⁹ Cass. (civ. 2^e) 21 mars 1983, *M. Bourvier et autres c. Consorts Ethève et autres*, Bull. civ. II n° 88.

¹⁴⁰ Cass. (crim.) 6 décembre 1983, *SNCF*, D 1984 ir. 208; Cass. (crim.) 3 novembre 1955, *Cornet*, D 1956 jp. 557.

¹⁴¹ Cass. (crim.) 8 février 1983, *Georges Lorentz c. URSSAF*, Bull. crim. n° 46; Cass. (civ. 2^e) 20 décembre 1966, *Consorts Savreux c. Compagnie d'assurance La Providence et autres*, Bull. civ. II n° 979, D 1967 jp. 669.

¹⁴² Contrairement au droit suisse où l'article 43 CO dispose que «le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute», la Cour de cassation affirme fermement que «l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité» (Cass. [civ. 2^e] 8 mai 1964, *Dame Harang-Martin c. Dame Bonneau*, JCP 1965 II 14140).

¹⁴³ Cass. (civ. 2^e) 5 décembre 1979, *Dame Dupray et autre c. Dame Lacomme*, Bull. civ. II n° 286.

¹⁴⁴ Pour plus de détails, CHARTIER (1996), p. 48 ss.

¹⁴⁵ VINEY, n° 279.

¹⁴⁶ KASCHE, p. 129 s.; C. LAPOYADE DESCHAMPS, note sous Cass. (civ. 2^e) 3 novembre 1971, *Epoux Cohen c. Mancusi et autres*, D 1972 jp. 667. Voir aussi SALLET, p. 1 s.: «Ceci explique que toute tentative de définition de la perte de chance ne puisse procéder que d'une énumération des différents cas dans lesquels elle est employée, regroupés sous des appellations globales en permettant une appréhension ordonnée».

chances d'éviter une détérioration de la situation actuelle¹⁴⁷. Ces catégories sont reprises par SALLET¹⁴⁸ qui fait, pour le domaine de la jurisprudence administrative, la distinction entre la perte d'une chance dans le contentieux de la fonction publique¹⁴⁹ et la perte d'une chance en matière économique¹⁵⁰. CHARTIER fait la différence entre la perte d'une chance attachée à un droit, celle d'une chance de guérison ou de survie, celle d'une chance de réussite scolaire ou professionnelle et celle d'une chance d'être secourue¹⁵¹. MÜLLER-STOY, un auteur allemand, distingue les chances dans les procès, les chances dans les concours, les chances de guérison, les chances de gain et les autres cas¹⁵².

52 Préjudices actuel et futur. - La classification qui montre le mieux les différents aspects des cas d'espèce de la perte de chances est celle de LE TOURNEAU/CADIET¹⁵³. Elle fait la distinction entre:

- d'une part, le préjudice actuel (3.2.2), avec
 - l'exemple classique du cheval de course empêché de courir (3.2.2.2),
 - la perte de chances en matière contentieuse (3.2.2.3), et
 - d'autres exemples de la perte de chances (3.2.2.4); et,
- d'autre part, le préjudice futur (3.2.3), avec
 - la perte de la chance d'obtenir des secours alimentaires (3.2.3.2),
 - la perte de la chance d'améliorer sa situation sociale (3.2.3), et
 - la perte de chance en matière médicale (3.2.4).

3.2.2 Préjudice actuel

3.2.2.1 Notion

53 Chance définitivement perdue sans conséquences dans le futur. - La perte d'une chance est un préjudice actuel lorsqu'une partie invoque la possibilité d'un préjudice dont la réalisation ne peut plus désormais être constatée. L'incertitude subsistera toujours. Une chance existait et elle a été définitivement perdue. Les effets de la perte ont existé dans le passé ou existent dans le présent mais n'ont guère de conséquences dans le futur¹⁵⁴.

3.2.2.2 Exemple classique: cheval de course empêché de courir

54 Préjudice certain et passé. - Dans le cadre de courses de chevaux, la question de l'indemnisation d'une chance perdue s'est posée pour la première fois en droit français il y a plus d'un siècle. L'exemple classique est celui du cheval qu'un retard dans le transport empêche de courir. Un fait imputable à une tierce personne prive ainsi la propriétaire de l'animal d'une chance, celle de voir le cheval obtenir un prix. C'est un pré-

¹⁴⁷ VINEY, n° 280 s.

¹⁴⁸ SALLET, p. 2.

¹⁴⁹ SALLET, p. 16 ss, 30 s.

¹⁵⁰ SALLET, p. 26 ss, 31 s.

¹⁵¹ CHARTIER (1983), n° 22.

¹⁵² MÜLLER-STOY, p. 8 ss.

¹⁵³ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1421 ss.

¹⁵⁴ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1421.

judice certain et passé, sans conséquences futures. La jurisprudence initiale était cependant réticente envers l'indemnisation de ce préjudice. Dans deux affaires autour du début du siècle passé, des cours d'appel avaient en effet encore estimé que la perte de la chance de gagner une course chevaux ne constituait pas un préjudice assez certain pour être réparé¹⁵⁵.

- 55 TGI Senlis 19 mai 1970¹⁵⁶. — C'est la première décision reconnaissant la perte d'une chance comme préjudice susceptible d'indemnisation dans ce domaine: un jockey de renommée mondiale mène à la victoire un cheval que lui a confié le propriétaire-éleveur. La joie de ce dernier est cependant de courte durée car le cheval est aussitôt déclassé au motif qu'il pèse plus à l'arrivée que lors du contrôle de départ. Au cours de l'enquête menée par les commissaires des courses, le jockey reconnaît avoir changé de vêtements entre la pesée et le début de course, tandis que l'entraîneur du cheval admet avoir changé une sangle. Invoquant que ce déclassement lui cause un préjudice certain (le prix et les entrées représentent FRF 27 990, somme à laquelle il convient d'ajouter la prime d'éleveur de FRF 2 500, soit une perte de FRF 30 490), le propriétaire, se fondant sur le contrat de louage qui l'unit au jockey et considérant que le jockey a commis une grave faute professionnelle, l'assigne en paiement d'une somme de FRF 37 674 à titre de dommages-intérêts. Le Tribunal de grande instance de Senlis considère que le fait pour le jockey de s'être changé après la pesée ne peut être considéré comme une simple faute, pouvant constituer en quelque sorte le risque normal dans la profession. L'action du demandeur serait donc fondée tant en qualité de propriétaire du cheval distancé qu'en qualité d'éleveur, la faute quasi-délictuelle du jockey entraînant pour celui-là un préjudice puisqu'il se voit privé de la prime d'éleveur. La demande du propriétaire du cheval tendant à se voir indemniser, en tant que parieur, devrait par contre être rejetée. Le parieur miserait sur un classement du cheval qui, le cas échéant, intervient après rectification en cas de fautes commises au cours de la course, fautes qui font partie de l'aléa de la course pour les parieurs¹⁵⁷.
- 56 CA Paris 21 novembre 1970¹⁵⁸. — Un parieur mise sur le cheval "Sallyway" tant sous la forme d'un pari-tiercé que sous celle d'un pari couplé. Sallyway, qui fait la course en

¹⁵⁵ CA Limoges 24 mars 1896, *Chemin de fer d'Orléans c. Rousseau et Rousseau c. Chemin de fer d'Orléans*, DP 1896 II 259: Comme le train avait du retard, la personne qui devait monter le cheval en question n'est pas arrivée à temps pour faire participer le cheval à la course. La Cour d'appel de Limoges estimait que la compagnie de chemin de fer était responsable du préjudice causé au propriétaire du cheval, «mais l'indemnité due par la compagnie ne doit comprendre que les causes de préjudice résultant d'une façon certaine et directe du retard qui lui est imputable. Ainsi, l'on ne saurait prendre en considération le succès qu'aurait pu obtenir le cheval engagé, ce succès étant purement éventuel, quelques prix que le cheval eût antérieurement remportés». Voir aussi CA Rouen 8 août 1903, *Odeau c. Falliat*, DP 1904 II 175.

¹⁵⁶ TGI Senlis 19 mai 1970, *Jules Desbois c. Yves Saint-Martin*, JCP 1972 II 16990 (1^{re} espèce), D 1970 somm. 219, 68 RTDC (1970) p. 784, GP 1970 jp. 108.

¹⁵⁷ Cette décision a ensuite été réformée par la Cour d'appel d'Amiens qui a estimé que l'action en responsabilité ne pouvait être accueillie, dès lors qu'il n'était pas établi que le dépassement de poids était le seul fait du jockey, l'entraîneur ayant, de son côté, modifié le harnachement du cheval après le pesage précédant la course (CA Amiens 16 décembre 1970, *Jules Desbois c. Yves Saint-Martin*, GP 1971 jp. 335). Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 19 mars 1997, *Mme de Moratalla c. Ostheimer et outre*, D 1999 somm. 88.

¹⁵⁸ CA Paris 21 novembre 1970, *Arthur Dante Luca c. Roger Poincelet et Société d'encouragement pour l'amélioration des races de chevaux en France*, JCP 1972 II 16990 (2^e espèce), GP 1971 jp. 162, 69 RTDC (1971) p. 379, 70 RTDC (1972) p. 783.

tête est dépassé sur sa droite par deux chevaux, à proximité de l'arrivée. Puis, à l'instant où un troisième concurrent cherche à le dépasser, à gauche cette fois, le jockey retient son cheval, qui franchit finalement la ligne quatrième, au lieu de continuer la lutte. Comme le classement du tiercé se fait sur les trois premiers chevaux, le parieur, déçu, estimant que le jockey a commis une faute, réclame la réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi tant au jockey qu'à la Société d'encouragement pour l'amélioration des races de chevaux en France. Il conclut au paiement de FRF 100 000 que, à raison de FRF 80 000 pour un pari tiercé et FRF 20 000 pour un pari couplé, il aurait gagnés si Scallywag était arrivé troisième. Le Tribunal de grande instance de Paris le déboute par un arrêt inédit du 1^{er} octobre 1968, mais la Cour d'appel de Paris lui donne partiellement raison, lui accordant FRF 15 000 à titre de réparation de la chance perdue. Elle estime que

«si, en matière de course de chevaux, aucune certitude sur la victoire n'existe tant que le poteau n'a pas été franchi et que le classement n'a pas été officialisé, une course étant essentiellement aléatoire, il n'empêche qu'en soutenant insuffisamment son cheval un jockey, alors en troisième position, fait perdre à un parieur une chance de réaliser des gains correspondant à ses paris. La perte de cette chance, qui constitue non un préjudice éventuel et hypothétique, mais un préjudice actuel et certain, et qui est unie par un lien de cause à effet au manquement du jockey à ses obligations, telles qu'elles découlent du Code des Courses, justifie dans son principe l'allocation de dommages-intérêts qu'il convient d'évaluer à 15.000 Fr.¹⁵⁹»

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi à la Cour de cassation. Le jockey considérait que le préjudice allégué par le parieur était purement éventuel et hypothétique et, en tout cas, simplement indirect. La Cour suprême, étant liée par les faits retenus par l'autorité inférieure, a estimé que les conséquences juridiques qui en avaient été tirées ne prétaient pas à critique et a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris¹⁶⁰.

- 57 Cass. (civ. 2^e) 25 janvier 1973¹⁶¹. — L'incident à la base de l'arrêt du Tribunal de grande instance de Senlis (n° 55) a donné lieu à un second procès: cette fois, c'est un parieur qui assigne le jockey. La Cour d'appel d'Amiens déclare l'appel irrecevable, aux motifs que le parieur joue sur le classement des chevaux qui n'est définitif qu'après rectification éventuelle par les commissaires de course. Les fautes susceptibles d'être commises par les jockeys, entraîneuses et propriétaires feraient partie des aléas du jeu et du pari, acceptés par la parieuse. Enhardi par la décision de la Cour de cassation du 4 mai 1972 (note 160), le parieur, qui s'estime lésé par la faute commise par le jockey, forme un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens. La Cour suprême casse cet arrêt, ce qui revient à rendre le jockey directement responsable envers les parieurs, alors qu'avant, elle ne devait rendre des comptes qu'à la propriétaire, le public n'étant là que pour jouer, applaudir ou siffler. Cette décision a suscité une véritable levée de bouilliers parmi les professionnelles et les responsables des sociétés de courses.
- 58 Cass. (crim.) 6 juin 1990¹⁶². — Un arrêt plus récent de la Cour de cassation maintient la règle que la perte d'une chance d'une propriétaire, d'une éleveuse ou d'une parieuse en

¹⁵⁹ GP 1971 jp. 164.

¹⁶⁰ Cass. (civ. 2^e) 4 mai 1972, *Roger Poincelet c. Arthur Dante Luca*, D 1972 jp. 596, GP 1972 jp. 521, 70 RTDC (1972) p. 783.

¹⁶¹ Cass. (civ. 2^e) 25 janvier 1973, *Reilhier c. Saint-Martin*, D 1974 jp. 230, GP 1973 jp. 435, JCP 1974 II 17641.

¹⁶² Cass. (crim.) 6 juin 1990, *Alfred Galerneau c. Yann Micheneau*, Bull. crim. n° 224, D 1990 ir. 209, 90 RTDC (1991) p. 121, 91 RTDC (1992) p. 109, JCP 1990 IV 329.

matière de courses de chevaux est un préjudice susceptible de réparation: un éleveur de chevaux invoque, en tant que partie civile au procès pénal, la perte des chances de gains résultant de l'incapacité, due à un accident dont il a été victime, de pouvoir entraîner la jument "Maya de la Combe" de son élevage en vue d'épreuves auxquelles elle devait participer. La Cour d'appel de Poitiers refuse d'indemniser ce préjudice au motif que le dommage invoqué est trop incertain pour pouvoir être réparé. Cette décision est cassée pour violation de la loi par la Cour de cassation:

«L'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente 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»¹⁶³.

- 59 **Conclusions et réactions de la doctrine.** - Cette jurisprudence admet donc que la perte de chances de gagner à un jeu de hasard peut donner lieu à réparation. Elle a comme conséquence que la propriétaire du cheval, son éleveuse ou une parieuse peuvent prétendre à l'indemnisation de la perte d'un espoir de gain par la faute de la jockey. Cette jurisprudence a suscité des réactions partagées dans la doctrine: des auteurs comme BENABENT¹⁶⁴, LE TOURNEAU¹⁶⁵, DOLL¹⁶⁶ ou un auteur inconnu qui signe par D.S.¹⁶⁷ estiment que l'incertitude, l'aléa, le risque sont le propre du jeu, que les fautes de la jockey en font partie et qu'en pariant, les joueuses acceptent d'avance ces fautes comme elles acceptent que le terrain puisse être sec ou lourd, le cheval en forme ou non, ou son handicap excessif. Ces auteurs sont donc d'avis que les préjudices invoqués sont incertains et ne peuvent donner lieu à indemnisation. LE TOURNEAU met en garde contre les conséquences de cette jurisprudence en disant que «les juges doivent raison garder et ne pas se laisser entraîner dans la voie de l'indemnisation des préjudices insolites ou imaginaires»¹⁶⁸. DURRY, par contre, estime que la faute commise par une jockey ne figure jamais dans les éléments de prévision des parieuses, même s'il concède que les joueuses s'en remettent très largement au hasard¹⁶⁹. Selon DURRY, seules les fautes commises dans le feu de l'action doivent être exemptes de responsabilité: «Il y a un monde entre le fait de se frayer un passage vers la ligne d'arrivée, en bousculant ses concurrents, et celui, par exemple, de se présenter au départ avec un poids excessif ou au contraire trop faible»¹⁷⁰. MOULY propose que «la responsabilité d'un jockey ne devrait être engagée

¹⁶³ Voir aussi CA Paris 9 juillet 1982, *Société anonyme Royale Belge et autre c. Desvaux et autre*, D 1983 ir. 498, où les juges estimaient qu'il n'y avait pas de perte d'une chance car le préjudice était simplement éventuel, la pouliche qui souffrait d'une lésion n'ayant jamais couru.

¹⁶⁴ A. BENABENT, note sous TGI Senlis 19 mai 1970, *Jules Desbois c. Yves Saint-Martin*, et CA Paris 21 novembre 1970, *Arthur Dante Luca c. Roger Poincelet et Société d'encouragement pour l'amélioration des races de chevaux en France*, JCP 1972 II 16990; note sous Cass. (civ. 2^e) 25 janvier 1973, *Reillier c. Saint-Martin*, JCP 1974 II 17641.

¹⁶⁵ P. LE TOURNEAU, note sous Cass. (civ. 2^e) 4 mai 1972, *Roger Poincelet c. Arthur Dante Luca*, D 1972 jp. 596.

¹⁶⁶ P.-J. DOLL, note sous Cass. (civ. 2^e) 25 janvier 1973, *Reillier c. Saint-Martin*, GP 1973 jp. 435.

¹⁶⁷ D.S., note sous CA Amiens 16 décembre 1970, *Jules Desbois c. Yves Saint-Martin*, GP 1971 jp. 335.

¹⁶⁸ P. LE TOURNEAU, note sous Cass. (civ. 2^e) 4 mai 1972, *Roger Poincelet c. Arthur Dante Luca*, D 1972 jp. 598.

¹⁶⁹ Georges DURRY, 69 RTDC (1971) p. 379 ss, 70 RTDC (1972) p. 783 ss, 71 RTDC (1973) p. 573 s.

¹⁷⁰ Georges DURRY, 71 RTDC (1973) p. 574.

qu'en cas de faute caractérisée créant un risque anormal ne relevant pas des aléas de la course»¹⁷¹.

3.2.2.3 En matière contentieuse

60 Hypothèses d'application. – Lorsqu'une avocate commet une faute dans l'exécution d'un mandat, la cliente peut demander réparation en invoquant au titre du préjudice souffert que, par la faute de l'avocate, elle a perdu une chance de gagner son procès. L'exemple le plus ancien de la jurisprudence française concernant la perte de chances en général est fourni par un arrêt du 17 juillet 1889 qui a accepté d'indemniser la perte, provoquée par la faute d'un officier ministériel, de la possibilité de poursuivre une procédure et, par conséquent, de gagner le procès¹⁷². Depuis cet arrêt, la Cour de cassation a eu fréquemment l'occasion d'approuver des condamnations prononcées sur ce fondement. Les espèces choisies ont pour but de montrer quelques aspects généraux des cas d'application de la perte de chances et de mettre en évidence les particularités de cette théorie en matière contentieuse. Les hypothèses les plus fréquentes se rapportent aux auxiliaires de la justice. La faute d'une avocate peut par exemple anéantir une chance en rendant un appel irrecevable, une surenchère nulle, la garantie dont devait être assortie une créance impossible: est alors perdue la chance de l'appelante d'obtenir une infirmation, la chance de la surenchérisseuse d'être déclarée adjudicatrice, la chance de la créancière d'utiliser la garantie. D'autres auxiliaires de la justice comme les experts chargés par la juge d'élucider certaines questions de fait, peuvent également commettre des fautes professionnelles ayant pour conséquence de priver les plaideuses d'une chance¹⁷³. Un problème analogue se pose lorsqu'une compagnie d'assurance de protection juridique viole ses obligations contractuelles et fait ainsi perdre à sa cliente une chance d'avoir plus de succès devant les tribunaux¹⁷⁴.

61 Cass. (civ. 1^{re}) 16 mars 1965¹⁷⁵. – Un homme est assigné en recherche de paternité par une femme devant un Tribunal de grande instance. Il s'adresse, pour assurer sa défense, à un avocat au barreau de Paris. Celui-ci indique à son client qu'une enquête tendant à établir l'inconduite notoire de la mère durant la période légale de conception pourrait être utile à sa cause. Puis il se désintéresse de l'affaire. Par la suite, le client est, par jugement rendu par défaut et entré en force, déclaré père de l'enfant et condamné à payer une pension alimentaire. Le client et son épouse exercent alors contre l'avocat une action en dommages-intérêts au motif que la faute professionnelle commise a fait perdre au père désigné la chance de gagner son procès par la voie de l'enquête qui aurait pu être sollicitée et qui lui aurait permis d'opposer la fin de non-recevoir d'inconduite notoire de la mère durant la période légale de conception. La Cour d'appel de Paris fait droit à cette demande et condamne l'avocat à payer aux époux une indemnité fixée à FRF 300 et aux dépens. L'avocat a soutenu que la privation d'une chance de gain constituait un préjudice futur éventuel et partant purement hypothétique. Ce préjudice ne présentait,

¹⁷¹ J. MOULY, note sous Cass. (civ. 2^e) 19 mars 1997, *Mme de Morotalla c. Ostheimer et autre*, D 1999 somm. 88.

¹⁷² Cass. (req.) 17 juillet 1889, *Caisse commerciale de Limoges c. C. Sigé*, S 1891 I 399, D 1890 I 485.

¹⁷³ CA Colmar 27 novembre 1997, *Mosser c. Fonne*, GP 1998 somm. 448; TGI Nantes 6 mars 1985, *S.A.R.L. Azur Agglos c. H.*, GP 1985 jp. 303.

¹⁷⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 10 juin 1986, *M. Lamotte et autre c. Consorts El Haou et autre*, Bull. civ. I n° 162; CA Nancy 13 mai 1974, *Campagne d'assurance Le Nord c. Dame Venier*, D 1975 somm. 65.

¹⁷⁵ Cass. (civ. 1^{re}) 16 mars 1965, *Amblard c. Epoux Costes et Mlle Plenacoste*, Bull. civ. I n° 194, D 1965 jp. 425, GP 1965 jp. 336, 63 RTDC (1965) p. 650.

selon lui, ni le caractère d'actualité, ni celui de certitude et n'était pas susceptible d'une juste estimation; qu'il ne pouvait pas, en conséquence, être pris en considération pour donner lieu à réparation. La Cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation, ont rejeté cette argumentation.

- 62 TGI Aix-en-Provence 27 novembre 1975¹⁷⁶. - Le Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence estime dans cette affaire que

«(s)il un avoué à la Cour a fait perdre à un plaideur "une chance" mais que cet avoué soutient que cette chance apparaissait sans intérêt, ni portée pratique, l'action étant mal fondée et destinée nécessairement à être rejetée, il y a lieu d'observer que l'on a toujours une chance de gagner le plus mauvais procès et par réciprocité, que l'on court toujours un risque de perdre la meilleure cause»¹⁷⁷.

- 63 CA Bourges 27 mars 1984¹⁷⁸. - Une société anonyme fait édifier des immeubles qui présentent des défauts si graves qu'elle charge un avocat de diligenter une procédure contre l'architecte et l'entreprise responsables du chantier. Pendant les mois puis les années qui suivent, l'avocat entretient sa cliente dans la certitude qu'il a engagé une instance devant le Tribunal en lui fournissant régulièrement des informations téléphoniques et écrites sur ses développements successifs. Il s'avère ensuite qu'aucune instance au fond n'a été introduite par l'avocat. Quand la société s'en rend finalement compte, elle confie ses intérêts à un autre avocat, mais son action se trouve déjà éteinte par la prescription décennale. Elle assigne alors le premier mandataire en responsabilité pour faute professionnelle, ainsi que la compagnie d'assurance responsabilité civile professionnelle de ce dernier¹⁷⁹. Les conclusions de la Cour d'appel méritent d'être citées largement:

«[L]e dommage ne découle certainement pas de la perte du procès engagé par le client ou dirigé contre lui, l'avocat qui accepte de défendre les intérêts d'une personne ne s'obligeant en aucun cas à gagner le procès qu'il s'est chargé de suivre ou de plaider; aussi bien que le préjudice du client est-il toujours limité à la perte de la chance qu'il avait d'obtenir gain de cause si ses intérêts avaient été loyalement et normalement soutenus par l'avocat. Il appartient donc à la juridiction saisie de l'action en responsabilité civile de rechercher quelle était la valeur des moyens de ce dernier, remarque faite qu'il importe peu que la décision faisant grief bénéficie par hypothèse de l'autorité de la chose jugée puisque la jurisprudence admet qu'il n'y a point atteinte à cette autorité dans la mesure où les juges saisis de l'action en responsabilité se bornent à vérifier les mérites de la demande primitive pour apprécier la perte de chance indemnisable. [...] Dès lors que la responsabilité de l'avocat est établie, il reste à apprécier la perte de la chance de son client à liquider son préjudice. Il s'agit là encore d'une question de fait abandonnée à la discrétion des juges du fond qui peuvent déclarer cette perte de chance nulle, partielle ou totale selon les circonstances de la cause; il est bien certain cependant que la responsabilité de l'avocat se trouve engagée à 100% et doit recouvrer l'ensemble des dommages engendrés par le sinistre-construction lorsque, comme en l'espèce, la demande du maître de l'ouvrage ne se heurtait à aucune difficulté sérieuse et que la perte du procès procédait

¹⁷⁶ TGI Aix-en-Provence 27 novembre 1975, *G. c. Me X.*, GP 1976 jp. 261.

¹⁷⁷ GP 1976 jp. 261. Voir aussi TGI Aix-en-Provence 18 décembre 1975, *N. c. Me X.*, GP 1976 jp. 261.

¹⁷⁸ CA Bourges 27 mars 1984, *Me X. c. O.P.H.L.M. Haute-Marne et compagnie d'assurance Abeille-Paix*, GP 1984 jp. 376, D 1985 somm. 112.

¹⁷⁹ Cass. (civ. 1^{re}) 2 avril 1997, *Syndicat des copropriétaires de la résidence du Hainaut à Valenciennes et autres c. M. Delfosse et autres*, Bull. civ. I n° 118; CA Paris 29 septembre 1981, *Pierre S. c. Me X.*, GP 1982 jp. 124.

uniquement d'une forclusion, d'une déchéance ou d'une péremption encourues par la négligence fautive de son conseil»¹⁸⁰.

- 64 Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1998¹⁸¹. — Une société fait appel d'un jugement par l'intermédiaire d'un avoué, mais cet appel est déclaré caduc en raison du défaut d'inscription au rôle de la déclaration d'appel. Elle demande alors réparation de son dommage à l'avoué devant la Cour d'appel de Bordeaux qui condamne le mandataire à payer à la société le montant de FRF 1 200 000. Cette somme se compose du remboursement des honoraires perçus, du montant de la condamnation prononcée à l'encontre de la société, augmenté des intérêts et frais ainsi que des frais d'avocats et de déplacements. L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux justifie cette condamnation par le fait que la société avait une chance sérieuse de voir réformer le jugement entrepris et que cette chance avait été définitivement perdue. La Cour de cassation casse cet arrêt en disant que

«la réparation de la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée»¹⁸².

- 65 Autres espèces et renvoi. — La jurisprudence est très riche dans ce domaine, de sorte qu'une énumération ne peut guère prétendre être exhaustive¹⁸³. Les problèmes théori-

¹⁸⁰ GP 1984 jp. 376. Voir aussi Cass. (Ass. plén.) 3 juin 1988, *Consorts Téchoueyres c. Consorts X*, Bull. Ass. plén. n° 6, GP 1988 pj. 180, 88 RTDC (1989) p. 81. Ce dernier arrêt a rassuré les avocats en rappelant que leur responsabilité ne peut être engagée pour n'avoir pas soutenu un pourvoi que si, par leur faute, elles ont fait perdre des chances de cassation à leur cliente. En l'occurrence, l'Assemblée plénière conclut que le moyen dont les clients invoquaient l'omission fautive par leur avocat "ne présentait aucune chance de succès". La Haute Assemblée en a déduit que les consorts ne justifiaient "d'aucun préjudice résultant directement de l'omission fautive reprochée à leur avocat". Voir aussi CA Paris 14 décembre 1998, *SA Wargny c. Me X*, GP 1999 somm. 135, où il n'existait aucune chance réelle et sérieuse d'obtenir en appel la réformation du jugement. Voir cependant, à propos de la prévisibilité des revirements de jurisprudence, Claire RAMACET/Philippe LAFARGE, Avocat fakir, GP 1995 chron. 137.

¹⁸¹ Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1998, *Fournier c. SA Entreprise Set Sud*, Bull. civ. I n° 260, JCP 1998 II 10143, D 1998 ir. 191.

¹⁸² JCP 1998 II 143.

¹⁸³ A côté des autres arrêts cités dans ce chapitre: CA Paris 19 mai 1998, *Garage du Parc c. Mutuelles du Mans assurances IARD*, GP 1998 somm. 474; CA Paris 19 mai 1998, *Mutuelle du Mans Assurances IARD c. Me X et autre*, GP 1998 somm. 476; CA Paris 15 mai 1998, *SCP & autre c. SA Logement et Patrimoine & autre*, GP 1998 somm. 475; Cass. (civ. 1^{re}) 8 juillet 1997, *Consorts K. c. T.*, GP 1998 panorama 36; Cass. (civ. 1^{re}) 18 février 1997, *M. Barthe, ex liquidateur de la société Construction industrielle et agricole française pour l'arrosage c. M. Lambert*, Bull. civ. I n° 65; Cass. (civ. 1^{re}) 22 octobre 1996, *Me X. c. Société Cekar et autre*, Bull. civ. I n° 365; Cass. (civ. 1^{re}) 18 juin 1996, *Cohen c. Cts Charpentier*, 9 Resp. civ. et assur. (1996) n° 319; Cass. (civ. 1^{re}) 30 mai 1995, *Sté civile professionnelle A., D., L. et autre c. Epx Benchétris*, 8 Resp. civ. et assur. (1995) n° 306; Cass. (civ. 2^e) 23 juin 1993, *Mme Recordei c. Caisse régionale de garantie des notaires de la Cour d'appel de Paris et autre*, Bull. civ. II n° 233, JCP 1993 IV 2192, 93 RTDC (1994) p. 110; CA Paris 13 mars 1990, *Me X. c. Smadja*, D 1990 ir. 113; CA Paris 17 mai 1989, *Société anonyme D.P.S.A. c. H.*, D 1989 ir. 187; Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1989, *Me X c. Mme Ducruet*, Bull. civ. I n° 62; CA Paris 30 mars 1987, *Dame Singer c. Me X.*, D 1987 ir. 118, D 1989 somm. 70; CA Dijon 27 janvier 1987, *Me J. c. M. C.*, D 1988 somm. 238; Cass. (com.) 11 février 1986, *Société à responsabilité limitée Le Lac de Seissan c. Société d'Expertise Morereau*, Bull. civ. IV n° 13; Cass. (civ. 1^{re}) 15 octobre 1985, *M. Marchand c. Mme Noël*, Bull. civ. I n° 257, 85 RTDC (1986) p. 759; CA Paris 5 mars 1985, *S.C.P. X. c. Société Y.*, D 1987 somm. 104; CA Grenoble 14 février 1984, *Anne-Marie de Chabannes c. Me A.*

ques liés à l'indemnisation de la perte d'une chance en matière contentieuse seront discutés dans le chapitre consacré au développement d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 474 ss).

3.2.2.4 Autres exemples

- 66 **Pot-pourri.** - Outre les deux domaines présentés plus haut (l'exemple classique du cheval de course empêché de courir [3.2.2.2] et le domaine du contentieux [3.2.2.3]), la jurisprudence a consacré la théorie de la perte de chances, toujours en tant que préjudice actuel, dans des domaines si divers qu'il est impossible de les recenser de manière exhaustive. Tout au plus peut-on citer les principales autres possibilités d'application. La tentative de classification de cette multitude de cas d'application n'est pas fondée sur des critères de distinction juridiques.
- 67 **Art et sport.** - Un peintre qui n'a pu exposer ses toiles à temps à cause d'un retard des chemins de fer, le colis n'étant arrivé qu'après la fermeture de l'exposition, a perdu la chance d'être lauréat¹⁸⁴. Le directeur de l'opéra de Lyon, reprenant l'opérette "Chanson Gitane" avec le même ténor auquel était dû le succès que la pièce avait remporté au moment de sa création, prétendait que le remplacement de cet acteur par un artiste de moindre talent avait provoqué l'insuccès de l'œuvre. La chance de succès d'une œuvre dépendant cependant de nombreux éléments, le dommage a été considéré comme incertain¹⁸⁵. Il convient également de signaler la perte de l'espoir de gagner un concours qu'a

X., GP 1984 jp. 753; Cass. (civ. 1^{re}) 8 décembre 1981, *Clavierie c. Verdeau*, D 1982 somm. 212; Cass. (civ. 3^e) 6 mai 1980, *Habbar c. Dame Bertho et autres*, GP 1980 somm. 422; Cass. (civ. 1^{re}) 4 mars 1980, *Vial c. Courtes et autre*, Bull. civ. I n° 72; Cass. (civ. 1^{re}) 18 octobre 1978, *Verriere c. Me F.*, GP 1979 jp. 118; CA Paris 4 juillet 1977, *Labro et autre c. D.*, JCP 1978 II 18975; Cass. (civ. 1^{re}) 18 novembre 1975, *Me X. c. Féd. des mutilés du travail et autres*, D 1976 ir. 38; CA Reims 26 avril 1976, *Société anonyme G. c. Me X.*, JCP 1977 II 18549; CA Rouen 16 janvier 1973, *Me X. c. Dame E.*, D 1973 ir. 31; Cass. (civ. 1^{re}) 18 juillet 1972, *Milal c. Robert et Coisse Industrielle d'Assurances*, Bull. civ. I n° 188, 71 RTDC (1973) p. 344; CA Poitiers 12 novembre 1969, *Société Petromer c. Me X.*, GP 1970 jp. 8; Cass. (civ. 1^{re}) 2 juin 1969, *Aubry Mitol c. Guillet*, Bull. civ. I n° 206, D 1970 somm. 12; TGI Seine 10 mars 1966, *Colonel Louis Pasteau c. Robert*, GP 1966 jp. 403, 64 RTDC (1966) p. 804; CA Paris 16 mai 1963, *C. c. X.*, D 1963 jp. 692, JCP 1963 II 13372; Cass. (civ. 2^e) 29 avril 1963, *Gathals et Lloyds Continental français c. Me X.*, JCP 1963 II 13226, 61 RTDC (1963) p. 607, 62 RTDC (1964) p. 111; CA Paris 13 novembre 1962, *Consorts W. c. Mlle T.*, GP 1963 I 86, JCP 1963 II 13061; Cass. (civ. 1^{re}) 4 janvier 1961, *Le Cam c. Prigent*, Bull. civ. I n° 5; Tribunal d'instance de Nice 22 décembre 1959, *Dame Mourlevat c. Me A.*, GP 1960 jp. 164, 59 RTDC (1960) p. 299, JCP 1960 II 11410; TGI Amiens 1^{er} octobre 1959, *Société anonyme Y. et Fils c. X.*, D 1960 jp. 203, 58 RTDC (1960) p. 299; Cour de Paris 30 octobre 1956, *Tournées théâtrales de l'A.B.C. c. X.*, D 1956 jp. 782, 55 RTDC (1957) p. 108; Cass. (civ.) 13 janvier 1942, *Consorts Rogier c. Quéroutil*, S 1942 I 97; CA Limoges 19 décembre 1938, *Puyhenier c. Me L.*, JCP 1938 II 871; CA Paris 13 avril 1938, *Me X. c. Weill*, JCP 1938 II 663; Cass. (civ.) 22 octobre 1934, *Me X. c. Langlais*, GP 1934 II 821; CA Paris 10 novembre 1937, *Société des Etablissements R. c. Me X.*, GP 1937 II 928; Cass. (req.) 26 mai 1932, *Grimaldi c. Epoux Marnier-Lapostolle*, S 1932 I 387; CA Aix-en-Provence 3 mars 1932, *Epoux Musso c. Me G. et Me M.*, S 1933 II 129; Cass. (civ.) 16 juin 1926, *Consorts Guillot c. Veuve Gay et autres*, DP 1927 I 149; Cass. (civ.) 27 mars 1911, *Veuve Rivaux c. Montrachet*, DP 1914 I 225; CA Nancy 6 février 1909, *Rosset-Bollon c. Me X.*, GP 1909 II 440; Cass. (req.) 30 juin 1902, *Pouloin c. Cocaud*, DP 1903 I 569, S 1907 I 434.

¹⁸⁴ CA Rennes 15 décembre 1961, 62 RTDC (1964) p. 739.

¹⁸⁵ Cass. (civ. 2^e) 14 novembre 1958, *Jack Demeyer c. Paul Camerlo*, Bull. civ. II n° 730, GP 1959 I 31, 57 RTDC (1959) p. 92, cassant CA Lyon du 26 janvier 1956, *Paul Camerlo c. André Dassary et Jack Demeyer*, D 1958 jp. 253, GP 1956 I 362, 56 RTDC (1958) p. 405.

subie un sculpteur par suite d'une faute du comité d'organisation. Ce préjudice a également été considéré comme étant trop incertain pour être indemnisé¹⁸⁶. Il en était autrement de la perte de la chance de gagner un prix littéraire¹⁸⁷. Par contre, le préjudice d'une personne qui a perdu un œil, et qui fait valoir qu'elle ne pourra plus obtenir des succès sportifs dans la pratique du tir au pigeon, a été déclaré trop hypothétique pour être indemnisable¹⁸⁸. La perte de la chance de pouvoir participer aux Jeux Olympiques subie par deux athlètes présélectionnés par une décision arbitraire de la Fédération française de voile a également été indemnisée¹⁸⁹.

- 68 **Examens et concours d'admission.** - Une faute d'une supérieure ou de l'administration peut empêcher une candidate de se présenter à un concours d'admission ou à un examen. La candidate soutient alors que, si elle avait pu s'y présenter, elle y aurait été reçue et demande, en conséquence, réparation du préjudice causé par son éviction. La juge doit alors vérifier si la candidate avait bien une chance sérieuse de succès. Dans l'affirmative, le tribunal considérera le préjudice comme hautement probable et l'assimilera à un préjudice certain. Dans la négative, il considérera le préjudice comme purement éventuel et refusera toute indemnité à ce titre¹⁹⁰. La juge sera évidemment encline à conclure à la perte d'une chance sérieuse si la personne évincée irrégulièrement a été ensuite reçue sans difficulté au concours ou à l'examen suivant¹⁹¹, si elle a exercé en fait pendant plusieurs années les fonctions correspondant au grade auquel elle n'a pas pu postuler du fait du comportement illégal de l'administration¹⁹² ou avait obtenu auparavant des notes qui auraient pu lui permettre de réussir¹⁹³, voire avait subi avec succès les épreuves écrites¹⁹⁴. Entre dans la même catégorie le cas de la perte de la chance pour un

¹⁸⁶ CA Lyon 17 novembre 1958, *Comité Lumière c. Jean Dulac*, GP 1959 I 195.

¹⁸⁷ Tribunal civil de la Seine 16 décembre 1953, *Chauffeteau c. Société Flammarion*, GP 1954 I 80.

¹⁸⁸ Cass. (civ. 2^e) 18 mai 1960, *Charbonnier c. Mlle Paris et autre*, Bull. civ. II n° 328.

¹⁸⁹ TA Paris 27 novembre 1985, *Consorts de C. c. Fédération française de voile*, D 1986 somm. 367.

¹⁹⁰ Cass. (soc.) 30 juin 1969, *Société anonyme Office central d'assurances c. Société anonyme Buthigieg*, Bull. civ. IV n° 249.

¹⁹¹ TA Nantes 10 décembre 1979, *Mme Doublet c. Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications*, Rec. CE p. 551, confirmé par CE 24 avril 1981, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c. Mme Doublet*, Rec. CE p. 192, D 1982 ir. 53; CE 6 avril 1973, *Ministère de l'éducation nationale c. Mlle Andrieu*, Rec. CE p. 287, 1101.

¹⁹² CE 17 mars 1972, *Ministère de l'éducation nationale c. Mlle Jarrige*, Rec. CE p. 222; CE 21 novembre 1969, *Idoux*, Rec. CE p. 523, 86 RDP (1970) p. 453. Voir, par contre, pour un cas où les chances ne présentaient pas un caractère suffisamment sérieux, CE 22 octobre 1975, *Ministère de l'intérieur c. Panis*, Rec. CE p. 1247. Dans d'autres espèces, les arrêts ne disent pas explicitement sur quel élément précis s'est fondée la juge pour conclure au caractère sérieux ou au contraire aléatoire de la chance perdue et cette jurisprudence prend alors un certain caractère divinatoire: CE 12 mai 1986, *Fritel*, Rec. CE p. 713; CE 12 décembre 1975, *Guyader*, Rec. CE p. 1266; CE 27 février 1974, *Mason*, Rec. CE p. 1143; CE 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la Jeunesse, des Sports et des Loisirs*, Rec. CE p. 1100; CE 11 juin 1969, *Ministère de l'éducation nationale c. Bellu*, Rec. CE p. 75, 385, 959.

¹⁹³ CE 8 février 1984, *Ministère de l'éducation nationale c. Mlle Guéninchault*, Rec. CE p. 486, 650, 734, 753, D 1986 ir. 488.

¹⁹⁴ TA Besançon 31 décembre 1997, *Mme Roy c. Recteur de l'Académie de Besançon*, D 1998 jp. 450; CE 2 avril 1990, *Ministre du Temps libre c. Garcia*, D 1991 somm. 283; CE 27 mai 1987, *Jean-Pierre Legoff*, Rec. CE p. 186, D 1988 somm. 162; CE 22 janvier 1986, *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche chargé des P.T.T. c. Béatrice Grellier*, Rec. CE p. 643, 700, 708, D 1986 ir. 464; CA Montpellier 17 mai 1934, *Me Baches c. Christian Ribes*, S 1934 II 188, GP 1934 II 167.

architecte de gagner un concours pour l'édification d'un centre médico-chirurgical en raison de négligences commises par le jury¹⁹⁵.

- 69 Négociations précontractuelles.** - L'indemnisation de la perte d'une chance pose des questions délicates dans le cadre des négociations contractuelles, que la chance perdue tiende à la non-conclusion de la convention négociée avec la partenaire fautive¹⁹⁶ ou d'une autre convention envisagée avec une tierce personne¹⁹⁷. La jurisprudence s'est, tout d'abord, montrée réticente à l'indemnisation d'une chance perdue dans ce contexte au motif qu'il n'était pas possible de donner effet, fût-ce indirectement, à un contrat non conclu¹⁹⁸. Aujourd'hui, la réparation du préjudice lié à la perte de chances conduit les juges à examiner la situation de fait afin de déterminer si la conclusion du contrat avec la partenaire ou avec une tierce personne était ou non vraisemblable¹⁹⁹ ou sérieuse²⁰⁰, en tenant compte, notamment, de la proximité de la date à laquelle le contrat aurait pu être conclu²⁰¹. La Cour d'appel de Paris a même indemnisé la simple "chance d'expansion" de l'activité commerciale d'une partie à la négociation²⁰². A également été indemnisée la perte de l'espoir de profiter d'un avantage que, par suite d'une fausse information donnée au cours de la période précontractuelle, l'une des parties croyait avoir acquis²⁰³. Même si VINEY estime qu'il ne s'agit plus alors à proprement parler de la perte d'une chance mais plutôt de la perte d'une illusion²⁰⁴, ce dommage est jugé susceptible de ré-

¹⁹⁵ CA Grenoble 26 mai 1964, inédit, mais commenté par A. TUNC, 62 RTDC (1964) p. 550 s.

¹⁹⁶ CA Riom 10 juin 1992, 92 RTDC (1993) p. 343.

¹⁹⁷ CA Versailles 21 septembre 1995, *Société Poleval c. Société Laboratoires Sandoz et autre*, 95 RTDC (1996) p. 145, confirmé par Cass. (com.) 7 avril 1998, *SARL Laboratoires et autre c. Société civile Poleval*, D 1999 jp. 514, D 1999 somm. 127.

¹⁹⁸ CA Rennes 8 juillet 1929, G. c. R., DH 1929 jp. 548.

¹⁹⁹ CA Rennes 29 avril 1992, *SA Vedette Industrie et autre c. Epoux Renault et autres*, Bulletin Joly (1993) n° 132, où le tribunal a refusé l'indemnisation de la perte de chances dans la mesure où la demanderesse ne pouvait justifier de la vraisemblance d'une absorption. Voir aussi MESTRE, p. 107.

²⁰⁰ CA Versailles 9 octobre 1995, *Consorts Putod c. Société Fontenay Fermetures*, 95 RTDC (1996) p. 383; Cass. (civ. 2^e) 12 juin 1987, *Société Collery c. Assurances du groupe de Paris (AGP)*, Bull. civ. II n° 128, 87 RTDC (1988) p. 107 (en l'espèce, la réalisation de la chance étant hypothétique, il n'y avait pas de préjudice); Cass. (crim.) 16 janvier 1980, *Philippe Lancelot c. Solange Blu*, Bull. crim. n° 25, D 1980 ir. 409, JCP 1980 IV 124, concernant la perte d'une option d'achat par la locataire d'un véhicule mis hors d'usage; Cass. (com.) 3 mai 1979, *Nunnikhoven c. Société à responsabilité limitée Giravions Dorand*, Bull. civ. IV n° 137; Cass. (civ. 2^e) 18 décembre 1963, *Soutiras c. Ville de Pau*, Bull. civ. II n° 845.

²⁰¹ CHARTIER (1996), p. 14; CA Paris 10 mars 2000, *SA Thorn Europhane c. SARL Elixir*, JCP 2001 II 10470; Cass. (civ. 3^e) 17 novembre 1993, *SCI Windsor Poissy c. Epoux Roulaud*, Bull. civ. III n° 148, JCP 1994 II 22283.

²⁰² CA Paris 13 mai 1988, *Société générale des eaux minérales Vittel c. Société Etablissements Dubreuil*, 88 RTDC (1989) p. 736.

²⁰³ Cass. (civ. 1^{re}) 6 novembre 1984, *S.A.R.L. Le Caveau c. Dutrey et autres*, Bull. civ. I n° 291, 85 RTDC (1986) p. 761; Cass. (civ. 1^{re}) 4 octobre 1978, *Société Messy c. Beurdouche*, Bull. civ. I n° 292; Cass. (civ. 1^{re}) 23 février 1977, *Dame Lautru c. Caisse régionale de crédit agricole mutuel du centre de la Normandie*, Bull. civ. I n° 105; Cass. (civ. 1^{re}) 8 mai 1973, *Caisse régionale de Crédit Agricole Mutuel des Alpes-Maritimes c. Consorts Scantamburlo et autres*, Bull. civ. I n° 153; Cass. (civ. 1^{re}) 13 avril 1972, *Dame Dégouy c. Caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Alpes-Maritimes*, Blanchardon, Dupont, Bull. civ. I n° 100.

²⁰⁴ VINEY, n° 280.

paration par les tribunaux. La perte de la chance de ne pas contracter peut également donner lieu à réparation²⁰⁵.

- 70 **Contrats en général.** - Les situations sont, dans ce domaine encore, multiples: les tribunaux se sont prononcés sur la perte de la chance de se voir prolonger un contrat avantageux²⁰⁶; la perte de la chance d'obtenir le remboursement d'un prêt impayé par la mort de l'emprunteuse²⁰⁷; la perte de la chance éprouvée par une débitrice cambiaire de faire valoir une exception qui lui aurait été ouverte si l'effet n'avait pas été émis ou endossé au profit d'une porteuse de mauvaise foi²⁰⁸; la perte de la chance d'obtenir le paiement d'un chèque confié à une société avec mission de l'encaisser qui a mis ce chèque trop tard à l'encaissement²⁰⁹; la perte de la chance de se faire réengager²¹⁰; la perte de la chance qu'avait une bailleuse de percevoir des loyers dus par des fautes de l'agente immobilière²¹¹; la perte de la chance d'échapper à un vol par le non-fonctionnement d'un système d'alarme²¹²; la perte de la chance d'obtenir de l'auteur

²⁰⁵ TGI Brest 5 novembre 1974, *Louis Le Menn c. Caisse mutuelle de dépôts et prêts de Landerneau*, D 1975 jp. 295, 74 RTDC (1976) p. 547, réformé partiellement par CA Rennes 9 juillet 1975, *Caisse mutuelle de dépôts et prêts de Landerneau c. Louis Le Menn*, D 1976 jp. 417, 74 RTDC (1976) p. 547; désirant construire une maison, le demandeur sollicite un crédit auprès d'une Caisse mutuelle des dépôts et prêts. Ayant donné son accord de principe à l'opération, l'organisme de prêt contacte un assureur en vue d'obtenir pour le compte de l'emprunteur une garantie décès-invalidité. Après la visite médicale d'usage, l'assureur avise la caisse de son refus de prendre en charge le risque proposé. La caisse des prêts ne communique pas cette information au candidat emprunteur et conclut néanmoins le contrat de prêt projeté qui prévoit, notamment, le paiement de cotisations d'assurance par l'emprunteur. Peu de temps après, ce dernier est terrassé par une maladie le laissant invalide à 100%. Apprenant, alors, l'absence d'assurance, il assigne l'organisme de prêt devant le Tribunal de grande instance de Brest en remboursement des mensualités versées et en paiement de celles à l'avenir. Cette demande est accueillie par les premières juges mais, sur appel, la Cour de Rennes estime que l'indemnité doit être réduite à la simple perte d'une chance de ne pas contracter. Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 16 avril 1975, *Brasseur c. Automobile Club des Ardennes*, D 1976 jp. 514; Cass. (civ. 1^{re}) 7 novembre 1972, *Rollin c. Compagnie Nouvelle d'Assurances S.A.*, Bull. civ. I n° 230; Cass. (civ. 3^e) 24 mai 1972, *Dame Ritter c. S.C.I. du Mont Turney*, Bull. civ. III n° 324; Cass. (civ. 3^e) 7 mars 1969, *Société anonyme immobilière Lambert c. Société civile immobilière Vaugrard-Volontaires*, Bull. civ. III n° 207; Cass. (civ. 1^{re}) 18 juillet 1966, *Mauchaussée c. Mlle Gaillotte*, Bull. civ. I n° 437.

²⁰⁶ CA Paris 13 octobre 1995, *de Royère et autres c. Société de bourse SGE-Delahaye*, D 1995 ir. 256, où des clientes d'une société de bourse ont perdu une chance de gains à la suite d'une inversion de cours et de la suspension de cotation de titres ("la perte de l'espoir de voir se poursuivre l'exécution d'un contrat lucratif ou d'un avantage que l'une des parties croyait avoir acquis par suite d'une fausse information"); Cass. (crim.) 16 janvier 1980, *Philippe Lancelot c. Solange Blu*, Bull. crim. n° 25, D 1980 ir. 409, JCP 1980 IV 124.

²⁰⁷ CA Paris 13 janvier 1995, *SA Groupement pour le financement des ouvrages de bâtiment travaux publics c. Mme Bahisson et autre*, D 1995 ir. 66; Cass. (civ. 2^e) 21 février 1979, *de Bougues-Montes c. Compagnie d'assurances Le Phénix et autres*, Bull. civ. II n° 56, D 1979 ir. 344; Cass. (civ. 2^e) 25 juin 1975, *de Bougues-Montes c. Dame Combe et autre*, Bull. civ. II n° 195, D 1975 ir. 199.

²⁰⁸ Cass. (com.) 26 juin 1956, *Société Worms et Compagnie c. Comille Giroud*, JCP 1956 II 9600.

²⁰⁹ Cass. (civ. 1^{re}) 21 février 1995, *Consorts Decauzon c. Mutuelle du Mans assurances IARD et autres*, D 1995 ir. 76; Cass. (com.) 12 février 1974, *Société anonyme de Banque et de Crédit c. Dame Merchet-Sauvêtre*, JCP 1975 II 17961.

²¹⁰ Cass. (com.) 30 janvier 1991, *Société nouvelle Transports Vacher c. M. Armand et autres*, Bull. civ. V n° 46.

²¹¹ CA Paris 11 février 1988, *S.A.R.L. Gita c. Lebahar*, D 1988 ir. 65.

²¹² CA Paris 19 novembre 1999, *De Ganay c. Compagnie française de télécommunication*, D 2000 ir. 15; Cass. (civ. 1^{re}) 6 octobre 1998, *Mme Bethencourt c. Société Communication information protec-*

d'un accident de ski l'indemnisation du préjudice subi, cette perte étant due à l'inactivité de la monitrice de ski qui a omis d'identifier la skieuse fautive à la place de la victime immobilisée²¹³; la perte de la chance de voir relever le montant de sa rémunération subie par une créatrice artistique²¹⁴; la perte de la chance d'obtenir une licence pour ouvrir une pharmacie par la rupture d'une promesse de bail²¹⁵; la perte de la chance de mieux gérer une entreprise et de résoudre rapidement ses problèmes subie par une acheteuse de matériel informatique par la livraison du mauvais appareil²¹⁶; la perte de la chance d'une salariée de faire admettre des frais professionnels par l'administration fiscale due à une remise tardive de la part de l'employeuse des documents en question²¹⁷; la perte de la chance d'être assurée selon un contrat d'assurance de personne à garanties forfaitaires subie par une salariée du fait du manquement d'une association à ses obligations d'information²¹⁸; la perte de la chance d'obtenir un marché, n'ayant pas pu répondre dans les délais à un appel d'offres²¹⁹; ainsi que la perte, par une entreprise de travaux publics, de l'espoir d'emporter un marché en raison d'une mesure illégale qui l'avait empêchée de concourir²²⁰ ou d'une décision reposant sur des faits matériellement inexacts²²¹.

- 71 **Loteries.** – Le cas le plus pur de la théorie de la perte d'une chance se trouve dans le domaine des loteries. Un exemple typique d'une application pourtant défectueuse de la théorie sert d'illustration²²²: une cliente reçoit un catalogue de vente par correspondance ainsi qu'un document l'informant que son nom a été retenu pour participer à un jeu sans obligation d'achat dont le premier prix est une Peugeot 306 d'une valeur de FRF 91 000. Sans qu'il n'y ait eu retour de son bon de participation, la cliente est relancée par la société qui lui annonce que, suite à un tirage sous contrôle d'huissier de justice, le premier prix lui a été attribué. Persuadée, au terme de ce courrier, d'avoir gagné la Peugeot 306,

tion électronique CIFE France, Bull. civ. I n° 276, JCP 1998 IV 3286; CA Montpellier 18 avril 1994, *SARL F. Perez c. Benattar*, JCP 1995 IV 1081; CA Paris 21 décembre 1988, *Société anonyme Salties et autre c. Société U.N.A.T.*, D 1989 ir. 38; Cass. (civ. 1^{re}) 17 mai 1988, *Société Electro Protection Service (EPS) c. Société anonyme Bostom Univers*, Bull. civ. I n° 143, D 1988 ir. 160, 87 RTDC (1988) p. 83; CA Lyon 30 juin 1981, *Société anonyme Sicli et autre c. Compagnie Les Assurances Générales de France et autre*, D 1982 ir. 365.

²¹³ Cass. (civ. 1^{re}) 10 juin 1986, *Le Club Méditerranée c. M. Colombo*, Bull. civ. I n° 163, JCP 1986 IV 245.

²¹⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 19 décembre 1983, *Société Les Editions de Vaillant et autre c. M. Chéret*, Bull. civ. I n° 304.

²¹⁵ TGI Corbeil-Essonnes 22 avril 1963, *Forkas c. Barbier*, GP 1963 II 131.

²¹⁶ CA Versailles 3 juin 1987, *Société Générale téléphonique c. Société E.A.C.*, D 1987 ir. 174.

²¹⁷ CA Paris 24 janvier 1989, *S.A.R.L. Ornet c. Société d'expertise comptable Gestion et Contrôle et autres*, D 1989 ir. 43; Cass. (civ. 2^e) 3 mai 1979, *Jardin c. Société anonyme Ticino-France*, Bull. civ. II n° 130, D 1979 ir. 344.

²¹⁸ Cass. (civ. 2^e) 19 mars 1997, *Comité d'entreprise de la CRCA des Pyrénées-Atlantiques c. Vidiella*, D 1999 somm. 87; Cass. (civ. 2^e) 19 juin 1996, *Pignon c. UAP et autres*, Bull. civ. II n° 160, D 1998 somm. 50.

²¹⁹ CE 8 juillet 1991, *Office public d'habitations à loyer modéré du département de l'Aisne*, JCP 1991 IV 401; CE 18 novembre 1988, *Ministère de l'Intérieur c. S.A.R.L. Les voyages Brounais*, D 1989 somm. 351; CE 13 juin 1979, *Société O.L.G.E.M.A.*, Rec. CE p. 882. Pour une analyse détaillée de la perte de chance en matière économique, SALLET.

²²⁰ CE 19 avril 1985, *Commune de Vitrolles, E.P.A.R.E.B., Société Omnium construction*, 101 RDP (1985) p. 1701.

²²¹ CE 28 mars 1980, *Centre Hospitalier de Seclin*, JCP 1981 II 19542.

²²² CA Paris 18 juin 1999, *D. M. c. Mme E.*, JCP 2000 II 10322.

la cliente renvoie son bon de participation accompagné d'une commande. C'est cependant le traditionnel "Collier Agathe" qui lui est attribué. S'estimant trompée, la cliente assigne la société organisatrice en réparation et se voit allouer la somme de FRF 91 000 pour préjudice à la fois moral, constitué par sa déception, et matériel, résultant de la perte d'une chance de disposer du lot en question. Selon PSAUME, cette solution s'expose à une double critique en ce qui concerne l'existence d'un préjudice matériel²²³. Premièrement, le caractère trompeur de la loterie ne pouvait qu'exclure la reconnaissance de la perte d'une chance dans la mesure où celle-ci suppose le caractère certain de la chance de succès. Deuxièmement, la réparation de la perte d'une chance doit tenir compte de la probabilité du succès et n'être qu'une fraction du gain espéré.

- 72 **Autres espèces.** - Il convient encore de signaler les espèces suivantes: la perte de la chance de faire établir sa filiation²²⁴; la perte d'une chance de pratiquer l'interruption de grossesse du fait qu'un laboratoire d'analyse a communiqué un résultat erroné²²⁵; la perte de la chance pour une doctoresse, qui se voit refuser par l'Etat tunisien un poste auquel elle avait droit, de voir sa clientèle privée accrue en raison de la notoriété procurée par une situation médicale administrative plus cotée²²⁶; la perte subie par une entreprise de transports routiers, concurrencée par l'intrusion d'une entreprise de transports irrégulière, sur une relation qu'elle était autorisée à desservir, de la chance de ravitailler ses clientes habituelles²²⁷; la perte de la chance pour les S.N.C.F. d'avoir des recettes supérieures par une infraction à la coordination des transports par des entreprises de transport²²⁸; la perte de la chance, pour une entreprise de transport, d'un espoir de recettes à la suite d'un encombrement²²⁹; la perte pour une société de la chance d'obtenir un agrément de l'administration²³⁰; la perte de la chance d'obtenir une licence d'importation injustement refusée par les services des douanes²³¹; la perte de la chance de voir augmenter un portefeuille de titres²³²; la perte de la chance de voir aboutir un

²²³ JCP 2000 II 10322.

²²⁴ TGI Lille 6 mai 1996, *Mme X*, D 1997 jp. 543, 98 RTDC (1999) p. 65.

²²⁵ CE 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c. Epoux X*, D 1999 somm. 60, D 1998 somm. 294; TGI Montpellier 15 décembre 1989, *Epoux P. c. Institut X et autres*, JCP 1990 II 21556. Pour l'opportunité de la réparation de ce préjudice en droit suisse, n° 529 ss.

²²⁶ Cour de Tunis 11 avril 1956, *Etat tunisien c. Dame C.B.*, 54 RTDC (1956) p. 519.

²²⁷ Cass. (com.) 14 octobre 1965, 64 RTDC (1966) p. 87. Voir, par contre, CA Versailles 21 avril 1988, *Société anonyme Cargocaire France c. Société anonyme Filles France*, D 1988 ir. 163; CA Paris 15 juin 1983, *Lepoutre c. S.A.R.L. d'Exploitation des Meubles Rosen*, D 1983 ir. 502.

²²⁸ Cass. (com.) 22 mars 1955, *Fruchaud c. S.N.C.F.*, JCP 1956 II 8686; Cass. (com.) 22 mars 1955, *S.N.C.F. c. Saussot et Becardit*, JCP 1956 II 8686; Cass. (crim.) 19 mai 1953, *Robin c. S.N.C.F.*, JCP 1954 II 7746; CA Rennes 3 juillet 1951, *S.N.C.F. c. Société Drouin Frères*, JCP 1952 II 6671.

²²⁹ Cass. (com.) 22 mai 1979, *Société Slough Estates Limited c. Entreprise Desrat et Compagnie et autre*, Bull. civ. IV n° 169, D 1980 ir. 217; Cass. (civ. 3^e) 16 avril 1973, *Société Etablissements Bergel c. Pigassou*, Bull. civ. III n° 287; Cass. (civ. 2^e) 28 avril 1965, *Marcailloux, Compagnie Le Patrimoine c. Régie Autonome des Transports de la Ville de Marseille*, D 1965 jp. 777, GP 1965 jp. 257, 64 RTDC (1966) p. 87; Cass. (civ. 1^{re}) 10 mars 1964, *Vallet c. Zhendre*, Bull. civ. I n° 141; Cass. (civ. 2^e) 11 juillet 1963, *Régie autonome des transports de la ville de Marseille c. Ruffino*, GP 1963 jp. 389, D 1964 somm. 26, 64 RTDC (1966) p. 87.

²³⁰ CE 13 octobre 1976, *Société Distillerie Brabant*, 93 RDP (1977) p. 1079 s.; CE 20 février 1974, *Sucrerie coopérative agricole de Vic-sur-Aisne*, Rec. CE p. 121.

²³¹ CE 13 novembre 1974, *Ministre de l'économie et des finances c. Société Beccaria et Compagnie*, Rec. CE p. 557.

²³² Cass. (crim.) 19 février 1975, *André Fieloux c. Monique Vacheron*, Bull. crim. n° 59.

projet de gestion informatisée d'un système de production²³³; la perte de la chance, pour une société dont les comptes ont été certifiés hâtivement par le commissaire aux comptes, de mettre fin à des détournements de fonds²³⁴; la perte de la chance de conserver un emploi en raison du manquement de l'employeuse à exécuter de bonne foi les engagements qu'elle avait souscrits dans le cadre d'un plan social²³⁵; la perte de la chance d'obtenir une prestation sociale à la suite d'une information erronée d'une caisse de retraite²³⁶; la perte de la chance de pouvoir exercer son droit de saillies qui a été jugée trop incertaine pour donner lieu à une indemnisation²³⁷; la perte de la chance subie par une société étrangère par des fautes commises par une liquidatrice dans l'exercice de ses fonctions²³⁸. En matière commerciale, la doctrine a également développé la notion (contestée) de "la perte d'une chance de développement" pour des cas de parasitisme économique, notamment pour faciliter l'appréciation du dommage concurrentiel²³⁹.

3.2.3 Préjudice futur

3.2.3.1 Notion

- 73 **Chances définitivement perdues avec des conséquences dans le futur.** - La perte d'une chance, tout en étant pareillement irrémédiable, peut aussi entraîner des répercussions dans l'avenir, de deux façons différentes: soit le préjudice existe dès maintenant et il va se prolonger dans le temps, soit il ne se concrétisera que plus tard²⁴⁰. Mais dans les deux cas, toute perte d'une chance ne sera pas indemnisée. La distinction entre préjudice virtuel et préjudice éventuel prend alors tout son sens (n° 42). Les situations analysées dans ce chapitre montrent à quel point il est parfois difficile d'affirmer qu'il existe une chance de voir se réaliser tel événement attendu, ou espéré, ou simplement envisagé. La jurisprudence aurait pu refuser la prise en considération d'événements futurs, qu'il aurait suffi de qualifier d'hypothétiques. Elle en a décidé autrement. Le principe de la réparation du préjudice virtuel a été posé sans ambiguïté par la Chambre des requêtes en

²³³ Cass. (com.) 12 mars 1996, *Soc. Capdevielle et autres c. Soc. Game Ingenierie et autres*, GP 1997 somm. 123.

²³⁴ CA Paris 19 octobre 1999, *Sté Van der Have France c. Beauge*, JCP 1999 IV 2986.

²³⁵ Cass. (soc.) 6 mai 1998, *Lottin c. Grave, ès qual. et autre*, JCP 1998 IV 2401, JCP 1999 I 107 n° 4.

²³⁶ CA Paris 1^{er} décembre 1998, *Franck Baumard c. Caisse de retraite des notaires*, GP 1999 somm. 347.

²³⁷ Cass. (civ. I^{re}) 16 juin 1998, *Consorts Mozé c. Epoux Djindjan et autres*, D 1998 ir. 180.

²³⁸ Cass. (com.) 7 décembre 1993, *M. Leopard c. Société Oerskov-Maskinfabrik*, Bull. civ. IV n° 464.

²³⁹ Jacques DUPICHOT, Pour une réflexion doctrinale sur la (nécessaire) sanction du parasitisme économique: vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun?, GP 1987 doc. 349: «En effet, ce "terrain" (clientèle, produit...) voisin mais différent constitue, s'il est libre, l'aire naturelle de développement de l'entreprise parasitée dont la vocation est, par essence, de se diversifier ou de se développer ... de telle sorte que porter fautivement atteinte à une telle chance de développement constitue, nous semble-t-il, un préjudice juridiquement réparable au titre de la perte de chance "d'une évolution de carrière"». Voir aussi, dans une perspective plus large, Suzanne CARVAL (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* [Paris 1995], n° 121, 125) qui juge cette notion "impuissante" pour le motif que le développement économique obéit à des lois imprévisibles. Voir aussi Daniel FASQUELLE, La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, 51 *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (1998) p. 777.

²⁴⁰ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1426.

1932²⁴¹. Plus tard, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a également énoncé ce principe de la réparation en ces termes: est un préjudice direct et certain

"la disparition, par l'effet d'un délit, de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine"²⁴².

3.2.3.2 Perte d'une chance d'obtenir des secours alimentaires

- 74 Caractère légal de la prétention.** - Contrairement aux espèces analysées précédemment, les décisions statuant sur la perte d'une chance d'obtenir des subsides ont ceci de particulier que la victime peut se targuer du caractère légal de l'obligation alimentaire, titre lui conférant un droit acquis ou une expectative (au sens juridique du terme) acquise. Sous cet angle, l'acte dommageable n'atteint plus de simples espérances, mais des prérogatives qui sont et qui auraient été protégées. Ce n'est pourtant pas en fonction de cette distinction (même si elle apparaît en arrière-plan comme une exigence élémentaire) que les autorités se sont prononcées. Plusieurs dispositions du Code civil français prévoient l'obligation des parents ou des adoptants d'assurer l'entretien de leurs enfants. L'article 203 CCF stipule ainsi que les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Inversement, selon l'article 205 CCF, les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autre ascendants qui sont dans le besoin. Ce préjudice ne peut cependant se réaliser que dans la mesure où l'ascendant se trouve dans le besoin au sens de l'article 205 CCF, et effectivement à la charge de son enfant, lors de la disparition de celle-ci. Parfois la perte de secours est invoquée par une conjointe. Elle se fondera alors sur les articles 212 ss CCF qui prévoient que les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance et qu'ils contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives.
- 75 Chance perdue pour les enfants.** - Les enfants peuvent se faire indemniser pour la perte de la chance de bénéficier des droits patrimoniaux découlant du lien de filiation. Les cas où les enfants peuvent se plaindre de la privation de la chance de recevoir des aliments ou de faire valoir des droits successoraux sont cependant rares. En effet, ce préjudice a dans la majorité des espèces un caractère réel et non éventuel et n'est, *a fortiori*, pas hypothétique, ce qui signifie que la question de la perte de chance ne se pose même pas²⁴³.
- 76 Chance perdue pour les parents.** - Il arrive que des parents demandent une indemnité pour compenser la perte de la chance d'obtenir une aide ultérieure d'une descendante. Il est difficile de schématiser la jurisprudence qui est très influencée par les circonstances de fait²⁴⁴. Néanmoins, d'une manière générale, elle est hostile, si ce n'est pas systématique.

²⁴¹ Cass. (req.) 1^{er} juin 1932, *Société Energie électrique du littoral méditerranéen c. Cognet*, S 1933 I 49.

²⁴² Cass. (crim.) 18 mars 1975, *Marie-France De La Broise c. Jean Body et André Savary*, Bull. crim. n° 79, JCP 1975 IV 156, 74 RTDC (1976) p. 778. Cette décision casse un jugement d'appel qui avait refusé de tenir compte d'une promotion dont la victime aurait dû bénéficier "à bref délai" au sein de son entreprise.

²⁴³ Voir cependant CA Colmar 6 novembre 1997, *Hisler c. Mme Bachhoffner et Mlle Alexandra Hisler*, GP 1998 somm. 436; Cass. (crim.) 8 juillet 1932, *Louradour c. Assistance publique*, GP 1932 II 599, DH (1932) p. 509.

²⁴⁴ Jacques DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle* (Paris 1969), n° 84.

quement opposée à cette action, comme semble l'être la Chambre criminelle²⁴⁵. Les raisons de cette hostilité sont diverses. Sociologiquement d'abord, il est de plus en plus rare de recourir à cette aide. De plus, généralement, au moment de l'action, on ignore si l'enfant aurait été un jour en mesure d'apporter une aide à ses parents dans le besoin et, enfin, si eux-mêmes auraient été dans la nécessité de faire appel à leur progéniture. Tous ces éléments font que la perte de cette chance paraît, *a priori*, éventuelle. Il existe en outre une différence essentielle entre la perte d'une chance d'obtenir un secours alimentaire et les espèces classiques où la théorie a pris corps: un cheval de course n'est destiné qu'à l'épreuve, un recours qu'à la cassation. En revanche, le décès d'un enfant rompt le cours d'une infinité de circonstances et de choix parmi lesquels le versement d'une pension alimentaire ne figure certainement pas au premier plan. C'est une éventualité parmi tant d'autres, et tellement moins probable que les autres qu'il est très souvent difficile de la démontrer.

- 77 **Cass. (civ. 2^e) 2 juillet 1975²⁴⁶**. — La Cour de cassation rappelle d'abord que la perte de l'obligation alimentaire, en cas de mort accidentelle de la personne qui en était tenue, peut entraîner un préjudice actuel et certain pour les personnes qui pouvaient y avoir droit. Ce préjudice doit être calculé en fonction des besoins du créancier d'aliments et des ressources mêmes futures, mais évaluables dès à présent, de ceux qui doivent les aliments:

«Dès lors, il ne saurait être fait grief à un arrêt d'avoir admis que la perte de la chance d'une femme de bénéficier d'aliments de la part de son fils, décédé à la suite d'un accident, constituait un préjudice ouvrant droit à réparation, les juges du fond ayant relevé d'une part que cette femme abandonnée par son mari était infirme et que ses ressources étaient modestes, d'autre part qu'elle était en droit de compter sur l'aide pécuniaire de son fils qui voyait s'ouvrir devant lui une carrière brillante»²⁴⁷.

- 78 **CA Angers 5 février 1970²⁴⁸**. — Le Tribunal correctionnel d'Angers condamne le défendeur reconnu coupable d'homicide sur la personne d'une mineure, à diverses indemnités au profit des parties civiles, à savoir les parents de la victime. N'étant pas contents du *quantum* des dommages-intérêts se rapportant au décès de la mi-

²⁴⁵ Cass. (crim.) 21 novembre 1968, *Dame Van Langhenhoven et Nuzi c. Dalmasso*, Bull. crim. n° 309, D 1969 somm. 31, GP 1969 I 100, 67 RTDC (1969) p. 778; il s'agissait de savoir si le préjudice subi par le père cardiaque d'un fils unique âgé de 15 ans, décédé des suites d'un accident, pouvait obtenir une indemnité pour le préjudice matériel résultant de la perte éventuelle du droit à secours alimentaire visé à l'article 205 CCF. La réponse était négative, car, selon la Cour, il est de moins en moins fréquent, en raison du perfectionnement de la législation sociale, que les parents âgés fassent appel à l'aide de leurs enfants, et le demandeur ne justifiait pas être dans le besoin. Voir aussi Cass. (crim.) 27 décembre 1956, *Dame Sabatier et Dame Lefrançois*, Bull. crim. n° 888, 67 RTDC (1969) p. 778.

²⁴⁶ Cass. (civ. 2^e) 2 juillet 1975, *Guidone et autre c. Dame Kraus et autres*, Bull. civ. II n° 203.

²⁴⁷ Bull. civ. II n° 203. Voir aussi Cass. (crim.) 30 novembre 1934, *Panza c. Consorts Icard*, GP 1935 I 103; CA Colmar 5 avril 1932, *Epoux Lengy c. Chemins de fer d'Alsace et de Lorraine*, 14 Revue juridique d'Alsace et de Lorraine (1933) p. 391; CA Paris 10 mars 1920, *Marie Deniaud c. Société Saint frères*, DP 1920 II 137, GP 1920 I 447, où une fille de 13 ans, «représentée comme très intelligente, très sérieuse, très réfléchie, devant arriver [...] à se créer dans la vie une situation au-dessus de la moyenne»; Cass. (crim.) 3 janvier 1914, *Blanchet, Giradier, Messager, Broussan c. dames Voigt*, Bull. crim. n° 7. Pour la jurisprudence administrative, voir CE 22 juin 1960, *Quinot*, Rec. CE p. 1131; CE 17 février 1960, *Lefondeur*, Rec. CE p. 116; CE 28 juillet 1951, *Béranger*, D 1952 jp. 22, S 1951 II 96, GP 1951 II 271; CE 27 octobre 1950, *Rouby*, 67 RDP (1951) p. 527.

²⁴⁸ CA Angers 5 février 1970, *Epoux Lambert c. Bébin et autres*, D 1970 jp. 538, JCP 1970 II 16308.

neure, les parents interjetent appel contre ce jugement devant la Cour d'appel d'Angers. Cette dernière refuse d'indemniser la perte de la chance d'un éventuel soutien des parents par la mineure pour les motifs suivants:

«[C]e préjudice futur serait indemnisable s'il était certain, mais qu'il n'est qu'éventuel; que sans doute un préjudice devient lui-même indemnisable lorsqu'il est d'une probabilité suffisante pour apparaître comme la perte d'une chance; que tel n'est pas le cas de l'espèce; qu'en effet, à la probabilité de la créance alimentaire future des parents s'opposent des probabilités contraires et aussi fortes de nature à faire obstacle à cette créance même, comme l'absence de besoin des parents ou l'insuffisance des ressources de l'enfant devenu majeur; qu'il convient d'observer au surplus que la mineure défunte n'était pas très avancée dans ses études, d'où le caractère particulièrement aléatoire de leur résultat final»²⁴⁹.

- 79 **Cass. (crim.) 12 février 1979**²⁵⁰. — La Cour de cassation rappelle à nouveau la différence qu'il faut faire entre les préjudices éventuel et hypothétique:

«Les juges qui constatent le caractère éventuel et incertain de l'aide financière susceptible d'être apportée à sa mère par un enfant qui était à sa charge lorsqu'il a été victime, à l'âge de quatorze ans, d'un accident mortel de la circulation, justifient leur refus d'indemniser la perte d'une chance de soutien alléguée par la demanderesse, celle-ci n'ayant pas apporté la preuve de la perte effective d'une chance sérieuse d'amélioration de ses ressources»²⁵¹.

- 80 **Chance perdue pour l'épouse ou la concubine.** — Parfois, la perte de secours est invoquée par une conjointe. En outre, la jurisprudence fait appel, de plus en plus souvent, au concept de perte de chances pour indemniser le préjudice patrimonial allégué par la concubine. Cela s'explique par le fait que ce n'est pas tant l'obligation légale d'entretenir qui sert de critère en vue de l'indemnisation de la perte de chances, mais plutôt le fait d'avoir profité effectivement des secours alimentaires d'une autre personne.

- 81 **Cass. (soc.) 21 novembre 1940**²⁵². — Une femme séparée de fait est recevable à obtenir des dommages-intérêts contre le responsable de la mort de son mari, même si elle a cessé de recevoir des prestations alimentaires de sa part:

«Attendu que l'arrêt, après avoir constaté qu'aucune procédure de séparation de corps ou de divorce n'était engagée entre les époux Héritier, au moment de

²⁴⁹ D 1970 jp. 538. Voir aussi Cass. (crim.) 5 janvier 1974, *Epoux Denis c. Iriat*, GP 1974 I 240, 73 RTDC (1975) p. 541; Cass. (civ. 2^e) 3 novembre 1971, *Epoux Cohen c. Mancusi et autres*, D 1972 jp. 667, 70 RTDC (1972) p. 598; CA Paris 26 octobre 1945, *Epoux Bellot c. Etablissement Marquer*, D 1946 jp. 121, GP 1945 jp. 196; Cass. (req.) 20 novembre 1939, *Compagnie La Foncière c. Volarcher et autres*, DH 1940 jp. 77; CA Colmar 7 juillet 1933, *Wolf c. Knepper*, 15 Revue juridique d'Alsace et de Lorraine (1934) p. 337, qui considère que le préjudice est "négligeable" car les parents sont dans "la force de l'âge"; Tribunal civil de Meaux 29 janvier 1920, *Adolphe Langelot c. Chemins de fer de l'Est*, D 1920 II 137, GP 1920 I 202, où ce préjudice a été jugé purement éventuel en dépit de la santé précaire d'un demandeur âgé.

²⁵⁰ Cass. (crim.) 12 février 1979, *Dame Laux veuve Foulquier*, Bull. crim. n° 61, GP 1979 jp. 563, D 1979 II 497, JCP 1979 IV 131.

²⁵¹ GP 1979 jp. 563. Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 5 janvier 1994, *Dame Duport c. Mutuelle Assurance des Commerçants et Industriels de France (MACIF)*, 7 Resp. civ. et assur. (1994) n° 116; Cass. (civ. 2^e) 22 janvier 1975, *Dubois et Compagnie Le Languedoc c. Dame Baldissin et Mutuelle générale française accidents*, Bull. civ. II n° 22, GP 1975 jp. 373, 73 RTDC (1975) p. 541; Cass. (civ. 1^{re}) 8 juillet 1954, *Epoux Radier c. Société Nouvelle Flèches-Cras "Lou Camel"*, Bull. civ. I n° 238.

²⁵² Cass. (soc.) 21 novembre 1940, *Milano et autres c. Veuve Héritier*, GP 1941 I 28, DH 1941 jp. 13.

l'accident, et avoir justement relevé que la séparation de fait existant entre eux avait laissé subsister l'obligation alimentaire dont le mari était légalement tenu vis-à-vis de sa femme, en déduit, à bon droit, que la veuve Héritier, ayant été privée par la mort de son mari d'un appui sur lequel elle pouvait légitimement compter, était fondée à demander la réparation du préjudice qui en était résulté pour elle²⁵³.

La séparation de fait pouvant cesser à tout moment, le droit de l'épouse, coupable de la séparation, de demander des aliments était simplement en sommeil. L'accident a fait perdre une chance à la femme²⁵⁴.

82 **Cass. (crim.) 5 novembre 1970²⁵⁵.** — Un homme est victime d'un accident mortel. Au moment de son décès, la victime est sans profession ni adresse connues, vit depuis quinze ans séparée de son épouse et partage sa vie avec une maîtresse qui lui a donné deux enfants. Dans ces circonstances, la Cour d'appel et ensuite la Cour de cassation estiment que le décès de cet homme n'a pu causer à sa femme qu'un modeste dommage matériel consistant dans la perte d'une chance, si elle était tombée dans le besoin, de pouvoir être secourue dans l'hypothèse où son mari serait revenu à meilleure fortune²⁵⁶.

83 **Cass. (civ. 2^e) 22 février 1989²⁵⁷.** — Des époux sont séparés de fait depuis plusieurs années au moment de l'accident du mari. La femme ne justifie pas de la persistance d'un lien d'affection entre eux et ne peut apporter la preuve ni d'une contribution aux charges du ménage, ni d'une pension alimentaire servie par son mari, dont elle n'a jamais sollicité l'aide financière. Aux yeux des juges du fond, la chance qu'elle a perdue d'obtenir l'exécution du devoir de secours apparaît donc trop incertaine. La Cour de cassation estime que les juges du fond, sans écarter le caractère réparable du préjudice de la veuve, n'ont fait qu'user de leur pouvoir souverain d'apprécier l'existence de ce préjudice en déboutant la veuve de sa demande en réparation.

3.2.3.3 Perte d'une chance d'améliorer sa situation sociale

84 **Survie de la victime directe.** — La victime directe est celle qui est directement affectée par la perte d'une chance. Elle s'oppose à la victime indirecte dont il sera question ultérieurement (n° 90 ss).

85 **CE 3 août 1928²⁵⁸.** — La première décision en matière administrative relative à la perte de chances a condamné l'administration à réparer le dommage subi par un fonctionnaire irrégulièrement privé de chances d'avancement sur lesquelles il pouvait légitimement compter:

«Le fonctionnaire colonial qui, par suite d'une fausse interprétation de la réglementation en vigueur par la commission de classement, a été privé des chances d'avancement au choix sur lesquelles il pouvait légitimement compter au moment où

²⁵³ GP 1941 I 28.

²⁵⁴ Est par contre purement éventuelle la perte par une femme de la possibilité ultérieure d'obtenir une hausse d'une pension alimentaire versée par son mari divorcé victime d'un accident: CE 4 décembre 1968, *Dame Kaïque et autres c. Gaz de France*, 85 RDP (1969) p. 536.

²⁵⁵ Cass. (crim.) 5 novembre 1970, *Dame Chauveaud et Sevaud*, Bull. crim. n° 290, GP 1971 jp. 90.

²⁵⁶ Voir aussi Cass. (soc.) 21 juin 1978, *Mingeaud c. Société à responsabilité limitée carrelages Granitor et autre*, Bull. civ. V n° 491.

²⁵⁷ Cass. (civ. 2^e) 22 février 1989, *Veuve S. c. F. et autres*, D 1989 ir. 91.

²⁵⁸ CE 3 août 1928, *Bacon*, Rec. CE p. 1035, S 1929 III 3.

la décision est intervenue, est fondé à demander réparation du préjudice qui lui a été causé par la faute imputable à l'administration»²⁵⁹.

Cette décision apparaît pourtant isolée au niveau de la juridiction administrative et la perte de chances n'a ensuite fait l'objet de décisions dans ce domaine qu'à partir de la fin des années 1950²⁶⁰.

- 86 Cass. (civ.) 17 février 1961²⁶¹. - La Cour de cassation annule un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui refusait de tenir compte des chances de la demanderesse d'être nommée hôtesse de l'air. C'est un accident de la circulation, dont la responsabilité a été reconnue incomber entièrement à la défenderesse, qui a privé la victime de ses chances. Cette dernière ne bénéficiait d'aucun droit ni d'aucune promesse d'accès à la profession. Sa nomination, admet donc la Cour de cassation, était future et hypothétique. Mais elle avait acquis, par son travail et un stage à l'étranger, l'aptitude à postuler pour l'emploi en question. La perte de cette aptitude du fait de l'accident lui causait donc un préjudice "actuel et certain"²⁶².
- 87 Cass. (civ. 2^e) 12 mai 1966²⁶³. - Au moment de l'accident, la victime, âgée de 19 ans, n'a pas terminé ses études secondaires et vient même d'échouer à la première partie du baccalauréat. Dans sa demande en dommages-intérêts, elle sollicite une indemnité pour l'obligation dans laquelle elle se trouverait de renoncer à la carrière de pharmacienne à laquelle elle prétend se destiner. Les juges de la Cour d'appel de Paris constatent cependant que la lésée n'a entrepris aucune des études spéciales pouvant lui donner accès à la profession envisagée et estiment alors que la vocation qu'elle allègue à une carrière de pharmacienne, qu'elle est très loin d'avoir abordée, demeure une pure hypothèse. La Cour d'appel refuse dès lors d'accueillir la demande de la victime. La Cour de cassation estime que les juges ont pu admettre qu'elle ne pouvait se plaindre d'avoir été privée des avantages d'une carrière, qui n'étaient que purement hypothétiques et qu'elle invoquait ainsi un préjudice incertain, non susceptible de réparation²⁶⁴.

²⁵⁹ S 1929 III 3 s.

²⁶⁰ SALLET, p. 4.

²⁶¹ Cass. (civ. 2^e) 17 février 1961, *Mlle Burelle c. Pierre*, Bull. civ. II n° 137, D 1961 somm. 61, GP 1961 jp. 400, 60 RTDC (1962) p. 99.

²⁶² Voir aussi Cass. (crim.) 13 octobre 1987, *Gros et autre c. Pollet-Villard*, D 1987 ir. 245; Cass. (soc.) 9 juillet 1986, *Société Etablissement Albert et Raitin c. Petit*, D 1987 jp. 476; CE 22 octobre 1982, *Commune de Besse-en-Chandesse*, Rec. CE p. 358; Cass. (crim.) 9 décembre 1980, *Biget*, D 1981 IV 80; CE 16 novembre 1979, *Mlle Gabrielle Pouzac*, 96 RDP (1980) p. 863; CE 7 mai 1977, *Préfet de Police c. Dame Fresneau*, 93 RDP (1977) p. 1101 s.; Cass. (civ. 2^e) 9 mars 1977, *Dracono c. Larcher et autres*, Bull. civ. II n° 70; CE 10 novembre 1976, *Caisse primaire d'assurance maladie de Montbéliard et Rivallant*, Rec. CE p. 1132; Cass. (com.) 28 février 1973, *Société anonyme d'Education de Saint-Martin c. Cambilargui*, Bull. civ. V n° 126, D 1973 ir. 62; CE 3 novembre 1971, *Ministre de l'éducation nationale c. Mlle Cannac*, Rec. CE p. 650; TGI Marseille 10 novembre 1965, *Boudes c. Juheau*, JCP 1966 jp. 14551, 92 RTDC (1993) p. 149.

²⁶³ Cass. (civ. 2^e) 12 mai 1966, *Epoux Lucas c. Benmoun*, Bull. civ. II n° 564, D 1967 jp. 3, JCP 1966 IV 91, 65 RTDC (1967) p. 387.

²⁶⁴ Voir aussi Cass. (soc.) 5 janvier 1995, *Société Demailly c. Dupont*, JCP 1995 IV 493; Cass. (civ. 1^{re}) 22 juillet 1985, *Epoux Dinet c. Consorts Tournex et autres*, JCP 1985 panorama 366; Cass. (civ. 2^e) 27 février 1985, *Dardenne c. Compagnie G.A.N. Incendie Accidents*, Bull. civ. II n° 52, GP 1985 pj. 236, JCP 1985 IV 172, 85 RTDC (1986) p. 117; Cass. (civ. 2^e) 9 novembre 1983, *Association "La Ronde Folklorique" et autre c. Poisse*, Bull. civ. II n° 175, GP 1984 pj. 237, JCP 1985 II 20360, JCP

88 CA Paris 10 octobre 1969²⁶⁵. - La demanderesse, âgée de 19 ans, a été victime d'un accident de la circulation, provoqué par un automobiliste assuré auprès de la compagnie d'assurance La Nationale, sur le territoire du canton de Genève. Le Tribunal de grande instance de Paris a appliqué le droit suisse et plus particulièrement l'article 47 CO pour rejeter la demande de réparation du préjudice moral éprouvé par les parents de la lésée restée dans un état d'inconscience totale depuis le jour de l'accident. A l'époque, le droit suisse permettait en effet d'allouer une indemnité pour tort moral aux membres de la famille uniquement en cas de décès de la victime et non dans l'hypothèse de blessures subies par cette dernière, aussi graves fussent-elles²⁶⁶. C'est probablement à cause de cette dureté de la législation helvétique que les tribunaux français se sont montrés très larges avec le caractère certain du préjudice subi directement par la victime. Cet arrêt est fortement critiqué pour le motif qu'il répare un préjudice purement hypothétique²⁶⁷. Sans relever aucune étude commencée, ce qui, selon DURRY, serait un bon critère²⁶⁸, l'arrêt accorde une indemnité sous prétexte que, compte tenu de l'âge de la victime, de son

1984 IV 23: il s'agissait d'un jeune garçon de neuf ans auquel la Cour d'appel avait accordé une indemnité destinée à réparer notamment son incapacité permanente partielle. Le tribunal avait en plus condamné le responsable à verser au garçon «une rente en réparation du préjudice subi pour perte d'une chance d'accéder à une situation bien rémunérée». A cet effet, les juges du fond avaient relevé que le garçon était un bon élève à l'école primaire, et que, dernier enfant d'une famille en comportant quatre, il avait, tout comme ses frères et sœurs, la possibilité de continuer ses études encouragée par des parents attentifs. Le tribunal a également constaté qu'après l'accident, les résultats scolaires de la victime étaient devenus tout à fait insuffisants, faute pour elle de pouvoir porter attention et intérêt à ce qu'elle faisait, et que, par ailleurs, les séquelles de l'accident ne lui permettaient pas non plus d'accéder à un travail manuel spécialisé. La deuxième Chambre civile a considéré que, par cette motivation, les juges du fond n'avaient pas précisé en quoi la perte de chance retenue était certaine et en relation directe avec le fait dommageable. C'est pourquoi elle a cassé le jugement de la Cour d'appel pour défaut de base légale. L'arrêt de la Cour de cassation montre l'importance du rôle joué en la matière par la Cour suprême qui en vient ici, pratiquement, à faire office de juge du troisième degré. Voir aussi CE 6 mai 1977, *Préfet de Police c. Dame Fresneau*, 93 RDP (1977) p. 1101; Cass. (crim.) 23 février 1977, *Suzanne Labrot c. Francis Zafon*, Bull. crim. n° 73, D 1977 ir. 181; CE 7 janvier 1976, *Lederer*, 92 RDP (1976) p. 922; CE 3 décembre 1975, *Placide*, 92 RDP (1976) p. 923; Cass. (civ. 2^e) 10 octobre 1973, *Epoux Morand c. Société Mutuelle d'assurance des Chambres syndicales du bâtiment et des travaux publics S.M.A. et autres*, Bull. civ. II n° 254; CE 12 novembre 1969, *Clara*, 86 RDP (1970) p. 450; CE 3 juillet 1968, *Sifflet*, Rec. CE p. 417; CE 3 juillet 1968, *Ministre du Travail c. Sieur Pelage*, Rec. CE p. 417; CE 3 juillet 1968, *Bournoville*, Rec. CE p. 417; Cass. (civ. 2^e) 1^{er} avril 1965, *Hospices civils de la ville de Sultz et autre c. Leboeuf et autres*, Bull. civ. II n° 336, D 1965 IV 67; CE 13 février 1963, *Huguer*, Rec. CE p. 88; CE 13 février 1963, *Ponsole*, Rec. CE p. 89; CE 5 janvier 1962, *Aurnague*, Rec. CE p. 9; Cass. (civ.) 8 février 1939, *Laigneau c. Laine*, S 1939 I 297.

²⁶⁵ CA Paris 10 octobre 1969, *Carl Hermann A.G. Bussler c. Compagnie La Nationale*, GP 1970 jp. 39.

²⁶⁶ C'est seulement plus tard que le Tribunal fédéral a étendu le domaine des biens protégés et des dommages directs. Il a ainsi admis que tant le choc nerveux causé à une mère par le décès accidentel des ses enfants que les souffrances éprouvées par une épouse ou par des parents face à une grave invalidité du conjoint ou d'un enfant donnent lieu à réparation, aussi bien des pertes résultant de l'atteinte à la santé psychique dans le cadre de l'article 46 CO que du tort moral en application de l'article 49 CO (ATF 112 II 118 [220, 226]; 116 II 519; 117 II 50).

²⁶⁷ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1430.

²⁶⁸ Georges DURRY, 59 RTDC (1961) p. 387 s.

éducation et de son niveau familial, elle "aurait pu par la suite exercer une profession [...], voire entreprendre des études ou contracter mariage [...]"²⁶⁹!

- 89 **CA Paris 31 octobre 1997**²⁷⁰. – Une personne est blessée dans une rixe et demeure atteinte d'une incapacité permanente partielle de 17%. Ces séquelles ont pour conséquence que la victime ne peut plus être intégrée au sein de la Brigade des Sapeurs-Pompiers de Paris, malgré une demande d'engagement déposée préalablement et une formation réussie aux premiers secours. La Cour d'appel estime que «s'il n'est pas démontré qu'il aurait été engagé avec certitude au sein de cette brigade, le blessé est néanmoins privé de la chance de bénéficier de cet engagement». Elle confirme aussi l'évaluation de la Commission qui avait chiffré à FRF 170 000 la réparation de l'incapacité permanente partielle, incidence professionnelle incluse²⁷¹.
- 90 **Décès de la victime directe.** – Lorsque la victime directe décède, ce sont ses ayants droit qui peuvent avoir à se plaindre d'avoir perdu une chance d'améliorer leur situation sociale.
- 91 **Analyse d'une espèce typique:** Cass. (crim.) 24 février 1970²⁷². – La lésée a obtenu des dommages-intérêts pour la perte de la chance de profiter de la carrière de son mari qui s'annonçait sous les meilleures couleurs, à la suite du décès accidentel de ce dernier. Les juges du fond ont relevé que feu son mari, étudiant en 6^e année de médecine, était un brillant interne des hôpitaux de Paris et qu'il se destinait à la chirurgie. Ces données laissaient présager, à bref délai, de belles perspectives d'avenir dont sa femme devait profiter et qui lui auraient assuré une situation très supérieure à celle qu'elle avait²⁷³. Le préjudice est certain même s'il n'est que virtuel. Le dommage trouve son origine dans un fait passé (l'accident), va naître à l'époque à laquelle l'interne aurait normalement dû accéder à une situation intéressante et se prolongera dans l'avenir jusqu'à la mort de la demanderesse (la veuve). Le dommage est donc futur. Il est virtuel, car il découle de cet accident, quoique non absolument, étant donné que le jeune homme aurait pu avoir un accident naturel de santé²⁷⁴ ou aurait pu subir un échec à un examen. Mais il était plus

²⁶⁹ Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 9 novembre 1983, *Association "La Ronde Folklorique" et autre c. Poisse*, Bull. civ. II n° 175, GP 1984 p. 237, JCP 1985 II 20360, JCP 1984 IV 23. Voir, par contre, Cass. (crim.) 4 décembre 1996, *Ginette Léger c. Arwin Khachik*, Bull. crim. n° 445.

²⁷⁰ CA Paris 31 octobre 1997, *Aymeric Guillet c. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions*, GP 1998 somm. 441.

²⁷¹ Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 13 novembre 1985, *Epoux Desplat*, Bull. civ. II n° 172, JCP 1986 IV 41; Cass. (crim.) 18 janvier 1983, *Grunenwald*, D 1983 ir. 240.

²⁷² Cass. (crim.) 24 février 1970, *Sté Transports Roblet c. Dame Bocognano*, Bull. crim. n° 73, D 1970 jp. 307, JCP 1970 II 16456.

²⁷³ LE TOURNEAU/CADIET (n° 1431) expriment cette idée de la façon suivante: «la midinette qui fait un "beau" mariage doit recevoir une indemnité si, par la faute d'un tiers, le conte (le compte?) de fées se transforme en drame».

²⁷⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 13 juillet 1961, *Dubié c. Veuve Trouillet*, Bull. civ. I n° 407, GP 1961 jp. 216, 60 RTDC (1962) p. 99: Responsable de la mort d'un fonctionnaire, le défendeur a formé un pourvoi à la Cour de cassation en reprochant à la cour d'appel d'avoir tenu compte des chances d'avancement de la victime. L'arrêt attaqué avait cependant fait preuve de pondération. Parmi les facteurs de sa décision, il retenait, certes, l'éminente personnalité de la victime et ses chances de se voir appeler à de plus hautes fonctions, mais aussi, d'autre part, "l'incertitude qui s'attache à toutes les prévisions humaines, fussent les plus autorisées, en raison de la menace que la mort, même la plus naturelle, fait

que vraisemblable qu'il accèderait rapidement à la situation de chirurgien et qu'il toucherait, très vite, des cachets substantiels²⁷⁵. Ses chances étaient dès lors considérables²⁷⁶.

- 92 Cass. (crim.) 23 novembre 1971²⁷⁷. - Des consorts se pourvoient contre un arrêt qui a statué sur les intérêts civils dans une procédure où le défendeur a été reconnu coupable d'homicide involontaire et entièrement responsable des conséquences de l'accident au cours duquel un brigadier de police a été mortellement blessé. La

peser sur l'homme". La Cour de cassation rejette le pourvoi en utilisant un langage fort énergique, considérant que "la perte de l'aptitude d'un fonctionnaire à être nommé à un grade supérieur" constitue "non un préjudice éventuel ni hypothétique, mais un dommage certain, actuel et appréciable en argent".

²⁷⁵ Ce degré suffisant de vraisemblance a été nié dans une affaire décidée le 24 mai 1938 par la Cour d'appel de Paris (*Chemin de fer de l'Est c. Mlle Gaillard*, GP 1938 jp. 468): Le fiancé de la demanderesse trouve la mort dans une catastrophe de chemins de fer. La fiancée demande des dommages-intérêts à la compagnie de chemins de fer pour la perte de la chance de se marier et de profiter des avantages matériels et moraux de ce mariage. La Cour d'appel de Paris déclare mal fondée cette demande pour les raisons suivantes: «Or, considérant que, sans méconnaître qu'en l'état des indications fournies par les débats, les fiançailles de la dlle Gaillard avec le sieur Môle devaient, selon toutes probabilités aboutir à un mariage, il n'est point possible cependant d'affirmer avec certitude et de considérer comme constant que, sans l'accident au cours duquel Môle a trouvé sa mort, le mariage aurait été célébré par la suite; que, dès lors, à la date de l'accident, le mariage n'existait qu'à l'état de projet, et, par conséquent, demeurait hypothétique; qu'en cet état, la dlle Gaillard s'est trouvée, au moment de l'accident et par la suite de cet accident, atteinte dans ce qui constituait pour elle, non point un droit acquis, mais une simple expectative; que, par la suite, ne justifiant point que l'accident lui ait occasionné un préjudice actuel et certain, elle ne peut être considérée comme fondée à en demander la réparation». Voir aussi CA Rouen 9 juillet 1952, *Consorts Saint-Saens et Françoise Godard c. Truchon*, D 1953 jp. 13; Cass. (req.) 30 avril 1940, *Pierre Soly c. Compagnie des Chemins de fer Paris-Orléans*, GP 1940 jp. 37, D 1941 somm. 4: Le demandeur actionne la compagnie de chemins de fer en réparation du préjudice que lui a causé la mort de son père due à un accident dont la compagnie a été jugée responsable. Les conséquences dommageables du décès se trouvent aggravées de la perte d'un legs que le défunt aurait recueilli s'il avait survécu à la testatrice, sa femme, tuée avec lui dans le même accident. La caducité du testament dont le demandeur perd indirectement le bénéfice comme héritier de la victime n'a d'autre cause que la simultanéité des deux décès. La Cour d'appel admet seulement qu'il y a là, pour le demandeur, perte d'une chance et non d'un droit acquis. Elle reconnaît de ce fait l'existence d'un certain préjudice, mais inférieur à la valeur du legs et ne justifiant qu'une faible augmentation des dommages-intérêts par rapport aux autres postes du dommage. La Cour de cassation par contre estime que «le dommage résultant de la mort d'une mère naturelle affect[e], dès à présent, l'avoir de la fille définitivement privée par l'accident de toute vocation héréditaire - notamment celle de recueillir un jour dans la succession de cette mère partie des biens des grands-parents naturels». Elle en conclut que «doit être cassé l'arrêt qui refuse de tenir compte, dans le calcul de l'indemnité, de cet élément de préjudice sous prétexte que le dommage envisagé est éventuel et non certain» (Cass. [crim.] 18 janvier 1956, *Clapon*, Bull. crim. n° 69, JCP 1956 II 9285). Voir, à ce sujet, n° 516.

²⁷⁶ Voir aussi Cass. (crim.) 3 avril 1979, *Cloude Langumier c. Roger Robert*, Bull. crim. n° 134; Cass. (civ. 2^e) 4 janvier 1978, *Compagnie d'assurance La Concorde et autre c. Consorts Chamontin et autres*, Bull. civ. II n° 4; Cass. (civ. 2^e) 31 janvier 1974, *Consorts Sergent c. Veuve Farion et Compagnie La France et autre*, Bull. civ. II n° 49, GP 1974 jp. 495, 73 RTDC (1975) p. 541; Cass. (crim.) 19 janvier 1972, *Dame Tournier*, JCP 1972 IV 55; Cass. (civ. 2^e) 4 octobre 1967, *Larin et Compagnie d'assurance Le Phénix c. Dame Carlinet et autre*, D 1968 jp. 162.

²⁷⁷ Cass. (crim.) 23 novembre 1971, *Consorts Neyer c. Pierre Breyer*, D 1972 somm. 12, D 1972 jp. 225, GP 1972 jp. 486, JCP 1972 IV 1, 70 RTDC (1972) p. 599, 74 RTDC (1976) p. 778.

veuve réclame au responsable la réparation du préjudice subi, y compris la perte des ressources que son mari, une fois à la retraite, aurait tirées d'une activité complémentaire. En effet, les policiers français font partie de ces fonctionnaires qui prennent leur retraite plus tôt que les autres, si bien que, très fréquemment, ils complètent leur retraite par une autre activité. Selon les juges du fond, ce chef de préjudice correspond bien à la perte d'une chance: nul ne peut dire si la victime serait parvenue à l'âge de la retraite, ni si, une fois à la retraite, elle ne se serait pas contentée de cultiver son jardin. Sensible au caractère hypothétique de la reconversion, la Cour d'appel de Colmar refuse de la réparer, au contraire des premières juges. La Cour de cassation rejette le pourvoi en disant que

«[s]i la perte de chance doit être prise en considération comme l'un des éléments, serait-il lié à un événement futur, du préjudice directement subi par la victime ou ses ayants droit, encore faut-il que cet élément ait un caractère certain au jour de la décision qui fixe la réparation mise à la charge du responsable du dommage»²⁷⁸.

93

Cass. (crim.) 9 octobre 1975²⁷⁹. - La Cour de cassation annule un arrêt qui a écarté toute prise en considération d'un prochain avancement de la victime, agent de l'E.D.F. Les juges d'appel ont en effet estimé hypothétique un tel préjudice, car, disaient-ils, la victime aurait pu aussi bien mourir avant de bénéficier de cette promotion, mais sans que le décès ait été imputable à quiconque. La cassation de cet arrêt est fondée sur un attendu d'une grande fermeté de rédaction:

«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»²⁸⁰.

94

Cass. (crim.) 3 novembre 1983²⁸¹. - Cette espèce montre la difficulté que peuvent rencontrer les juges du fond lors de l'évaluation du préjudice qui résulte de la perte d'une chance. En l'occurrence, la victime étant décédée, les juges du fond, pour fixer le préjudice économique causé à la veuve et à ses enfants, procèdent de la manière suivante: après avoir constaté que le salaire mensuel de la victime était à son décès d'environ FRF 2 623, les juges retiennent pour base de calcul de la privation de ressources subie par la veuve et les enfants la somme de FRF 84 000 représentant le salaire mensuel d'un chef de service qui devait prochainement prendre sa retraite et que la victime aurait pu "espérer remplacer". La Cour de cassation annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen pour les raisons suivantes:

«Si la Cour d'appel, [...] était en droit de prendre en considération pour l'évaluation du préjudice économique des ayants droit, la perte d'une chance de bénéficier dans l'avenir de l'augmentation des ressources qu'aurait pu leur procurer l'accèsion de

²⁷⁸ GP 1972 jp. 486. Voir aussi Cass. (crim.) 16 février 1981, *Bernard Bailly c. Bernard Maréchal*, Bull. crim. n° 58, JCP 1981 IV 159, où un père a invoqué - en vain - la perte de la chance d'obtenir un supplément de ressources ou une plus-value de son cabinet d'assurance par la mort de son fils avec lequel il voulait s'associer; Cass. (crim.) 28 avril 1971, *Mathias Martinez c. Roger Gazal*, Bull. crim. n° 124; TGI Marseille 10 novembre 1965, *Boudes c. Julheau*, JCP 1966 II 14551, 92 RTDC (1993) p. 149.

²⁷⁹ Cass. (crim.) 9 octobre 1975, *Marie-Claude Bouvier, veuve Saignot et autre*, Bull. crim. n° 212, D 1975 ir. 229, GP 1976 jp. 4, 74 RTDC (1976) p. 778.

²⁸⁰ GP 1976 jp. 4.

²⁸¹ Cass. (crim.) 3 novembre 1983, *Cassagnau*, Bull. crim. n° 280, JCP 1985 II 20360.

leur auteur à un emploi supérieur s'il avait vécu, elle ne pouvait cependant sans contradiction admettre que cette accession n'était que probable et fonder néanmoins son évaluation sur l'intégralité du salaire réel d'un chef de service [...]»²⁸².

3.2.4 En particulier: chances de guérison et de survie

3.2.4.1 Introduction

- 95 **Création prétorienne récente.** - Même si la théorie de la perte de chances a été utilisée depuis longtemps et dans de nombreux domaines pour indemniser des victimes, elle n'a fait son entrée dans le domaine de la responsabilité médicale que tardivement. C'est en 1962 qu'une cour d'appel utilise ce moyen pour la première fois pour indemniser la perte d'une chance de guérir ou de survivre (n° 105). Et c'est seulement il y a un peu plus de trente ans que la première chambre civile de la Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt célèbre (n° 106), cette nouvelle application²⁸³. Ce sont les Chambres civiles de la Cour de cassation et le Conseil d'Etat qui se trouvent à l'origine de cette création prétorienne qui, au contraire, est refusée par la Chambre criminelle. La jurisprudence indemnisant la perte d'une chance en matière médicale est contestée par une partie de la doctrine²⁸⁴. Une confusion dans la jurisprudence a donné des arguments supplémentaires aux adversaires de cette théorie (n° 333 ss).
- 96 **Perte d'une chance de survie en dehors de la responsabilité médicale.** - Rares sont les cas où la question de la perte d'une chance de survie ou de guérison se pose en dehors du cadre de la responsabilité de la doctoresse. Il convient de signaler par exemple l'arrêt qui a condamné des membres de l'enseignement public à réparer la perte d'une chance de survie d'un garçon handicapé décédé des suites d'une chute au cours d'une visite, surveillée par les responsables, du Palais de la Découverte à Paris. Les juges ont considéré que le fait de ne pas avoir soumis l'élève handicapé, malgré le choc violent

²⁸² JCP 1985 II 20360. Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 14 octobre 1992, *Consorts Lochoan c. Tennis-club de Redon et autres*, Bull. civ. II n° 241, 5 Resp. civ. et assur. (1992) n° 433, D 1992 ir. 255, 92 RTDC (1993) p. 148, qui évoque, de manière ambiguë, la "promotion éventuelle" de la victime, enseignant admis provisoirement, peu avant son décès, à l'échelle des professeurs certifiés; Cass. (civ. 2^e) 8 juin 1983, *Mutuelle générale d'assurances (MGA) et autre c. Mme Parolin et autre*, Bull. civ. II n° 124; Cass. (crim.) 15 juin 1982, *Eléonora De Simone c. Philippe Hegarty et société Delly-Freight*, Bull. crim. n° 159, JCP 1982 IV 308; Cass. (crim.) 18 mars 1975, *Marie-France De La Broise c. Jean Body et André Savary*, Bull. crim. n° 79, JCP 1975 IV 156, 74 RTDC (1976) p. 778; Cass. (civ. 2^e) 20 décembre 1966, *Consorts Savreux c. Compagnie d'assurance La Providence et autres*, Bull. civ. II n° 979, D 1967 jp. 669, où la Cour de cassation approuve une Cour d'appel d'avoir relevé que «le traitement de l'intéressé, s'il avait vécu, aurait augmenté automatiquement de 3,5% par an [...]»; Cass. (civ. 2^e) 15 avril 1964, *Société anonyme "Le Lloyd Continental Français" et autre c. Hervé et autres*, Bull. civ. II n° 288; Cass. (civ. 2^e) 9 juillet 1954, *Bordes c. Veuve Lafitte*, GP 1954 jp. 233, D 1954 jp. 627.

²⁸³ Avant, la jurisprudence considérait que «lorsqu'à la suite d'une ou de plusieurs fautes médicales, il y a eu décès, il importe peu de rechercher par hypothèses si le malade aurait pu ne pas mourir, malgré le traitement, ou mourir avec un traitement normal; mais simplement s'il est mort en raison du traitement anormal» (Tribunal correctionnel d'Abbeville 24 octobre 1935, *Epaux Hauteceur c. Dr C. et Mlle Gay*, GP 1936 jp. 76).

²⁸⁴ Laurence MOATTI, «En l'absence de faute du médecin, n'existe-t-il pas un préjudice?», GP 1988 doc. 677: «La notion de "perte de chance" est sans doute la notion la plus controversée du droit de la responsabilité médicale. Elle déchaîne les passions de juristes, provoque les foudres du corps médical, tout en séduisant les victimes qui lui trouvent des avantages».

qu'il avait reçu, à l'examen d'une doctoresse constituait une faute de nature à priver la victime d'une possibilité de survie²⁸⁵. A également été indemnisée la perte de la chance d'un traitement rapide et approprié par des négligences commises par un club de plongée sous marine dans les secours d'urgence²⁸⁶.

3.2.4.2 Aperçu de la responsabilité médicale

97 Introduction. – Pour mieux situer l'indemnisation d'une chance médicale perdue dans son contexte, un bref aperçu de la responsabilité médicale en droit français s'impose²⁸⁷.

98 Contrat médical. – Depuis le fameux arrêt *Mercier* de 1936²⁸⁸, le droit français considère que la responsabilité civile de la doctoresse envers sa patiente est de nature contractuelle. Le contrat entre les deux parties est généralement qualifié d'innomé²⁸⁹. La doctoresse assume en principe une obligation de moyens comportant l'engagement

«sinon de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science»²⁹⁰.

Exceptionnellement, la doctoresse est tenue d'une obligation de résultat lorsque le dommage provient du fait d'une chose qu'elle utilise dans l'exercice de son métier ou pour les injections, analyses, appareils de prothèse, médicaments, expérimentations et certains examens²⁹¹. Les devoirs principaux suivants découlent de l'obligation de moyens générale: un devoir de formation permanente²⁹² pouvant limiter parfois la liberté de prescription²⁹³, un devoir de poser un diagnostic correct²⁹⁴, un devoir de procé-

²⁸⁵ CA Amiens 6 janvier 1998, *Etat français c. Consorts Guilpain*, JCP 1998 IV 3173. Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 12 novembre 1987, *Epoux Rizzi c. le Préfet de Paris*, Bull. civ. I n° 291.

²⁸⁶ Cass. (civ. 1^{re}) 9 mars 1983, *Halabi c. Sub Atlantic Club et autre*, GP 1983 somm. 280.

²⁸⁷ Pour plus de détails, voir André DEMICHEL, *La responsabilité médicale* (Paris 1997); Robert SAURY, *Manuel de droit médical* (Paris/Milan/Barcelona/Mexico 1989), p. 264 ss; Hervé CAEL, *La responsabilité médicale du chirurgien et de l'anesthésiste*, thèse (Nice 1988); MEMETEAU (1985); Jean-François LEMAIRE/Jean-Luc IMBERT, *La responsabilité médicale* (Paris 1985); Léon DEROBERT, *Droit médical et déontologie médicale* (Collection médico-chirurgicale à révision périodique), chap. 8 (Paris 1976); Georges BOYER CHAMMARD/Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale* (Paris 1974).

²⁸⁸ Cass. (civ.) 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. Epoux Mercier*, DP 1936 I 88, S 1937 I 321, GP 1936 jp. 41.

²⁸⁹ Cass. (civ.) 13 juillet 1937, *Dr Maurice Parin c. Barrès*, DH 1937 jp. 571, S 1939 I 217.

²⁹⁰ Cass. (civ.) 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. Epoux Mercier*, DP 1936 I 88, S 1927 I 321, GP 1936 jp. 41. L'allusion aux "circonstances exceptionnelles" vise essentiellement l'urgence qui conduit à modérer la responsabilité de la doctoresse (Cass. [civ. 1^{re}] 24 novembre 1987, *Farhat c. Bignon*, D 1989 somm. 61; LE TOURNEAU/CADIET, n° 3435).

²⁹¹ LE TOURNEAU/CADIET, n° 3446 ss; Cass. (civ. 1^{re}) 9 novembre 1999, *Mme Havel c. Delsart*, D 2000 jp. 117.

²⁹² Code de déontologie du 6 septembre 1995, publié in: *Déontologie médicale – Code de déontologie de 1995*, J.-M. Auby (dir.), Droit médical hospitalier, fasc. 41 (Paris 1995), art. 11.

²⁹³ CA Paris 9 mars 1984, *Compagnie d'assurance La Médicale de France et autre c. Epoux Borry et autres*, D 1984 ir. 457.

²⁹⁴ LE TOURNEAU/CADIET, n° 3436, et la jurisprudence citée.

der aux examens préalables, complémentaires et de contrôle²⁹⁵, un devoir de recourir à des spécialistes²⁹⁶, un devoir d'information²⁹⁷ et un devoir de surveillance²⁹⁸.

- 99 **Devoir d'information en particulier**²⁹⁹. — La suite de ce travail montrera que le devoir d'information a une portée particulière en rapport avec l'indemnisation de chances perdues (n° 429 ss). La doctoresse doit informer sa patiente des risques du traitement et de l'opération et la conseiller. Il lui faut obtenir le consentement éclairé à un traitement ou à une opération conseillés ou déconseillés³⁰⁰. Elle doit aussi prévenir des précautions à prendre lors d'un traitement ou d'une opération³⁰¹. Le but fondamental de l'obligation de recueillir le consentement libre et éclairé de la malade est donc de conférer à celle-ci la liberté de pouvoir, après une mise en perspective des risques du traitement et des bienfaits escomptés, accepter ou refuser l'intervention³⁰². Par une information insuffisante, la doctoresse peut priver la malade d'une telle possibilité de choix, constitutive d'une perte de la chance de refuser l'acte dommageable. L'obligation d'informer de la doctoresse a été considérablement renforcée dans le cadre de l'aggravation générale de la responsabilité médicale afin de pouvoir indemniser l'aléa thérapeutique (n° 104)³⁰³. La Cour de cassation d'abord au niveau civil³⁰⁴, le Conseil d'Etat ensuite au niveau administratif³⁰⁵, ont rendu des arrêts qui constituent un véritable revirement de jurispru-

²⁹⁵ LE TOURNEAU/CADIET, n° 3437; CA Paris 23 janvier 1992, *Mutuelles du Mans IARD et autre c. Erhart et autres*, D 1993 somm. 25.

²⁹⁶ LE TOURNEAU/CADIET, n° 3438; Cass. (civ. 1^{re}) 30 octobre 1995, *Mme X. et autres c. Mme Y.*, D 1995 ir. 276; Code de déontologie du 6 septembre 1995, publié in: *Déontologie médicale - Code de déontologie de 1995*, J.-M. Auby (dir.), Droit médical hospitalier, fasc. 41 (Paris 1995), art. 32 et 70.

²⁹⁷ HOCQUET-BERG, François CHABAS, L'obligation médicale d'information en danger, *JCP* 2000 I 212.

²⁹⁸ Cass. (civ. 1^{re}) 27 mai 1998, *SA Société Médicale de France et autres c. Klingelschmitt et autres*, Bull. civ. I n° 187, D 1998 jp. 530, *JCP* 1998 IV 2626, 98 RTDC (1999) p. 111.

²⁹⁹ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1899 ss.

³⁰⁰ Cass. (civ. 1^{re}) 21 février 1961, *Dame Angamarre c. Geroges*, Bull. civ. I n° 115: «[...] une information simple, approximative, intelligible et loyale, pour lui permettre de prendre la décision qu'il estime s'imposer [...]»; Jean PENNEAU, *Médecine*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, t. VII (Paris 1993), n° 526 ss; articles 16-3 II CCF et 35 du Code de déontologie du 6 septembre 1995, publié in: *Déontologie médicale - Code de déontologie de 1995*, J.-M. Auby (dir.), Droit médical hospitalier, fasc. 41 (Paris 1995).

³⁰¹ Cass. (civ. 1^{re}) 9 mai 1983, *Dr G. c. Epoux Coffard*, D 1984 jp. 212.

³⁰² PORCHY, p. 381.

³⁰³ Voir cependant Cass. (civ. 1^{re}) 8 novembre 2000, *D. c. T. et a.*, *JCP* 2001 II 10493, 100 RTDC (2001) p. 154 ss, 37 RTDSS (2001) p. 54 ss, qui décide que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont une doctoresse est contractuellement tenue à l'égard de sa patiente; Yvonne LAMBERT-FAIVRE, La réparation de l'accident médical - obligation de sécurité; oui; aléa thérapeutique: non, *D* 2001 chron. 570 ss.

³⁰⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 25 février 1997, *Jean-Pierre H. c. Paul C. et autres*, GP 1997 jp. 274, 96 RTDC (1997) p. 434, D 1997 somm. 319: «Celui qui est légalement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation».

³⁰⁵ CE 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, GP 2000 jp. 21: «Considérant que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation». Cette jurisprudence a été confirmée par CE 17 mai 2000, *Canas*, *JCP* 2001 II 10462.

dence en ce sens qu'ils mettent la preuve de l'information désormais à la charge de la doctoresse. Cette information doit en outre porter sur tous les risques lorsque ceux-ci sont graves, y compris les risques exceptionnels qui pouvaient être tus jusqu'alors³⁰⁶. Elle s'impose en outre même si l'intervention est nécessaire³⁰⁷. Dans certaines circonstances, l'information donnée à la patiente peut néanmoins être différée ou limitée³⁰⁸. La doctoresse n'est notamment pas tenue de convaincre la patiente des dangers de l'acte médical qu'elle demande³⁰⁹.

- 100 Responsabilité civile contractuelle.** — La responsabilité civile contractuelle trouve ses fondements aux articles 1142 et 1147 CCF³¹⁰. Elle suppose cumulativement l'existence d'un contrat valide entre la doctoresse et la victime, une faute de la doctoresse, la réalisation d'un préjudice et un rapport de causalité entre la faute et le préjudice subi. Les deux conditions qui posent problème dans le cadre de l'examen de la théorie de la perte d'une chance sont le préjudice et le lien de causalité. Les tribunaux adoptent en général la théorie de la causalité adéquate selon laquelle on exige que l'événement en question ait été de nature à produire normalement le dommage³¹¹. Le rapport de causalité doit être certain et direct, quelle que soit l'approche de la causalité (proximité de la cause³¹², équivalence des causes³¹³ ou causalité adéquate) retenue. Ces notions sont imprécises et donnent une grande liberté d'appréciation aux tribunaux³¹⁴. Il incombe à la victime de prouver l'existence d'un lien de causalité³¹⁵ et les juges doivent le constater³¹⁶. Toutefois, la Cour de cassation admet que les juges déduisent l'existence d'un lien de causalité à partir de "présomptions graves, précises et concordantes"³¹⁷. Parfois, les juges se

³⁰⁶ Comparer Cass. (civ. 1^{re}) 20 mars 1984, *Mme Pascal c. Mme Mignon-Falze et autre*, Bull. civ. I n° 107, avec Cass. (civ. 1^{re}) 7 octobre 1998, *Mme Castagnet c. Clinique du Parc et autre*, Bull. civ. I n° 291, JCP 1998 II 10179, D 1998 ir. 249, D 1999 somm. 259, D 1999 jp. 145, 98 RTDC (1999) p. 111, JCP 1999 I 147 n° 4 s. Voir aussi CA Versailles 16 juin 2000, D 2000 ir. 251; Cass. (civ. 1^{re}) 15 juillet 1999, *Laurent c. Renaudie*, D 1999 somm. 393.

³⁰⁷ Cass. (civ. 1^{re}) 18 juillet 2000, D 2000 jp. 853, D 2000 ir. 217.

³⁰⁸ Cass. (civ. 1^{re}) 23 mai 2000, *D. c. M.*, Bull. civ. I n° 159, D 2000 somm. 470, JCP 2000 II 10342, JCP 2000 chron. 280, qui a ajouté l'intérêt de la patiente aux trois autres limites, à savoir l'urgence, l'impossibilité et le refus de la patiente d'être informée.

³⁰⁹ Cass. (civ. 1^{re}) 18 janvier 2000, *Mme D. c. Mme S. et autres*, JCP 2001 II 10473.

³¹⁰ L'article 1142 CCF stipule: «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur». L'article 1147 CCF a la teneur suivante: «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

³¹¹ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1716; CA Versailles 30 mars 1989, *B. et autre c. Consorts Boizard et autre*, GP 1989 somm. 522, JCP 1990 II 21505, JCP 1990 IV 61.

³¹² Selon cette théorie, utilisée en Grande-Bretagne, n'est juridiquement causal que l'événement le plus proche du dommage, le dernier en date (LE TOURNEAU/CADIET, n° 1714).

³¹³ Cette théorie correspond à notre causalité naturelle avec son test de la *conditio sine qua non* (LE TOURNEAU/CADIET, n° 1715).

³¹⁴ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1719 s.

³¹⁵ Cass. (civ. 1^{re}) 10 juillet 1962, *Lehay c. Dr X.*, Bull. civ. I n° 358, D 1963 somm. 4, JCP 1962 IV 123.

³¹⁶ Cass. (crim.) 27 mars 1974, *Mauricio De Grado c. Jacques Bucher*, Bull. crim. n° 134, D 1974 ir. 115.

³¹⁷ Cass. (civ. 1^{re}) 14 décembre 1965, *Dr Petit c. Margoux et Dr B.*, Bull. civ. I n° 707, D 1966 jp. 453, JCP 1966 II 14753, 65 RTDC (1967) p. 181, 67 RTDC (1969) p. 798.

sont aussi limitées à "une très grande probabilité"³¹⁸. Les juges écartent l'existence du lien de causalité dès lors qu'il est douteux³¹⁹ ou que l'on peut considérer que, même en l'absence de faute médicale, le dommage se serait produit³²⁰. La question du rapport de cause à effet a été considérée comme une notion de droit³²¹, de sorte que la Cour de cassation ne manque pas de casser les arrêts qui, soit ne se prononcent pas sur l'existence du lien de causalité³²², soit retiennent une responsabilité en notant que l'incertitude demeure sur la cause du dommage³²³. Si la victime n'arrive pas à prouver le caractère certain du lien de causalité, elle se verra déboutée de sa demande en dommages-intérêts, vu que le doute sur l'existence du rapport causal profite à la doctoresse³²⁴. Une partie de la doctrine considère qu'un emploi vicieux de la théorie de la perte d'une chance en matière médicale a comme conséquence une entorse grave à cette exigence (n° 334). En matière contractuelle, l'article 1151 CCF exclut l'indemnisation du préjudice indirect, même en cas de dol³²⁵. Ces principes sont particulièrement sollicités en présence d'une pluralité de causes et de la question du rôle des prédispositions sur l'existence de la causalité³²⁶.

101 Responsabilité civile délictuelle. – La responsabilité civile délictuelle est régie par les articles 1382 à 1386 CCF³²⁷. Les articles 1382 et 1383 CCF régissent la responsabilité

³¹⁸ L'arrêt Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1991, *Gosse-Gardet c. Epoux David, et autres*, Bull. civ. I n° 248, JCP 1992 II 21947, JCP 1991 IV 366, GP 1992 somm. 152, 91 RTDC (1992) p. 112, illustre bien cette tendance: La Cour de cassation a retenu la faute d'un médecin qui n'avait pas soumis une jeune femme à un contrôle de sérologie rubéolique à l'occasion de la visite prénuptiale (alors que cela est obligatoire). Un enfant est né cinq ans après, porteur de malformations congénitales caractéristiques de l'infection de la rubéole. La Cour a rendu le médecin responsable, malgré le long délai et le fait que des contrôles avaient été prescrits ultérieurement par d'autres médecins, qu'ils s'étaient révélés négatifs (montrant que la femme n'avait toujours pas acquis d'immunité), mais n'avaient pas été suivis de la prescription d'un vaccin, comme l'aurait voulu la règle. Ce qui a finalement été retenu contre le premier médecin, c'est le non-respect d'une obligation et l'existence d'un dommage pouvant s'y rapporter.

³¹⁹ Cass. (civ. 1^{re}) 10 juillet 1962, *Lehay c. Dr X*, Bull. civ. I n° 358, D 1963 somm. 4, JCP 1962 IV 123.

³²⁰ Cass. (civ. 1^{re}) 28 avril 1953, *Dame Marty c. Dissez*, Bull. civ. I n° 141.

³²¹ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1709.

³²² Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1995, *Epoux Goerghebeck c. G. de S.-J.*, JCP 1995 IV 861.

³²³ Cass. (civ. 2^e) 7 novembre 1984, *Société Agrifurane*, JCP 1985 IV 26.

³²⁴ CA Lyon 26 juin 1973, *Balamonte et autre c. Veuve Mateos et autre*, JCP 1974 IV 57.

³²⁵ L'article 1151 CCF stipule en effet: «Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

³²⁶ Quelle que soit la théorie de la causalité utilisée, les prédispositions de la victime ne rompent cependant pas le lien de causalité (Jean-Claude MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage* [Grenoble 1981], n° 51); Cass. (civ. 1^{re}) 24 octobre 1974, *Legrosdier et autre c. Rabizzoni*, Bull. civ. I n° 283. Voir aussi Jacqueline NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité*, 74 RTDC (1976) p. 1 ss.

³²⁷ Les dispositions les plus importantes pour la problématique de la perte d'une chance sont les articles 1382 et 1383 CCF. L'article 1382 CCF stipule: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». L'article 1383 a la teneur suivante: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence».

pour faute prouvée (aussi appelée responsabilité du fait personnel ou responsabilité subjective)³²⁸. Cette responsabilité correspond dans ses grandes lignes à notre responsabilité civile aquilienne, abstraction faite de la condition de l'illicéité³²⁹. Etant donné son caractère subsidiaire, cette forme de responsabilité n'a guère à être prise en considération en matière médicale³³⁰.

- 102 Responsabilité administrative.** – Le domaine de la responsabilité administrative est vaste. Dès l'instant où le dommage a pour cadre le service public hospitalier, les règles de la responsabilité civile s'effacent devant celles de la responsabilité administrative³³¹. Lorsque la doctoresse travaille dans un hôpital public, elle est considérée comme une fonctionnaire du service public de la santé. La médecine hospitalière est caractérisée par l'absence de contrat entre la doctoresse et la malade, le seul lien entre la fonctionnaire (la doctoresse) et l'usager (la malade) étant le service public. Le principe en matière de responsabilité publique est la responsabilité exclusive de l'hôpital public³³². Lorsque la fonctionnaire commet par contre une faute si grave qu'elle doit être considérée comme personnelle, détachable du service, elle répond exceptionnellement à titre personnel³³³. Le fondement de la condamnation d'un hôpital public est en général la faute³³⁴. Depuis l'arrêt *Bianchi* de 1993³³⁵, la preuve de la faute n'est même plus nécessaire dans des circonstances exceptionnelles. Une responsabilité pour risque thérapeutique a ainsi été consacrée³³⁶. Ce régime s'applique par exemple à la responsabilité de l'administration publique en cas d'infections acquises à l'hôpital, aussi appelées infections nosocomiales³³⁷.

³²⁸ Par opposition à la responsabilité sans faute prouvée qui est régie par les articles 1384 à 1386 CCF et qui peut être rapprochée de nos responsabilités objectives simples. Pour une présentation complète des différentes formes de responsabilité, LE TOURNEAU/CADIET, n° 404 ss (pour la responsabilité pour faute) et n° 450 ss (pour la responsabilité sans faute).

³²⁹ Comme en droit français, la faute est définie comme le manquement à la diligence objectivement requise dans les circonstances de l'espèce, la distinction entre l'illicéité et la faute n'existe pas (VINEY, n° 440 ss).

³³⁰ Pour une meilleure compréhension des arrêts cités, il sied néanmoins de rappeler la distinction faite par le Code entre les délits, c'est-à-dire les fautes actives et les omissions commises volontairement (responsabilité délictuelle, art. 1382 CCF), et les quasi-délits, à savoir les fautes de négligence, d'imprudence et de maladresse commises involontairement (responsabilité quasi-délictuelle, art. 1383 CCF).

³³¹ ENDREO/MAILLAUD, n° 1; Christine MAUGË, *La responsabilité dans l'hospitalisation publique*, in: J.-M. Aubry (dir.), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 136 (Paris 1994). Voir aussi l'arrêt de principe instaurant la compétence des autorités administratives, Tribunal des conflits 8 février 1873, *Blanco c. Préfet du département de la Gironde*, D 1873 III 20.

³³² Voir les règles générales du statut de la fonction publique (art. 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

³³³ Georges VEDEL/Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, t. I, 11^e éd. (Paris 1990), p. 546 ss; Cass. (crim.) 2 avril 1992, S., JCP 1993 II 22105.

³³⁴ CE 16 novembre 1998, *Mlle Reynier*, D 2000 somm. 243. Depuis 1992 (CE 10 avril 1992, *Epoux V.*, Rec. CE p. 171, JCP 1992 II 21881, D 1993 somm. 146), une faute lourde n'est plus exigée pour déclencher une responsabilité dans le cadre d'actes médicaux.

³³⁵ CE 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. CE p. 127, JCP 1993 II 22061.

³³⁶ Cette jurisprudence a été confirmée par CE 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, JCP 1998 II 10016, D 1998 jp. 146, D 1999 somm. 45. Voir aussi Cyril CLEMENT, *La responsabilité sans faute de l'hôpital pour un acte médical non thérapeutique*, 34 *RDSS* (1998) p. 519 ss.

³³⁷ CE 31 mars 1999, *Assistance publique à Marseille*, D 2000 jp. 241. La même chose vaut pour la responsabilité des cliniques privées pour lesquelles la Cour de cassation a imposé une obligation de

103 Responsabilité pénale. — Une doctoresse est pénalement responsable lorsque son comportement porte atteinte à l'intérêt public, c'est-à-dire qu'il affecte suffisamment des valeurs jugées fondamentales de la société pour que son auteur réponde devant la loi en subissant une peine d'amende ou d'emprisonnement³³⁸. Dans le domaine médical, la faute de la doctoresse peut être la cause, entre autres, d'un homicide involontaire (art. 221-6 CPF), d'une atteinte involontaire à l'intégrité de la personne (art. 222-19 CPF), la non-assistance à personne en danger (art. 223-6 II CPF) et le non-respect du secret médical (art. 226-13 CPF). Une culpabilité pénale ne peut pourtant être déclarée que si une doctoresse a commis un acte expressément défendu par la loi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)³³⁹. Cette règle a des répercussions directes sur la punissabilité de la perte d'une chance (n° 117 ss, 527 ss).

104 Tendances actuelles dans la responsabilité médicale. — L'évolution tend vers un durcissement de la responsabilité des doctresses. C'est notamment le dogme de la responsabilité pour faute qui est en train de s'effriter. Il laisse progressivement la place à un débat construit autour de la notion de la couverture du risque, la finalité étant de secourir les victimes. Dans un souci humanitaire, les juges essaient de contourner ou de surmonter les obstacles de la preuve de la faute et de la causalité. Au niveau des instances judiciaires, l'effacement de la faute est le plus accentué. Les magistrats tentent en effet d'aider les victimes en admettant une présomption de faute dès lors que le dommage ne semble s'expliquer que par la commission de la faute³⁴⁰. C'est l'approche de la *res ipsa loquitur* des droits anglo-saxons³⁴¹, appelée en droit français aussi la faute incluse³⁴² ou encore la faute virtuelle³⁴³. Une autre technique consiste dans la responsabilité pour la création d'un risque³⁴⁴. Des arrêts récents parlent même d'une "obligation sécurité-

sécurité-résultat en matière d'infections nosocomiales non seulement aux établissements de santé mais aussi aux doctresses (Cass. [civ. 1^{re}] 29 juin 1999, *CPAM de la Seine-Saint-Denis c. Henry et autres*, *Aebi c. Marek et autres*, *Follet c. Friquet et autres*, JCP 1999 II 10138, D 1999 jp. 559, D 1999 somm. 395, D 1999 ir. 201, 98 RTDC [1999] p. 841 ss; Cass. [civ. 1^{re}] 16 juin 1998, *SARL Clinique B. et autre c. Mme J. et autre*, JCP 1999 II 10122). Une clinique n'est par contre responsable de la faute de l'une de ses doctresses que si cette dernière est sa salariée (Cass. [civ. 1^{re}] 26 mai 1999, *Société Clinique Victor Pauchet de Butler c. Reizbaum et autres*, JCP 1999 II 10112, D 1999 jp. 719, 98 RTDC [1999] p. 634 ss).

³³⁸ LE TOURNEAU/CADIET, n° 564.

³³⁹ Le principe de la légalité des peines est contenu à l'article 111-3 CPF.

³⁴⁰ Jean PICARD, Le recours du juge civil à la présomption en matière de responsabilité médicale, *GP* 1995 doc. 944 ss; Cass. (civ. 1^{re}) 19 février 1991, *Dame H. c. Clinique Saint-Philibert*, 4 Resp. civ. et assur. (1991) n° 190.

³⁴¹ Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1305, donne les explications suivantes concernant cette approche: «*The thing speaks for itself. Rebuttable presumption or inference that defendant was negligent, which arises upon proof that instrumentality causing injury was in defendant's exclusive control, and that the accident was one which ordinarily does not happen in absence of negligence*».

³⁴² Voir, cependant, Cass. (civ. 1^{re}) 27 mai 1998, *X. c. Y.*, D 1999 jp. 21.

³⁴³ Cass. (civ. 1^{re}) 25 mai 1983, *Wargnier et autre c. Mme Coudray*, JCP 1984 II 20281, 83 RTDC (1984) p. 115.

³⁴⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 20 février 1979, *Designolle c. C.P.A.M. de la région choletaise et autres*, Bull. civ. I n° 68, D 1979 ir. 250, JCP 1979 IV 145; Cass. (civ. 1^{re}) 1^{er} juin 1976 (2 arrêts), *Jean Fradin c. Clinique Immaculée Conception et dame Mouterde et Clinique Immaculée Conception c. Dame Mouterde et Jean Fradin*, D 1976 somm. 63, D 1976 somm. 68, JCP 1976 II 18483; Cass. (civ. 1^{re}) 5 mars 1974, *Compagnie d'assurances L'Union parisienne des assurances de Paris SA et autre c. Dame Bettoun*, Bull. civ. I n° 74.

risque" à laquelle la docteure serait tenue³⁴⁵. Dans deux affaires récentes, la Cour de cassation est allée, par une assimilation de la maladresse de la chirurgienne à une faute, jusqu'à l'extrême limite de ce qu'il est possible de faire pour favoriser l'indemnisation des victimes d'erreurs chirurgicales, sans imposer officiellement à la chirurgienne une obligation de soins de résultat³⁴⁶. A côté de l'évolution vers la faute médicale simple et de celle vers la responsabilité sans faute (n° 102), les tribunaux administratifs utilisent également la technique de la présomption de faute selon la formule consacrée: «l'existence de certains troubles révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service». C'est notamment la responsabilité pour infection nosocomiale qui a été introduite par ce biais³⁴⁷. Encore une autre technique consiste à "objectiver" la causalité par l'introduction dans le domaine de la responsabilité médicale de la théorie de la perte d'une chance pour les chances de guérison ou de survie (n° 105 ss). Le renversement du fardeau de la preuve concernant l'obligation d'information et l'extension de cette obligation à des risques mêmes exceptionnels (n° 99) représentent d'autres armes dans l'arsenal des juges. Au niveau législatif, les propositions les plus diverses sont émises aussi bien au niveau des conditions d'indemnisation qu'au niveau des moyens de financement nécessaires³⁴⁸. En ce qui concerne le premier point, ce sont la suppression de la faute comme fondement de la responsabilité, le renversement du fardeau de la preuve ou la présomption de faute, et l'instauration d'une obligation de résultat qui ont été retenus comme options principales. Quant aux moyens de financement, plusieurs solutions sont également proposées: création d'un fonds de garantie³⁴⁹, assurance auprès du régime légal de protection sociale ou auprès des assurances privées³⁵⁰. L'opinion dominante paraît cependant s'orienter vers le cumul d'une indemnisation dans le cadre de la responsabilité classique pour faute, système dont les vertus préventives ne seraient

³⁴⁵ Christophe RADE, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile*, D 2000 chron. 313 ss; Pierre SARGOS, *L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire*, JCP 2000 I 202; Cass. (civ. 1^{re}) 9 novembre 1999, *Havet c. Delsart*, D 2000 jp. 117, JCP 2000 II 10251; TGI Paris 20 octobre 1997, *Mlle Soumilla Rahilou c. Clinique de l'Alma et autres*, D 1998 jp. 558, confirmé par CA Paris 15 janvier 1999, *Dr Vlado Smati c. Mlle Soumilla Rahilou*, D 1999 ir. 61, JCP 1999 II 10068, critiqué par Olivier GUILLOD, *Responsabilité médicale: La prise de la pastille*, 57 *Médecine & Hygiène* (1999) n° 2252 p. 886; TGI Paris 5 mai 1997, *Mme X. c. Dr Y. et autres*, D 1998 jp. 558; A. DORSNER-DOLIVET, *note sous Cass. (civ. 1^{re}) 13 octobre 1999, M. et autres c. Consorts C. et autres*, JCP 2000 II 10270; Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *La réparation de l'accident médical - obligation de sécurité: oui; aléa thérapeutique: non*, D 2001 chron. 570 ss.

³⁴⁶ Cass. (civ. 1^{re}) 23 mai 2000 [1^{er} arrêt], *Mme Romme c. Sagnet et autres*, Bull. civ. I n° 153, JCP 2000 IV 2219, JCP 2000 I 280 n° 12 s.; Cass. (civ. 1^{re}) 23 mai 2000 [2^e arrêt], *Sté Le Sou médical et autre c. Mlle Y. et autre*, Bull. civ. I n° 153, JCP 2000 IV 2218 n° 12 s., JCP 2000 I 280.

³⁴⁷ Yves LACHAUD, *Responsabilité médicale: l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infection nosocomiale*, GP 1999 doc. 1619. Cass. (civ. 1^{re}) 29 juin 1999, *CPAM de la Seine-Saint-Denis c. H. et autres*, D 1999 somm. 395, GP 2000 doc. 10537, D 1999 jp. 559, JCP 1999 II 10138; CE 9 décembre 1988, *Cohen*, D 1990 jp. 487; CE 14 juin 1991, *Maalem c. Centre hospitalier régional de Grenoble et autre*, D 1992 somm. 148.

³⁴⁸ Jean PIENNEAU, *Les modalités d'une loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux même non fautifs*, in: *L'indemnisation des accidents médicaux* (Paris 1997), p. 31 ss; Christian LARROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, D 1999 chron. 33.

³⁴⁹ Proposition DUBERNAND (n° 671 du 3 février 1998).

³⁵⁰ LE TOURNEAU/CADIET, n° 3444; LAMBERT-FAIVRE, n° 626 ss; MEMETEAU (1994); PIENNEAU (1990); Marcel SOUSSE, *Quelle réforme en matière de responsabilité médicale?*, GP 1994 doc. 1159 ss.

pas douteuses, et d'une indemnisation du risque anormal, appelé aléa thérapeutique³⁵¹. Le système actuel de responsabilité médicale fondé sur la faute – et, avec lui, la théorie de la perte d'une chance – paraît donc assuré d'une certaine longévité en tant que fondement de la responsabilité civile, même si la majorité estime qu'il doit désormais être complété par un régime d'indemnisation automatique.

3.2.4.3 Responsabilité civile (contractuelle)

105 CA Grenoble 24 octobre 1962³⁵². - Blessé au poignet en 1952, un homme se fait radiographe. Le praticien ne décèle rien. L'intéressé reprend une activité normale mais, en 1959, ayant manié une lourde masse, ressent une forte douleur. L'expert constate une fracture et, examinant à nouveau les radiographies de 1952, découvre qu'on pouvait y voir une fracture sans déplacement. Il conclut pourtant à l'exonération de son confrère. Pour lui, l'état actuel du blessé «doit être considéré non comme l'évolution normale et inéluctable de la blessure de 1952, et encore moins le résultat de l'erreur de diagnostic et du manque de soins éventuels qui en est résulté, mais bien d'un nouvel accident survenu sur un poignet fragilisé par le premier accident». Le blessé soutient au contraire que l'erreur de diagnostic l'avait privé des soins normalement pratiqués en pareil cas et que, si de tels soins lui avaient été administrés, «tout permet de penser» qu'il n'aurait pas été atteint d'une invalidité. La Cour d'appel de Grenoble adopte une position intermédiaire: l'immobilisation qui, après un diagnostic correct, aurait été pratiquée, «était susceptible d'amener une consolidation de la fracture et d'éviter en l'espèce la formation de pseudarthrose avec persistance d'une fragilité du poignet». La Cour en conclut

«que la non-application du traitement dont il s'agit, due à l'erreur de diagnostic, a, de façon certaine, privé F. d'une chance de guérison, sur laquelle ce blessé était normalement en droit de compter, et que «le préjudice, certain et direct, causé à F. du fait de l'erreur de diagnostic [...] est constitué exclusivement par cette perte d'une chance de guérison»³⁵³.

³⁵¹ Michèle HARICHAUX, *La responsabilité médicale – Principes généraux*, in: J.-M. Aubry (éd.), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 18 (Paris 1995), n° 2. Sur la notion d'aléa thérapeutique, Christian LARROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, *D* 1999 chron. 33 as. Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 8 novembre 2000, *D. c. T. et a.*, JCP 2001 II 10493, 100 RTDC (2001) p. 154 ss, 37 RTDSS (2001) p. 54 ss, qui décide que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont une doctoresse est contractuellement tenue à l'égard de sa patiente. Voir, à ce sujet, aussi Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *La réparation de l'accident médical – obligation de sécurité: oui; aléa thérapeutique: non*, *D* 2001 chron. 570 ss.

³⁵² CA Grenoble 24 octobre 1962 (inédit), mais commenté par A. TUNC, 61 RTDC (1963) p. 334. Voir aussi CA Paris 23 avril 1968, *Dame Chicheportiche c. Dr N.*, JCP 1968 II 15625; CA Paris 10 mars 1966, *T. c. Société anonyme Clinique X. et Dr Y.*, JCP 1966 II 14753.

³⁵³ Cette première manifestation de la perte d'une chance en matière de responsabilité médicale ne tombait pas du ciel. A vrai dire, on peut noter les prémisses de cette jurisprudence dans la motivation curieuse d'un arrêt de la première chambre civile en date du 31 mai 1960 (*Veuve Cerez c. Dr B.*, *D* 1960 jp. 571, *S* 1960 jp. 303, JCP 1961 II 11914, 59 RTDC [1961] p. 129) cassant un arrêt de la Cour de Pau du 8 décembre 1953 (JCP 1954 II 8127). Il était reproché à un chirurgien de n'avoir pas procédé à des examens biologiques préalables que la gravité de l'opération imposait, et de ne pas avoir vérifié la présence d'ampoules d'adrénaline dans la salle d'opération. La cour d'appel, après avoir déclaré que ces omissions avaient aggravé les risques de l'intervention (et non l'état du malade, la différence est importante) avait néanmoins nié la causalité. Un pourvoi a été formé qui a abouti à la cassation pour le motif suivant: «Attendu qu'après avoir relevé les deux fautes retenues par les médecins experts à la charge du docteur X..., qui avaient aggravé les risques de l'intervention chirurgicale subie par C..., la cour d'appel a néanmoins décidé qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre ces

106 Cass. (civ. 1^{re}) 14 décembre 1965³⁵⁴. — Cet arrêt de principe constitue le véritable point de départ de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'indemnisation de chances perdues dans le domaine médical: un enfant, âgé de huit ans, est soigné à la suite d'une chute par un médecin qui diagnostique une fracture de l'extrémité inférieure de l'humérus droit, sans déplacement. L'enfant, éprouvant toujours une grande gêne dans les mouvements du coude, est ensuite examiné par d'autres doctresses qui décèlent non une fracture de l'humérus, mais une luxation du coude. A la suite de deux expertises, les premières juges retiennent à la charge du médecin "une faute initiale dans la méthode de recherche du diagnostic, ayant entraîné l'erreur du praticien et aussi l'erreur dans le traitement à appliquer". Le Tribunal de grande instance déboute cependant la victime de son action en paiement de dommages-intérêts, estimant «que la relation de causalité entre les fautes caractérisées du Docteur P... et le préjudice sérieux dont reste atteint le jeune M... n'est pas établie d'une façon certaine». Sur appel de la victime, les juges du second degré décident qu'il existe «des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes, pour admettre que l'invalidité dont est aujourd'hui atteint Pierre M... est la conséquence directe de la faute retenue à l'encontre de l'intimé». La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel en disant que cette dernière ne s'est pas mise en opposition avec les conclusions des expertes en déclarant "émettre des doutes sur les résultats de la réduction, qu'il est reproché au Dr P... de ne pas avoir pratiquée". La Haute Cour conclut qu'

«[a]yant à examiner les "chances de guérison" dont a été privé le blessé, les juges ont pu faire droit partiellement à la demande du père de l'enfant, et souverainement évalué à 65 000 F "la juste réparation du dommage subi, toutes causes de préjudice étant confondues"»³⁵⁵.

fautes et le dommage causé à la dame C... par le décès de son mari au cours de cette intervention; qu'en statuant ainsi, elle n'a pas donné de base légale à sa décision». SAVATIER n'avait pas manqué de noter le caractère nouveau de cette motivation, et il déclarait que «partant de là, un raisonnement *a contrario* amènerait aisément à conclure que toute faute ayant aggravé les risques d'un dommage qui s'est effectivement produit, devrait, pour cela seul, être considéré, en matière de responsabilité, comme la cause de ce dommage. Une présomption de causalité s'attacherait sans distinction à une telle faute» (JCP 1961 II 11914).

³⁵⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 14 décembre 1965, *Dr Petit c. Margoux et Dr B.*, Bull. civ. I n° 707, D 1966 jp. 453, JCP 1966 II 14753, 65 RTDC (1967) p. 181, 67 RTDC (1969) p. 798.

³⁵⁵ D 1966 jp. 453. Voir aussi CA Paris 14 mars 1997, *Mme Varner, épouse Ameil c. G., SA La Médicale de France, Caisse primaire d'assurance maladie du Nord Finistère, Caisse primaire d'assurance maladie de Nantes et Caisse primaire d'assurance maladie de La Vienne*, GP 1998 somm. 69; CA Paris 7 juin 1996, *Mme Dapsence c. Dr Coirre Marlot*, GP 1997 jp. 632; CA Dijon 7 février 1978, *Epoux Blanc c. Lebrat*, D 1978 ir. 466; Cour de Lyon 5 décembre 1974, *Jurine c. Union départementale des sociétés mutuelles de la Loire et autre*, D 1975 somm. 100; TGI Montpellier 21 novembre 1970, *Procureur de la République et S. c. Dr X. et Y.*, D 1971 jp. 637; Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1970, *Coldefy c. Dame Longuet et autre*, Bull. civ. I n° 301, D 1971 somm. 46; Cass. (civ. 1^{re}) 27 janvier 1970, *Dr Faivre et le Sou médical c. Dame Chicheportiche*, Bull. civ. I n° 37, D 1970 somm. 70, JCP 1970 II 16422; CA Paris 29 mars 1969, *Mlle Graciani c. Dr X.*, D 1969 somm. 59; Cass. (civ. 1^{re}) 18 mars 1969, *Dr Marcatorchina c. Dame Koroubi*, Bull. civ. I n° 117, D 1970 somm. 70, JCP 1970 II 16422, 67 RTDC (1969) p. 797; Cour d'Orléans, 27 février 1969, *C. c. Veuve P.*, D 1969 jp. 661, JCP 1969 IV 242; Cass. (civ. 1^{re}) 25 mars 1968, *Poli-Marchetti c. Terouanne et autre*, Bull. civ. I n° 109, 67 RTDC (1969) p. 797.

- 107 Cass. (civ. 1^{re}) 2 mai 1978³⁵⁶. - La Cour de cassation rappelle que les juges du fond, ayant reconnu la faute d'un médecin, et jugé qu'elle a fait perdre "une chance de survie" à une femme effectivement décédée, ne peuvent condamner le médecin à indemniser l'entier préjudice subi par toutes celles qui souffrent de son décès, alors que le tribunal n'affirme perdue qu'une chance de survie, fût-elle importante. Selon la Haute Cour, l'article 1382 du Code civil ne pouvait rendre le médecin responsable que du dommage causé par cette perte de chance³⁵⁷.
- 108 Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1982³⁵⁸. - Un médecin qui se propose de pratiquer une ponction dans le sinus maxillaire gauche d'un patient, introduit un trocart dans la narine, perce la paroi osseuse, et, malgré l'apparition d'une hémorragie, injecte de l'air à l'aide d'une seringue, afin de vérifier qu'il est bien parvenu dans la cavité du sinus. Atteint d'une incapacité permanente provoquée par une embolie gazeuse, le patient assigne son médecin en réparation. En appel, après avoir écarté le caractère fautif de la méthode utilisée et de la blessure du vaisseau, les juges le retiennent pour l'insufflation d'air réalisée au mépris de l'effusion de sang. Il n'est cependant pas certain que cette dernière constitue la cause du dommage, l'embolie pouvant être produite par la pénétration, à travers la brèche faite au niveau du vaisseau, de l'air contenu naturellement dans le sinus, par aspiration due à la proximité de la veine jugulaire interne. Malgré cette incertitude, les juges condamnent le médecin à supporter la moitié des conséquences dommageables, au motif que, en procédant à une injection d'air dans le sinus, malgré la manifestation hémorragique, il a augmenté le risque d'embolie gazeuse et a fait perdre au patient une chance d'éviter cette complication. Sur pourvoi du médecin, la Cour de cassation annule la décision de la Cour d'appel de Versailles. Elle considère que les juges du second degré, en engageant la responsabilité contractuelle du praticien sur le fondement de la perte d'une chance, tout en constatant l'absence de preuve d'une relation de causalité entre sa faute et le dommage, ont violé l'article 1147 CCF. Mais elle va plus loin. Elle affirme que le doute sur le lien causal ne peut être occulté par le recours à la notion de perte d'une chance, cette notion ne pouvant intervenir qu'au stade de l'évaluation du préjudice³⁵⁹.

³⁵⁶ Cass. (civ. 1^{re}) 2 mai 1978, *Mandryka c. Epoux Franck et autres*, Bull. civ. I n° 167, JCP 1978 II 18966, JCP 1978 IV 205, D 1978 ir. 408.

³⁵⁷ Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 7 décembre 1999, *Daudet c. Rodriguez*, JCP 2000 IV 1158 (le médecin, qui n'a pas soutenu devant les juges du fond que le préjudice ne pouvait être constitué que par la perte d'une chance de ne pas voir la maladie se révéler immédiatement, n'est pas recevable à le faire devant la Cour de cassation); CA Paris 11 mai 1995, *T. c. Dr B.*, GP 1996 jp. 401; CA Versailles 21 juillet 1993, *Mme Brochetelle c. Clinique Saint-Nicolas et autres*, D 1993 ir. 235, 93 RTDC (1994) p. 120; CA Versailles 14 décembre 1992, *Mme Brochetelle c. Clinique Saint-Nicolas et autres*, 93 RTDC (1994) p. 120; Cass. (civ. 1^{re}) 9 mai 1973, *Dr Fradin c. Clinique Immaculée Conception et veuve Baylay*, D 1973 somm. 116, GP 1973 jp. 631, JCP 1974 II 17643; Cass. (civ. 1^{re}) 27 mars 1973, *Gonin c. Consorts Andry*, Bull. civ. I n° 115, D 1973 ir. 130, JCP 1974 II 17643, D 1973 jp. 595, GP 1973 jp. 630; Cass. (civ. 1^{re}) 29 octobre 1963, *Brettonnière c. Cuvreau*, Bull. civ. I n° 460.

³⁵⁸ Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1982, *Goddé c. Debrune et autres*, Bull. civ. I n° 333, D 1983 ir. 132 et 380, D 1984 jp. 305, JCP 1983 II 20056, JCP 1983 IV 41, GP 1983 pj. 139, 82 RTDC (1983) p. 547.

³⁵⁹ Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1988, *Epoux Poltz c. M. Lanier*, Bull. civ. I n° 180; Cass. (civ. 1^{re}) 12 novembre 1985, *Germain c. Dr Estragnat*, JCP 1986 IV 41, 85 RTDC (1986) p. 764; Cass. (civ. 1^{re}) 12 novembre 1985, *M. Konstantinow c. Dr Manrique et autre*, Bull. civ. I n° 298, GP 1986 somm. 244, JCP 1986 IV 41.

- 109 Cass. (civ. 1^{re}) 8 janvier 1985³⁶⁰. - Un malade est soumis - à tort, d'où la faute - à une cobalthérapie. On lui pose ensuite une prothèse de hanche qui se descelle cependant quelques mois plus tard. La Cour d'appel de Paris énonce qu'«en l'absence d'un traitement préalable par irradiation, ce phénomène peut survenir même après les arthroplasties les plus soigneuses» et «qu'aucune cause particulière de descellement n'est établie». Le rapport des experts relève cependant que «des descellements [des arthroplasties] sont liés à la fragilité de l'os détérioré par les rayons et qui s'enfoncé sous les contraintes». La Cour d'appel décide alors d'indemniser la chance perdue en conséquence de la faute par elle retenue, au motif que celle-ci a, de manière certaine, «rendu plus fragile le tissu osseux du patient». La Cour de cassation rejette le pourvoi interjeté contre cet arrêt avec la même argumentation³⁶¹.
- 110 Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1990³⁶². - En manquant à son obligation d'éclairer la patiente sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter une opération comportant des risques connus, une doctoresse prive seulement cette malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération³⁶³.

³⁶⁰ Cass. (civ. 1^{re}) 8 janvier 1985, *Corson c. Gutmacher et autre*, Bull. civ. I n° 10, D 1986 jp. 390, 85 RTDC (1986) p. 119.

³⁶¹ Voir aussi CA Pau 28 octobre 1999, *Ribeiro Da Silva c. Farrugia*, JCP 2000 IV 1859; Cass. (civ. 1^{re}) 30 octobre 1995, *Epoux X. c. Assurances générales de France (AGF) et autres*, Bull. civ. I n° 384; Cass. (civ. 1^{re}) 5 février 1991, *Consorts Mabire c. Calendrier et autres*, Bull. civ. I n° 55, D 1991 somm. 358, 91 RTDC (1992) p. 113; Cass. (civ. 1^{re}) 10 janvier 1990, *Sigillo c. Mme Malle-Dupuis et autres*, Bull. civ. I n° 10, D 1991 somm. 358, D 1990 ir. 31, GP 1990 pj. 95; Cass. (civ. 1^{re}) 18 janvier 1989, *Polyclinique de Rillieux c. Epoux Tautian*, Bull. civ. I n° 19, 25 RDSS (1989) p. 496, D 1989 somm. 315; Cass. (civ. 1^{re}) 20 juillet 1988, *Saadoun c. Malka et autres*, Bull. civ. I n° 260, JCP 1988 IV 351, GP 1988 pj. 252, 88 RTDC (1989) p. 85, sur pourvoi contre CA Paris 19 décembre 1986, *Saadoun c. M. et autres*, D 1987 somm. 420; CA Versailles 8 décembre 1986, *Dr Tauté c. Epoux de Gérando et C.P.A.M. des Hauts-de-Seine*, Bull. civ. I n° 281, D 1987 jp. 583, cassé par Cass. (civ. 1^{re}) 11 octobre 1988, Bull. civ. I n° 281, JCP 1988 IV 396, 89 RTDC (1990) p. 486; CA Paris 21 novembre 1986, *C.P.A.M. de Saint-Denis et époux Derid c. S.*, D 1987 somm. 421; Cass. (civ. 1^{re}) 27 mars 1985, *Consorts Peyras c. S.A.R.L. Clinique Juge et autre*, D 1986 jp. 390; CA Aix-en-Provence 16 avril 1981, *C.P.A.M. des Bauges-du-Rhône c. Mlle B.*, 18 RDSS (1982) p. 55.

³⁶² Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1990, *Jugnet c. Héraud et autres*, Bull. civ. I n° 39, D 1990 ir. 61, D 1991 somm. 183, 90 RTDC (1991) p. 112.

³⁶³ Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 25 novembre 1997, *J. c. Réveille et autres*, 11 Resp. civ. et assur. (1998) n° 58: retard dans la décision d'hospitaliser le patient, «perte d'une chance d'être soigné avec une récupération physique meilleure»; Cass. (civ. 1^{re}) 8 juillet 1997, *Meurice c. Cortet et autres*, Bull. civ. I n° 238, JCP 1997 II 22921; Cass. (civ. 2^e) 24 janvier 1996, *Dame Anne ès qualités et autres c. Association de parents et d'amis d'enfants inadaptés (ADAPEI)*, GP 1997 jp. 630; CA Dijon 6 septembre 1995, *Epoux Thi et CPAM c. Casset, L'Abellie et Fondation Clément Devan*, GP 1998 somm. 350; Cass. (civ. 1^{re}) 2 mars 1994, *Mutuelles du Mans Assurances IARD et autre c. Dame Y.*, 7 Resp. civ. et assur. (1994) n° 220; TGI Paris 17 janvier 1994, *Raymonde Simon c. Dr Chalam Serero*, GP 1994 jp. 152; CA Paris 17 décembre 1993, *Dr Ponnaussamy c. Epoux Perruche*, D 1995 somm. 98, GP 1994 jp. 147 (la perte de la chance de naître normal à la suite d'une rubéole); CA Versailles 8 juillet 1993, *Rolet c. Epoux Ramtahul et autres*, D 1995 somm. 98, GP 1994 jp. 149 (non-information d'un risque de trisomie ce qui a eu pour conséquence que la mère était privée d'une chance de se faire avorter); CA Paris 22 janvier 1993, *Claude Le Louarn c. Annie Defruit*, GP 1994 jp. 399; Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1991, *Gosse-Gardet c. Epoux David et autres*, Bull. civ. I n° 248, JCP 1992 II 21947, JCP 1991 IV 366, GP 1992 somm. 152, 91 RTDC (1992) p. 112; CA Pau 8 mars 1990, *Epoux David c. Gosse-*

3.2.4.4 Responsabilité administrative

- 111 Parallélisme avec la jurisprudence civile.** - La perte de chance a été introduite, au niveau des plus hautes instances juridictionnelles, en matière de responsabilité administrative médicale en même temps qu'en matière de responsabilité civile médicale, à savoir au milieu des années 1960. Une décision du Conseil d'Etat du 24 avril 1964 (n° 113) précède en effet de peu l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1965 (n° 106). La juridiction administrative, et notamment celle du Conseil d'Etat, s'est beaucoup inspirée de la théorie de la perte d'une chance de guérison et de survie telle qu'elle a été développée par les juridictions civiles pour fonder la responsabilité du service public hospitalier.
- 112 Difficulté.** - L'examen de la jurisprudence administrative relative à la perte d'une chance médicale est moins aisé que celui des décisions en matière de responsabilité civile ou pénale. La manière dont la juge administrative apprécie l'existence du dommage d'une part, et chiffre le montant de la réparation d'autre part, fait rarement apparaître explicitement la perte de chances comme un préjudice indemnisé de façon distincte, tout au moins lorsque son origine tient à une diminution de l'intégrité physique³⁶⁴. On est ainsi amené à penser que cette part est comprise dans l'indemnité allouée au titre des troubles de toute nature survenus dans les conditions d'existence de la malade³⁶⁵.
- 113 CE 24 avril 1964**³⁶⁶. - La première décision du Conseil d'Etat reconnaissant le caractère réparable de la perte d'une chance médicale au niveau de la responsabilité administrative le fait en ces termes:

«Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise que le lendemain du jour où le sieur R... a été opéré à l'hôpital-hospice de Voiron, le personnel de service n'a pas prêté l'attention qu'ils méritaient aux avertissements de la famille de l'intéressé sur l'état du blessé, ni alerté assez tôt le chirurgien qui avait pratiqué l'intervention; que ces faits, qui ont compromis les chances qu'avait le sieur R... d'éviter l'amputation de sa jambe, relèvent un mauvais fonctionnement du service public de nature à engager la responsabilité de l'hôpital-hospice [...]»³⁶⁷.

- 114 CE 9 juillet 1975**³⁶⁸. - Pour un diagnostic tardif et incomplet, ainsi qu'une information inadéquate, les juges administratifs ont retenu la responsabilité pour la perte d'une chance médicale en ces termes:

Gardet et autres, D 1991 somm. 357; Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi c. Vignes*, Bull. civ. I n° 230, GP 1990 somm. 355, D 1989 ir. 199, D 1991 jp. 158, D 1991 somm. 323, JCP 1992 II 21947, 91 RTDC (1992) p. 113; CA Paris 17 février 1989, *Mme Gripari c. Warlin et autres*, D 1989 somm. 316; Cass. (civ. 1^{re}) 9 mai 1983, *Dr Gay c. Epoux Coffard*, D 1984 jp. 121, JCP 1984 II 20262, GP 1984 pj. 139; CA Poitiers 16 février 1983, *Servais c. Guillemeteau*, JCP 1984 IV 193; Cass. (civ. 1^{re}) 5 novembre 1974, *Lévy et autre c. Mériot et autre*, Bull. civ. I n° 292; Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1969, *Dr Hoffmann c. dame Bocard*, JCP 1970 II 16507, GP 1970 jp. 49, 68 RTDC (1970) p. 580. Pour la perte d'une chance des parents de prendre une décision éclairée quant au recours à un avortement thérapeutique tendant à éviter de mettre au monde une enfant malformée ou anormale, voir n° 529 ss.

³⁶⁴ LAROCHE, p. 608.

³⁶⁵ C'est pourquoi ce travail se concentre sur l'application de la perte d'une chance dans le domaine de la responsabilité civile contractuelle. Pour des études approfondies de son utilisation dans le domaine de la responsabilité administrative médicale, voir SALLET et CHARAF-ELDINE.

³⁶⁶ CE 24 avril 1964, *Hôpital Hospice de Voiron*, Rec. CE p. 259.

³⁶⁷ Rec. CE p. 259. Voir aussi CE 4 août 1982, *Hôpital civil de Thann*, GP 1983 somm. 66.

³⁶⁸ CE 9 juillet 1975, *Sieur Grandclément*, Rec. CE p. 421.

«Considérant qu'il résulte de l'instruction que les conséquences exceptionnellement graves de la septicémie staphylococcique³⁶⁹ et de l'ostéomyélite³⁷⁰ contractées par le jeune Eric G... à l'hôpital de M... où il était hospitalisé dans le service des prématurés, ont pour cause les soins insuffisants et mal adaptés qui ont été donnés au patient pendant plusieurs jours; que les médecins n'ont pas informé en temps utile les parents du jeune G... de l'état de leur enfant qui n'ont pu prendre ainsi que tardivement les dispositions nécessaires pour le transfert de leur enfant dans un service spécialement équipé; que ces médecins ont ainsi compromis les chances qu'avait le malade pour que l'évolution de son état pathologique soit arrêtée; que compte tenu des risques d'aggravation extrêmement rapide de l'affection dont le jeune G... était atteint, les médecins de l'hôpital de M... ont commis des fautes qui, s'ajoutant à un diagnostic tardif et incomplet, constituent des fautes lourdes de nature à engager la responsabilité de l'hôpital [...]³⁷¹.

- 115 CE 19 décembre 1984³⁷². - A la suite d'un accident de la circulation, la lésée est hospitalisée en juin 1972 dans les services du centre hospitalier de Mulhouse où est diagnostiquée une fracture ouverte du tibia et du péroné de la jambe gauche, fracture dont elle est opérée le lendemain. Près de deux ans après l'accident, par une nouvelle radiographie ordonnée par un médecin privé, est décelée une fracture ancienne du col du fémur non consolidée. Après une nouvelle opération, la patiente reste atteinte d'une pseudarthrose du col du fémur, de destruction de la tête fémorale gauche et d'un raccourcissement de quatre centimètres de la jambe gauche provoquant une importante claudication. Il résulte de l'instruction que la fracture du col du fémur ainsi décelée tardivement a été provoquée par l'accident survenu en juin 1972. Le rapport d'expertise relève aussi que l'attention des praticiennes de l'hôpital de Mulhouse aurait dû être attirée, lors des nombreuses visites de contrôle qu'a subies l'administrée dans cet hôpital, par les circonstances suivantes: les douleurs persistantes de la hanche dont la victime se plaignait, le fait que le processus de guérison n'était pas normal et que l'administrée continuait à ne pouvoir marcher que difficilement avec l'aide de deux cannes plusieurs mois après sa sortie de l'établissement. Les expertes constatent qu'en négligeant de prescrire, après l'accident, la radiographie qui aurait permis de découvrir la fracture non décelée et en compromettant ainsi les chances qu'avait l'administrée de recouvrer un usage normal de sa jambe gauche, les doctresses ont commis une faute lourde qui engage la responsabilité du centre hospitalier de Mulhouse³⁷³.

³⁶⁹ La septicémie est un état lié à la dissémination par voie sanguine d'un germe pathologique à partir d'un foyer primitif (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 767).

³⁷⁰ L'ostéomyélite est une ostéite staphylococcique, aiguë ou chronique, frappant essentiellement l'adolescent (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 627).

³⁷¹ Rec. CE p. 421. Voir aussi CE 20 mars 1991, *Centre hospitalier régional de Toulouse c. Consorts Oulié*, 107 RDP (1991) p. 1446; CAA Nancy 13 juin 1989, *Centre hospitalier de Roubaix*, Rec. CE p. 911; CAA Bordeaux 6 juin 1989, *Centre hospitalier de Guéret*, Rec. CE p. 910 s.; CE 29 octobre 1980, *Marty*, Rec. CE p. 883; CE 2 décembre 1977, *Dame Rassier*, Rec. CE p. 485; CE 9 juillet 1969, *Consorts Gajat*, Rec. CE p. 371.

³⁷² CE 19 décembre 1984, *Mlle Boehrer*, Rec. CE p. 433.

³⁷³ Voir aussi CAA Paris 13 juin 1989, *Consorts Lahouel*, Rec. CE p. 909 ss: Des résultats d'examen de laboratoire, demandés par le service des urgences d'un hôpital, n'ont pas été transmis au service dans lequel la malade avait été transférée. Ce défaut de transmission, à l'origine d'un retard de 26 heures dans l'administration des soins que nécessitait un ictère (quantité exagérée de pigments biliaires dans le sang) d'une exceptionnelle gravité, est constitutif d'une faute engageant la responsabilité de l'hôpital, dès lors qu'il a privé la malade des chances réelles, bien que faibles, de survie qu'impliquait son état. Voir également CE 9 décembre 1988, *Bazin c. Assistance publique de Paris*, D

116 **CE 5 janvier 2000**³⁷⁴. - Traditionnellement la juge administrative, une fois admise la réalité du préjudice résultant de la perte de chances "sérieuses" d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage, indemnise l'intégralité de la privation ou de l'événement subi et non pas seulement, comme la juge civile, la seule perte d'une chance d'obtenir ce qui pouvait l'être. Cette jurisprudence est habituellement justifiée par la volonté d'éviter une succession de démarches approximatives: le recours à la notion de perte d'une chance constituerait pour toute juge le moyen de contourner l'absence de preuve formelle du lien de causalité directe (n° 333 ss). Il conviendrait dès lors d'éviter une nouvelle approximation au stade de l'évaluation du préjudice. Cependant, dans deux décisions du 5 janvier 2000, le Conseil d'Etat s'est finalement rallié à la façon de calculer le préjudice de la Cour de cassation: le préjudice résultant de la perte de chance consécutive à un défaut d'information doit être évalué par référence au montant total du préjudice subi. L'indemnité due à la victime doit être fixée à une fraction de ce montant, déterminée en fonction de la probabilité que la patiente aurait eue de refuser l'intervention si elle avait été correctement informée du risque. Conformément à cette logique, la Caisse de sécurité sociale peut voir aboutir son action fondée sur l'article L. 376-1 CSSF (voir, en détails, n° 560)³⁷⁵.

3.2.4.5 Responsabilité pénale

117 **Cass. (crim.) 9 juin 1977**³⁷⁶. - Une jeune femme enceinte entre à la clinique du Mans. Le médecin décide d'accélérer l'accouchement afin de "le faire coïncider avec son propre emploi du temps". Il ordonne les injections et perfusions nécessaires et pratique vers 16:30 heures l'accouchement au forceps, sous anesthésie générale. Vers 20 heures, il rend une dernière visite à sa patiente ramenée dans sa chambre. L'intéressée somnolant encore, le médecin ordonne une injection destinée à accélérer le réveil puis part en vacances, laissant l'accouchée à la garde de son mari. Ce dernier, inquiet par une difficulté respiratoire, fait appeler vers 23:30 heures l'associé du médecin qui arrivera après le décès. Inculqué d'homicide par imprudence, le médecin, condamné par le tribunal correctionnel, sera acquitté par la Cour d'appel d'Angers. La juridiction d'appel estime que le médecin doit bénéficier du doute: il ne semble pas suffisamment établi ni que la mort est due à l'injection d'un sérum toxique ni qu'elle aurait pu être prévenue par une surveillance plus étroite effectuée par un personnel qualifié. Le ministère public ne formant pas de pourvoi en cassation, cette décision d'acquiescement était définitive. Mais le mari, qui s'était porté partie civile, saisit la Chambre criminelle d'un recours contre l'arrêt de la Cour d'Angers qui, ordonnant l'acquiescement, l'avait du même coup débouté de sa demande de dommages-intérêts. La Chambre criminelle casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers pour insuffisance de motifs. Elle estime que la Cour d'Angers ne pouvait se borner à déclarer que les anomalies relevées par les expertes - telles que l'absence d'examens préalables, une anesthésie inutile, une ingestion déraisonnable de drogues nombreuses et diverses - «n'étaient pas en relation de cause à effet avec la mort de la dame G...». La Cour de renvoi - celle d'Amiens - retient finalement la responsabi-

1989 somm. 348; CE 27 avril 1984, *Tronville*, 21 RDSS (1985) p. 165; CE 21 février 1979, *Dupuis*, Rec. CE p. 882, 885.

³⁷⁴ CE 5 janvier 2000, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, GP 2000 jp. 21; CE 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, GP 2000 jp. 31.

³⁷⁵ Mireille HEERS, L'indemnisation de la perte d'une chance, GP 2000 doc. 7.

³⁷⁶ Cass. (crim.) 9 juin 1977, *Dr Jacques Bucher*, Bull. crim. n° 212, GP 1977 jp. 502, JCP 1978 II 18839, D 1977 ir. 370.

lité du médecin. Elle la fonde sur la faute commise par le médecin qui devant l'état de la patiente à 20 heures aurait dû demeurer auprès d'elle ou appeler son associé. «En s'abstenant de cette mesure élémentaire, le docteur B... a commis une faute, dans la mesure où toute chance de survie de la dame G... n'était pas exclue le 4 août à 20 heures. En présence de la faute ainsi relevée il ne saurait être exigé que soit rapportée la preuve de la certitude d'une chance de survie, la possibilité d'une telle chance étant suffisante pour que la responsabilité pénale de l'auteur de cette faute soit engagée». Et la Cour d'appel d'Amiens, si elle ne peut plus infliger de sanction pénale, accorde des dommages-intérêts au plaignant. Sur nouveau pourvoi, du médecin cette fois, la Chambre criminelle confirme bien la condamnation mais en se fondant sur d'autres motifs que celui retenu par la Cour d'Amiens qui est censuré comme «surabondant voire erroné». Tout en rejetant le pourvoi du prévenu, la Cour de cassation a ainsi écarté comme «surabondants voire erronés» les motifs par lesquels la Cour d'appel d'Amiens avait retenu à la charge du prévenu, comme constitutif du délit d'homicide involontaire, le fait d'avoir compromis les chances de survie de la patiente³⁷⁷.

- 118 CA Lyon 1^{er} décembre 1981³⁷⁸. - Dans cette affaire, la faute du médecin est patente (il a confondu une torsion testiculaire de l'enfant avec une orchite³⁷⁹), mais la relation de causalité entre cette faute et le préjudice (une nécrose³⁸⁰ testiculaire) n'est pas établie avec certitude. En effet, même traitée correctement et à temps, la lésion initiale aurait pu avoir la même évolution. Le seul préjudice dont on peut établir une relation certaine avec la faute était constitué par la perte de chance. La Chambre d'accusation de la Cour de Lyon relève à ce propos que

«le préjudice consistant dans la perte d'une chance de guérison sans séquelle, s'il peut donner lieu à réparation sur le plan civil, ne s'identifie pas à celui constitué par l'invalidité entraînée par les blessures et, à la différence de ce dernier, ne constitue pas un des éléments de l'incrimination de l'art. 320 [CPF] précitée»³⁸¹.

Il n'y avait donc lieu ni à poursuites pénales, ni bien entendu compétence de la juridiction répressive pour accorder une quelconque réparation civile³⁸².

³⁷⁷ Voir aussi Cass. (crim.) 9 janvier 1979, *Dr G.*, JCP 1980 II 19272; Cass. (crim.) 22 juin 1972, *Sarrazin et Piettera c. Ministère public et Schilliro*, GP 1972 jp. 757; Tribunal correctionnel d'Evry 17 novembre 1972, *Consorts Krumhorn et M. P. c. Fitoussi-Deutsch, Deutsch & Peyrat*, GP 1983 jp. 105.

³⁷⁸ CA Lyon 1^{er} décembre 1981, *Merle*, D 1982 ir. 276.

³⁷⁹ Une orchite est une inflammation aiguë ou chronique du testicule (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 620).

³⁸⁰ La nécrose est une mortification cellulaire ou tissulaire (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 620).

³⁸¹ D 1982 ir. 276. L'article 320 CPF a la teneur suivante: «S'il est résulté du défaut d'adresse ou de précaution des blessures, coups ou maladie entraînant une incapacité "totale" de travail personnel pendant plus de "trois mois", le coupable sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende ou de l'une de ces deux peines seulement».

³⁸² Voir aussi Cass. (crim.) 20 avril 1982, *Desan*, D 1983 ir. 379; Cass. (crim.) 20 mai 1980, *Dame Ferembach et Husson et autres*, D 1981 ir. 257; Cass. (crim.) 7 janvier 1980, *Dr Louis Chabert*, Bull. crim. n° 10, JCP 1980 IV 111, D 1981 ir. 257, GP 1980 jp. 696: «Doit être cassé, comme ne mettant pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision l'arrêt d'une cour d'appel qui a déclaré un chirurgien coupable d'homicide involontaire en se fondant essentiellement sur le fait que, une patiente qu'il avait opérée ayant été transférée dans un hôpital à la suite de complications, il l'avait privée d'une chance possible de survie en n'informant pas le nouveau médecin traitant, malgré sa demande, de la nature exacte des interventions par lui pratiquées, alors que ces

- 119 Cass. (civ. 1^{re}) 24 mars 1981³⁸³. - Un malade, atteint de perforation intestinale, est opéré à trois reprises, à des dates rapprochées, par le même chirurgien. Devant l'aggravation de son état, la famille le fait transporter dans une autre clinique où il décède six semaines plus tard. Poursuivi pour homicide involontaire, le premier chirurgien, à l'encontre de qui des fautes professionnelles sont relevées, est cependant acquitté par le tribunal puis par la cour d'appel, au bénéfice du doute affectant le lien de causalité allégué entre les fautes commises et le décès du malade. Les ayants droit assignent alors le chirurgien devant la juridiction civile. Ils sont déboutés par la Cour de Paris au motif que «la décision de relaxe, même rendue au bénéfice du doute, a l'autorité de la chose jugée au civil en ce qu'elle n'a pas admis l'existence d'un lien de causalité certain entre les fautes [...] et le décès [...]». Un pourvoi est alors formé dans lequel les ayants droit reprochent à la cour d'appel de ne pas avoir répondu aux conclusions dans lesquelles ils avaient exposé que les fautes commises avaient au moins fait perdre au malade des chances de survie et que cette seule constatation devait entraîner la responsabilité contractuelle du chirurgien. L'arrêt est cassé dans la limite de ce grief au motif «qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, qu'elle n'a pas écarté par le motif relatif à l'autorité de la chose jugée, la juridiction pénale ayant seulement eu à rechercher s'il existait un lien de causalité certain entre les fautes commises [...] et le décès [...], la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 455 CPCF»³⁸⁴.
- 120 Cass. (crim.) 20 mars 1996³⁸⁵. - Lors d'un accouchement, un médecin commet une imprudence en déclenchant artificiellement et prématurément le travail d'accouchement en l'absence de raison médicale impérieuse. La mère est alors atteinte d'une infection ce qui a comme conséquence que l'enfant nouveau-né contracte une méningite fulgurante dont il décède au bout de quelques jours. Il est acquis que l'imprudence du médecin a augmenté les risques de contamination infectieuse, sans que l'on puisse affirmer que, né à terme, l'enfant aurait survécu s'il avait contracté la méningite, de sorte que le lien de causalité entre la faute et le décès demeure incertain. Le médecin est donc acquitté par la juridiction pénale du second degré du chef des poursuites d'homicide involontaire. La cour d'appel fait cependant droit aux demandes de la famille de la victime tendant à l'indemnisation de leur préjudice moral consécutif à la perte d'une chance de survie de l'enfant. Le pourvoi du médecin conteste le caractère certain du lien de causalité entre la faute et la perte d'une chance alors que les juges du fond ont admis qu'il n'était pas établi que le décès de l'enfant était dû au caractère prématuré de l'accouchement. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi en relevant qu'il n'y avait aucune contradiction dans la motivation de la décision attaquée³⁸⁶.

motifs ne révèlent pas l'existence d'un lien de causalité certain entre la faute commise par le chirurgien et le décès de la victime».

³⁸³ Cass. (civ. 1^{re}) 24 mars 1981, *Veuve Allaoui c. Dr Nemegyei*, Bull. civ. I n° 98, D 1981 jp. 545, 18 RDSS (1982) p. 54, JCP 1981 IV 212.

³⁸⁴ L'article 455 CPCF a la teneur suivante: «Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif». Voir aussi Cass. (civ. 1^{re}) 21 novembre 1978, *Moulinet c. Brulin*, Bull. civ. I n° 354, JCP 1979 II 19033, D 1980 ir. 171.

³⁸⁵ Cass. (crim.) 20 mars 1996, *Jean-Paul Salussola*, Bull. crim. n° 119, 9 Resp. civ. et assur. (1996) n° 283, 94 RTDC (1995) p. 912, D 1996 ir. 154.

³⁸⁶ Pour une critique de cette décision, LE TOURNEAU/CADIET, n° 1434.

3.3 Appréciation par la doctrine

- 121 Doctrine majoritaire favorable.** - La grande majorité de la doctrine est aujourd'hui favorable à l'indemnisation de la perte de chances sous ses différents aspects présentés et notamment de la perte d'une chance de guérison ou de survie³⁸⁷. De nombreuses auteurs mettent cependant en garde contre les conséquences que pourrait entraîner une utilisation abusive de la perte de chances et admettent son indemnisation seulement à certaines conditions précises³⁸⁸.
- 122 Renvoi.** - Les conditions, critiques et mises en garde qui ont été formulées par une partie de la doctrine française à l'encontre de l'indemnisation de chances perdues (notamment de survie et de guérison) seront reprises dans le chapitre consacré au développement d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 324 ss). Les dérapages commis par la jurisprudence française permettront de dégager des garde-fous à l'application de la théorie. A défaut de pouvoir formuler une définition générale de la théorie de la perte

³⁸⁷ Paul-Henri ANTONMATTEI/Jacques RAYNARD, *Travaux dirigés de droit des obligations*, 2^e éd. (Paris 1997), p. 170; Jean-François BARBIERI, *Droit à réparation - Conditions de la responsabilité délictuelle - Dommage - Divers dommages réparables: dommages aux biens*, Juris-Classeur Responsabilité civile, art. 1382 à 1386, fasc. 110 (Paris 1993), n° 104 ss; Alain BENABENT, *Droit civil - Les obligations*, 5^e éd. (Paris 1996), n° 563, 679; BORE, n° 38, 46; Françoise BOUVIER, *La responsabilité médicale*, GP 1984 doc. 288; Georges BOYER CHAMMARD/Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale* (Paris 1974), p. 99 s.; Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 3^e éd. (Paris 1998), n° 314; CADIEU, p. 45; CHARAF EL DINE, p. 65; Jean CARBONNIER, *Droit civil - 4/ Les obligations* (Paris 1985), p. 373; CHABAS (1996), p. 227 ss; CHARTIER (1983), n° 28; CHARTIER (1996), p. 14; René CHAPUS, *Droit administratif général*, 11^e éd. (Paris 1997), n° 1409; Louis CREMIEU, D 1965 jp. 425; Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Responsabilité délictuelle*, in: Aubry & Rau, *Droit civil français*, t. VI-2, 8^e éd. (Paris 1989), p. 35 ss; DORSNER-DOLIVET, p. 427; Georges DURRY, 65 RTDC (1967) p. 181, 67 RTDC (1969) p. 797, 70 RTDC (1972) p. 409; ENDREO/MAILLAUD, n° 6 ss; FABRE-MAGNAN, n° 612; FLOUR/AUBERT, n° 134; Bernadette GIMBERT, *La responsabilité du médecin anesthésiste-réanimateur*, thèse (Université d'Auvergne 1991), p. 70; Sophie GROMB, *Les problèmes médico-légaux de la transfusion sanguine*, 37 *Journal de Médecine Légale Droit Médical* (1994) p. 440; HARICHAUX-RAMU, n° 64; Patrice JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 5^e éd. (Paris 2000), p. 147 s.; LAMBERT-FAIVRE, n° 597 ss; LAROQUE, p. 608 ss; Francis LEFEBVRE, *Contrats et droits de l'entreprise*, 6^e éd. (Paris 1998), n° 2105, 7507; Max LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, 14^e éd. (Paris 1998), n° 87; LESOURD, p. 51; MALAURIE/AYNES, n° 242; Daniel MALICIER/Alain MIRAS/Pierre FEUGLET/Pierre FAIVRE, *La responsabilité médicale* (Lyon 1992), p. 69 ss; Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD, *Droit civil - Les obligations*, t. 1 - Les sources, 2^e éd. (Paris 1988), n° 424; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, p. 410 ss; MAZEAUD/TUNC, n° 219; Guy NICOLAS, *La responsabilité médicale* (Paris 1997), p. 37; SALLET, p. 47; Boris STARCK, *Les obligations*, (Paris 1972), n° 104 s.; TERRE/SIMLER/LEQUETTE, n° 671; LE TOURNEAU/CADIEU, n° 1419; VACARIE, p. 910; Michel VERON, *La responsabilité pénale en matière médicale - Les atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité de la personne*, in: J.-M. Auby (dir.), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 20 (Paris 1994), n° 28; VINEY/JOURDAIN, n° 279; Marie-Pierre TIETART/Jean-Pierre CAMPANA/Etienne FROGE, *Perte de chance, perte de chance de survie: réflexions sur les jurisprudences civile et pénale*, 27 *Journal de Médecine Légale Droit Médical* (1984) p. 371; Marie-Pierre TIETART-FROGE, *Un avenir pour la notion de perte de chance à propos de l'arrêt cass. 11 octobre 1988*, 32 *Journal de Médecine Légale Droit Médical* (1989) p. 365; Dominique THOUVENIN, *La responsabilité médicale - Analyse des données statistiques disponibles et des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat de 1984 à 1992* (Paris 1995), p. 41.

³⁸⁸ VINEY/JOURDAIN, n° 282 ss. CHARTIER ([1983], n° 35 ss) a également recherché une théorie générale de la perte de chances en dégagant trois conditions: la vraisemblance de la réalisation d'une chance, la certitude de la perte d'un avantage escompté et le dommage qui en résulte.

d'une chance, il s'agira en outre de dégager les conditions d'application communes à l'ensemble des états de fait dans lesquels le problème de la réparation de chances perdues se pose (n° 361 ss).

3.4 Création d'un risque durable

- 123 Cass. (civ. 1^{re}) 3 novembre 1983³⁸⁹. - Cet arrêt illustre la distinction que la Cour de cassation fait parfois entre la perte d'une chance et l'exposition à un risque, en l'occurrence dans le domaine du devoir d'information. Au cours d'un voyage organisé d'un groupe de touristes en Italie, l'hôtel qui a été réservé est détruit par un incendie d'origine criminelle. Les victimes introduisent une action en responsabilité contre la société organisatrice du voyage. La cour d'appel accueille leurs demandes au motif que l'agence de voyage a négligé de vérifier si l'hôtelier avait souscrit une assurance de responsabilité, ce qui n'est pas obligatoire en Italie. L'agence de voyage a ainsi privé ses clientes de la possibilité de souscrire des polices individuelles. C'est pourquoi elle doit réparer l'entier du dommage résultant de la privation de recours contre sa compagnie d'assurance. La cour d'appel observe "qu'il n'était pas exclu" que si l'hôtelier, insolvable, avait été assuré, "les victimes ou les ayants droit eussent pu obtenir l'indemnisation de leurs dommages". L'agence de voyage reproche cependant à la cour d'appel d'avoir ainsi statué: selon elle, il n'est donc pas possible d'accorder aux intéressées un dédommagement intégral, alors qu'il ressort des constatations de l'arrêt de la cour d'appel que le fondement unique de la responsabilité de l'agence, sans lien avec la survenance de l'incendie, est la perte d'une chance par la privation d'un recours contre une compagnie d'assurance dont le résultat n'est pas certain. La Cour de cassation rejette ce pourvoi au motif que

«l'arrêt attaqué énonce que "constatant l'absence d'assurance, [l'agence de voyage] aurait dû avertir ses clients du risque qu'ils couraient de n'être pas indemnisés en cas de dommages pendant leur séjour à l'hôtel" et que "sa négligence dans l'exécution de son devoir de conseil [est] en relation de causalité avec l'absence d'indemnisation de leur dommage" puisqu'elle "ne les a pas mis en mesure" de se prémunir, en "souscrivant eux-mêmes une assurance" contre la réalisation du risque susvisé; qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel, abstraction faite des autres motifs de son arrêt, n'a pas sanctionné la perte d'une chance qui aurait existé lors de la négligence retenue, mais la réalisation du risque que ladite négligence avait fait courir aux clients de l'agence de voyage"³⁹⁰ (mise en évidence ajoutée).

Selon FABRE-MAGNAN, la Cour de cassation introduit dans cet arrêt une distinction très nette entre la perte d'une chance, entraînant une réparation partielle du dommage, et la réalisation d'un risque encouru, obligeant à une réparation intégrale du dommage³⁹¹.

- 124 En matière médicale. - À côté des arrêts qui continuent de se référer à la perte d'une chance de guérison ou de survie, on relève quelques décisions qui ont accepté d'indemniser intégralement la victime en ayant recours à l'idée de création fautive d'un risque qui s'est finalement réalisé³⁹²: une cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation d'un premier arrêt qui a prononcé une condamnation intégrale tout en déclarant n'indemniser que la perte d'une chance (d'où cassation), retient ainsi à nouveau une ré-

³⁸⁹ Cass. (civ. 1^{re}) 3 novembre 1983, *La société anonyme Agence Wasteels c. conjoints Gombert et autres*, Bull. civ. I n° 253.

³⁹⁰ Bull. civ. I n° 253.

³⁹¹ FABRE-MAGNAN, n° 621.

³⁹² VINEY/JOURDAIN, n° 373.

paration intégrale mais sans la fonder désormais sur la perte d'une chance. La Cour de cassation approuve cette solution par le biais de la création fautive d'un risque qui s'est finalement réalisé, alors que manifestement le rapport causal est affecté d'incertitude³⁹³. De même, dans une affaire où, à la suite d'une injection de méthiodal, la patiente avait été atteinte d'une anesthésie partielle, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait admis la responsabilité intégrale du radiologue au motif qu'en ordonnant l'injection de ce produit, dans un cas où elle ne s'imposait pas, ce médecin avait fait courir à la malade "un risque non justifié"³⁹⁴. VINEY/JOURDAIN estiment que ce courant jurisprudentiel :

«semble bien signifier que le seul fait, pour un médecin, d'exposer un patient à des risques anormaux - qui se réalisent -, et donc de lui faire perdre, par sa faute, des chances d'éviter le dommage suffit à justifier une réparation intégrale de celui-ci, quand bien même le lien de causalité entre la faute et le dommage ne serait pas démontré avec certitude»³⁹⁵.

Cette tendance de la jurisprudence française trouve l'approbation de la doctrine récente³⁹⁶.

- 125 **Renvoi.** — Pour la discussion doctrinale concernant l'opportunité d'appliquer la théorie de la perte d'une chance à la création d'un risque durable, voir le chapitre consacré à l'élaboration d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 449 ss).

3.5 Résumé et conclusion

- 126 **Importance de la jurisprudence.** — Le droit français connaît la théorie de la perte d'une chance depuis la fin du 19^e siècle. Depuis lors, il a poussé son développement et son raffinement plus loin que n'importe quel autre système juridique. Dans tous les domaines dans lesquels cette théorie a trouvé application, elle a été introduite par la jurisprudence et aucune disposition légale ne la prévoit. Aujourd'hui, une doctrine largement majoritaire est favorable à l'indemnisation de la perte de chances dans ses différentes applications.
- 127 **Caractère certain du préjudice.** — C'est l'exigence de la certitude du préjudice qui impose des limites à la réparation de chances perdues. Pour le préjudice futur, cette condition permet de faire la distinction entre le préjudice futur virtuel (indemnisable) et le préjudice futur éventuel (non réparable). La perte d'une chance se situe sur la frontière floue entre le probable et l'aléatoire, entre le préjudice réparable et le préjudice irréparable, ce qui provoque une jurisprudence souvent peu claire.
- 128 **Jurisprudence extrêmement riche et diversifiée.** — Il est difficile de formuler une définition générale de la perte d'une chance susceptible d'englober l'ensemble des hypothèses d'application. Dès lors, une approche inductive partant des diverses espèces où la théorie a trouvé application s'impose. En tant que préjudice actuel, la perte d'une chance

³⁹³ Cass. (civ. 1^{re}) 1^{er} juin 1976, *Sieur Jean Fradin c. Clinique Immaculée Conception et dame Moutarde*, JCP 1976 II 18483.

³⁹⁴ Cass. (civ. 1^{re}) 20 février 1979, *Désignolle c. C.P.A.M. de la région de Choletaise et autres*, JCP 1979 IV 145, D 1979 II 250. Voir aussi les motifs d'un arrêt (Cass. [civ. 1^{re}] 18 décembre 1979, *dame veuve Chotiner*, JCP 1980 IV 93) qui fait allusion à la notion "d'exposition du patient à un risque anormal" mais ne retient pas la responsabilité de la doctoresse.

³⁹⁵ VINEY/JOURDAIN, n° 373.

³⁹⁶ VINEY/JOURDAIN, n° 373; FABRE-MAGNAN, n° 625.

est notamment indemnisable en matière contentieuse et dans une multitude d'autres domaines comme l'art et le sport, les examens et les concours d'admission, les négociations précontractuelles, la responsabilité contractuelle en général et les loteries. En tant que préjudice futur, la perte des chances suivantes est réparable: les chances (perdues par les enfants, l'épouse ou la concubine) d'obtenir des secours alimentaires et les chances (perdues par la victime directe ou indirecte) d'améliorer sa situation sociale.

- 129 **En matière médicale.** — La perte d'une chance de survie ou de guérison est réparée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat depuis le milieu des années soixante seulement. La théorie trouve application dans le domaine de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle des doctresses, ainsi qu'en matière de responsabilité administrative des hôpitaux. La Chambre criminelle de la Haute Cour refuse par contre d'indemniser les chances perdues au niveau de la responsabilité médicale à cause du principe de la légalité des infractions. Depuis quelques années, la création fautive d'un risque qui s'est finalement réalisé peut, notamment dans le domaine médical, également donner lieu à réparation.

4 Droit américain

130 Plan. — Après un bref survol des origines contractuelles et délictuelles de la théorie en droit américain³⁹⁷ (4.1), il s'agira d'examiner les différentes approches que la jurisprudence a adoptées face à l'indemnisation de chances perdues (4.2). Avant d'analyser la possibilité d'indemniser la création d'un risque durable (4.4), un chapitre sera consacré à une particularité du droit américain, à savoir la limitation du champ d'application de la théorie à la responsabilité médicale (4.3).

4.1 Origines

131 Contrats. — L'idée d'attribuer une valeur à une chance et de compenser la perte de cette chance n'est pas nouvelle en droit anglo-américain³⁹⁸. Au début du 20^e siècle, les tribunaux américains ont commencé à changer d'attitude face à la chance, notamment dans le domaine des contrats³⁹⁹, et plus particulièrement à l'occasion de concours⁴⁰⁰. Si la majorité des décisions du début du siècle passé semble rejeter la possibilité d'obtenir une réparation pour la perte d'une chance inférieure à 50% d'obtenir un gain⁴⁰¹, quelques décisions ultérieures affichent cependant une attitude plus libérale envers de telles actions⁴⁰². Dans *Kansas City M. & O. Ry. Co. v. Bell*⁴⁰³ par exemple, le demandeur a récupéré la valeur de la chance perdue de gagner le premier prix dans une foire au bétail à cause du retard qu'avait pris une entreprise de chemins de fer dans la livraison des cochons de ce dernier⁴⁰⁴. Dans *Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.*⁴⁰⁵, la Cour suprême de l'Iowa a également admis la réparation de la chance perdue de gagner un prix. La demanderesse avait participé à un concours offrant des prix à qui vendrait le plus d'abonnements à un illustré. Après que la demanderesse a commencé à vendre des abonnements, la responsable a annulé le concours et a ainsi privé la demanderesse de sa chance de gagner. Ces décisions reflètent l'évolution de la jurisprudence anglaise sur la question de l'indemnisation de chances perdues. L'arrêt anglais *Chaplin v. Hicks* rendu par la *Court of Appeal* en 1911 (n° 179), est souvent cité par les auteurs américaines

³⁹⁷ L'adjectif "américain/e/s" est ici utilisé dans un but de simplification, étant entendu que les Etats-Unis ne constituent qu'une petite partie du continent américain.

³⁹⁸ Jennifer P. KELLER, Casenote: Torts — Medical Malpractice — Loss of Chance not a Cognizable Cause of Action in Tennessee, 62 *Tennessee Law Review* (1995) p. 375. Pour une discussion détaillée du développement historique de la doctrine de la perte d'une chance en droit anglo-américain, voir THURMAN, p. 92 ss.

³⁹⁹ MANGAN, p. 285; FELDMAN, p. 140.

⁴⁰⁰ KING, p. 1378.

⁴⁰¹ MCCORMICK, § 31 p. 122.

⁴⁰² MCCORMICK, § 31 p. 122 s.; *Adams Express Co. v. Egbert*, 36 Pa. 360 (Pa. 1860); *Ft. Worth & Denver City Ry. Co. v. Willie S. & J.B. Ikard Co.*, 140 S.W. 502 (Tex. Courts of Civil Appeals 1911); *Western Union Telegraph Co. v. Crall*, 18 P. 719 (Kan. 1888).

⁴⁰³ 197 S.W. 322 (Tex. Courts of Civil Appeals 1917).

⁴⁰⁴ En première instance, le demandeur a obtenu US\$ 225 de dommages-intérêts pour la perte de la chance de gagner le premier prix d'une valeur de US\$ 300, car il avait uniquement décroché le deuxième prix d'une valeur de US\$ 75. Il alléguait que le retard dans la livraison de ses cochons avait détérioré leur aspect et surtout leur poids, de sorte qu'il avait été privé de la chance de gagner le premier prix. La cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge de première instance en considérant que le montant des dommages-intérêts alloués était excessif.

⁴⁰⁵ 176 N.W. 801 (Iowa 1921).

comme une nouvelle approche de la réparation d'opportunités perdues en *common law*⁴⁰⁶. Cet arrêt a, pour la première fois en *common law*, traité la chance, jusqu'alors considérée comme une chose abstraite, comme "objet matériel" susceptible de réparation. De nombreuses commentatrices américaines sont favorables à cette nouvelle approche⁴⁰⁷, en tout cas lorsque la logique commande d'attribuer une valeur à la chance perdue⁴⁰⁸. De manière générale, elles estiment que la chance représente notamment une valeur patrimoniale – et ainsi un poste des actifs dans la comptabilité de chacune – lorsque celle-ci a une valeur de marché clairement définie – comme dans le cas d'un billet de loterie⁴⁰⁹. Or, il serait absurde de ne pas attribuer à un billet de loterie une certaine valeur, seulement parce que les chances de gagner sont inférieures à 50%. Le droit à une réparation a aussi été reconnu dans certaines situations de concours où la chance perdue n'avait pas de valeur de marché déterminée. Dans *Mange v. Unicorn Press*⁴¹⁰, la demanderesse avait pris part à un concours de devinettes. A cette occasion, elle avait qualifié de fausse une affirmation proposée en se fiant à l'orthographe d'un mot figurant dans l'encyclopédie faisant autorité selon les règles du concours. Si la réponse de la joueuse n'avait pas été écartée, elle aurait été une concurrente parmi 23 548 pour 210 prix, dont un premier prix de US\$ 307 500. En réponse à l'argument de l'éditeur d'encyclopédies selon lequel une réparation serait trop spéculative, la cour a rétorqué:

*"[A]lthough there is a substantial authority denying recovery [...] there appears to be a liberal trend towards allowing the jury to determine the value of the chance of which plaintiff was deprived. [...] The rationale behind these cases is that the plaintiff's chances of success would have had some market value especially since there was no risk of out-of-pocket loss offsetting the possibility of gain"*⁴¹¹.

- 132 "Torts". – Dans le domaine des *torts*⁴¹², le concept de la chance comme intérêt juridiquement protégé n'a durant longtemps pas été reconnu par les tribunaux américains⁴¹³. C'est seulement en 1966, dans *Hicks v. United States*⁴¹⁴, que la théorie de "*loss of a chance*" a été introduite en matière de responsabilité médicale⁴¹⁵. Le droit américain analyse en effet les conséquences juridiques d'un comportement négligent d'une docto-

⁴⁰⁶ FELDMANN, p. 140 s.

⁴⁰⁷ Voir les références chez MCCORMICK, § 31 p. 122 s.

⁴⁰⁸ DOBBS, p. 322.

⁴⁰⁹ DOBBS, p. 322.

⁴¹⁰ 129 F.Supp. 727 (S.D.N.Y. 1955).

⁴¹¹ *Mange v. Unicorn Press*, 129 F.Supp. 727, 730 (S.D.N.Y. 1955).

⁴¹² Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1489, explique le terme "*torts*" de la manière suivante: "*A private or civil wrong or injury, including action for bad faith breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages. [...] A violation of a duty imposed by general law or otherwise upon all persons occupying the relation to each other which is involved in a given transaction. [...] There must always be a violation of some duty owing to plaintiff, and generally such duty must arise by operation of law and not by mere agreement of the parties*".

⁴¹³ FELDMANN, p. 141; CARNEY, p. 342.

⁴¹⁴ 368 F.2d 626 (4^e Cir. 1966).

⁴¹⁵ Les opinions divergent sur la question de savoir quand le concept "*original*" de la perte d'une chance a été reconnu pour la première fois. Différents arrêts sont cités comme "*originaux*" dans l'indemnisation des chances perdues: KEITH (p. 765 n. 29) cite l'affaire de droit maritime concernant une situation de "*man overboard*" *Gardner v. National Bulk Carriers, Inc.*, 310 F.2d 284, 287 (4^e Cir. 1962); WILLGING (p. 546) cite *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626 (4^e Cir. 1966). Pour d'autres voix sur les différentes origines de la théorie de la perte d'une chance, voir MANGAN (p. 285) et DEFREYN (p. 795).

resse selon les règles des *torts* (n° 134). En droit américain, la patiente ne peut agir en responsabilité contractuelle contre sa doctoresse que si cette dernière a promis un résultat, ce qui n'est que très rarement le cas. C'est pourquoi tous les arrêts examinés dans ce chapitre relèvent de la responsabilité médicale délictuelle ("*torts*"). Depuis cet arrêt, la majorité des Etats confrontés à la question de l'indemnisation de chances perdues ont adopté un tel droit d'action pour une patiente de demander une réparation pour la privation de chances de guérison ou de survie (Annexe II). Les juges américaines refusent par contre de manière constante d'étendre le champ d'application de la théorie au-delà du domaine de la responsabilité médicale (n° 149 ss). L'action fondée sur la perte d'une chance est, même dans le domaine médical, controversée et il règne une grande confusion dans la doctrine à son sujet, car les tribunaux peinent à préciser l'applicabilité et l'évaluation de la chance perdue en matière de responsabilité médicale. Le fondement théorique de la perte d'une chance de survie ou de guérison a été développé par KING dans un fameux article publié dans le *Yale Law Journal* en 1981⁴¹⁶.

4.2 Approches

4.2.1 Introduction

133 Tentative de classification. - Les différentes manières d'appréhender le problème de l'indemnisation d'une chance perdue peuvent être regroupées en quatre approches principales:

- l'approche du tout-ou-rien ("*All-or-nothing approach*" [4.2.2]),
- l'approche de la chance substantielle ("*Substantial chance approach*" [4.2.3]),
- l'approche de la causalité atténuée ("*Relaxed causation approach*" [4.2.4]), et
- l'approche de la pure chance ("*Pure chance approach*" [4.2.5])⁴¹⁷.

La répartition des courants jurisprudentiels en diverses catégories comporte cependant le risque d'une trop grande généralisation. Certains tribunaux ont par exemple développé des approches qui n'entrent dans aucune de ces catégories⁴¹⁸. C'est pourquoi BRUER estime qu'il serait plus prudent de voir l'attitude des tribunaux face aux chances perdues comme une évolution continue en fonction des différentes formes d'application de la théorie⁴¹⁹. Ce chapitre entend uniquement présenter ces différentes méthodes sans montrer les réactions de la doctrine ni donner une appréciation personnelle. Les divers arguments invoqués par la doctrine pour ou contre l'une ou l'autre de ces méthodes seront analysés dans le cadre de l'élaboration d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 324 ss).

134 Conditions traditionnelles de la responsabilité médicale. - Dans la plupart des cas, la responsabilité d'une doctoresse est mise en cause dans une action en *torts* fondée sur

⁴¹⁶ Voir aussi Joseph H. KING, Jr., Article: "Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine, 28 *University of Memphis Law Review* (1998) p. 492 ss.

⁴¹⁷ Pour ces différentes approches, voir aussi Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, vol. I (St. Paul 2001), § 178; KASCHE, p. 62 ss.

⁴¹⁸ Pour une solution intéressante au problème de l'indemnisation de chances perdues dans l'Ohio, voir note 2288. Voir aussi TRUCKOR, p. 359; *Ehlinger v. Sipes*, 454 N.W.2d 754, 761 s. (Wis. 1990).

⁴¹⁹ BRUER, p. 974.

une *negligence*⁴²⁰. Une patiente doit alors, conformément aux principes généraux régissant la *negligence* en *common law*, prouver quatre éléments:

- la doctoresse avait une obligation envers la patiente,
- la doctoresse a violé cette obligation,
- la patiente a subi un dommage, et
- la violation de l'obligation était la cause naturelle ("*cause-in-fact*") et la cause juridique ("*proximate cause*") du dommage subi⁴²¹.

135 Difficultés en matière de perte d'une chance. – Dans les cas de perte d'une chance, la condition de la causalité est la plus difficile à prouver⁴²². Le lien causal englobe la causalité naturelle et la causalité juridique. Le critère traditionnel pour la causalité naturelle est celui de la "*conditio sine qua non*" ou du "*but for*", la demanderesse devant établir que le dommage ne se serait pas produit en l'absence du comportement de la défenderesse⁴²³. Cette règle traditionnelle ne suffit cependant pas pour déterminer la causalité naturelle lorsque plusieurs forces, chacune suffisante en soi à produire le dommage, coïncident pour le provoquer⁴²⁴. Pour établir la causalité naturelle, la victime devra alors prouver que le comportement de la responsable avait contribué de façon appréciable ("*substantial factor*") à la survenance de son préjudice⁴²⁵. Le deuxième élément du lien causal, celui de la causalité adéquate ou juridique, détermine la responsabilité, en tant que question purement juridique, dans les cas où la causalité naturelle a déjà été établie⁴²⁶. Le modèle traditionnel des *torts* exige que la demanderesse établisse la causalité par une prépondérance de preuves⁴²⁷. Une patiente doit donc démontrer qu'il est plus probable que non ("*more likely than not*") que la négligence de la doctoresse est la cause du dommage. Elle ne doit cependant pas prouver la causalité en termes de certitude médicale⁴²⁸, ni être capable d'exclure toute autre explication possible pour le dommage subi⁴²⁹.

4.2.2 Approche du tout-ou-rien ("*All-or-nothing approach*")

136 Approche traditionnelle. – Pendant des décennies, la méthode utilisée pour déterminer la causalité en cas de perte d'une chance était celle suivie dans *Kuhn v. Banker*⁴³⁰. Dans cet arrêt, la Cour suprême de l'Ohio avait considéré que la perte d'une simple chance de guérison ne représentait pas un préjudice susceptible d'indemnisation⁴³¹. Les juges

⁴²⁰ BRUER, p. 971.

⁴²¹ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 30 p. 164 s.

⁴²² EVATT, p. 981.

⁴²³ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 41 p. 266.

⁴²⁴ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 41 p. 266; KING, p. 1355.

⁴²⁵ *Hamil v. Bashline*, 392 A.2d 1280, 1284 (Pa. 1978).

⁴²⁶ *McKellips v. St. Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467, 470 (Okla. 1987).

⁴²⁷ CARNEY, p. 341.

⁴²⁸ *Lippold v. Kidd*, 269 P. 210, 215 (Or. 1928), précisant que "*certainty is not required; probability will suffice*"; *Bradley v. Rogers*, 879 S.W.2d 947, 954 (Tex. CA 1994).

⁴²⁹ *Hamil v. Bashline*, 392 A.2d 1280, 1285 (Pa. 1978); *Bradley v. Rogers*, 879 S.W.2d 947, 954 (Tex. CA 1994).

⁴³⁰ 13 N.E.2d 242 (Ohio 1938); BRENNWALD, p. 755; CARNEY, p. 342.

⁴³¹ *Kuhn v. Banker*, 13 N.E.2d 242, 247 (Ohio 1938): "*loss of chance of recovery, standing alone, is not an injury from which damages will flow*".

avaient déduit cette conclusion du principe du tout-ou-rien qui requiert la preuve du lien de causalité entre la négligence et le dommage selon les principes évoqués (n° 135 s.). La preuve doit être rapportée avec une probabilité médicale raisonnable ("reasonable medical probability")⁴³². Plus généralement, ce seuil des preuves est aussi appelé le critère "more likely than not"⁴³³, pour lequel la probabilité doit être supérieure à 50%⁴³⁴. La lésée doit donc prouver qu'elle (ou que la défunte) avait une chance supérieure à 50% de guérir (ou de survivre) en l'absence du comportement négligent⁴³⁵. La preuve qu'il est simplement possible que la doctoresse ait causé le dommage ne suffit pas⁴³⁶. Le fait que la patiente aurait probablement guéri ou survécu dans l'hypothèse d'un diagnostic et d'un traitement corrects doit être établi par des moyens de preuve adéquats⁴³⁷. Les tribunaux exigent en règle générale que la preuve soit faite par témoignages d'expertes médicales⁴³⁸. Il n'est cependant pas nécessaire que les moyens de preuve de la demanderesse excluent toute autre cause envisageable ou possible⁴³⁹. Même lorsque le comportement négligent de la doctoresse a augmenté le risque d'un dommage pour la patiente, négligence devenant le facteur substantiel dans la survenance du dommage, l'action ou l'inaction de la doctoresse ne doit pas nécessairement être la seule cause⁴⁴⁰.

- 137 Importance de l'approche.** – Une quinzaine d'Etats applique encore cette approche (Annexe II), mais ce nombre est en constante diminution⁴⁴¹. Le Texas est l'exemple le plus parlant de ce courant jurisprudentiel. Dans *Kramer v. Lewisville Memorial Hospital*⁴⁴², la patiente a des problèmes gynécologiques et, malgré plusieurs consultations chez différentes doctresses, les symptômes empirent. Lorsqu'un cancer du cerveau est finalement diagnostiqué, il s'est déjà propagé dans tout le corps et la patiente en meurt. La Cour suprême du Texas refuse d'adopter la théorie de la perte d'une chance:

"We acknowledge that in searching for the truth, the law does not, and should not require proof of an absolute certainty of causation or any other factual issue. It always settles for some lower threshold of certainty [...] [but] [b]elow reasonable probability, however, we do not believe that a sufficient number of alternative ex-

⁴³² *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 399 s. (Texas 1993).

⁴³³ *Hurley v. United States*, 923 F.2d 1091, 1094 (4th Cir. 1991); KEITH, p. 777; THURMAN, p. 117.

⁴³⁴ *Shively v. Klein*, 551 A.2d 41, 43 (Del. 1988); *Pierce v. Johns-Manville Sales Corp.*, 464 A.2d 1020, 1026 (Md. 1983).

⁴³⁵ EVATT, p. 983; MANGAN, p. 299; *Gooding v. University Hosp. Bldg., Inc.*, 445 So.2d 1015 (Fla. 1984).

⁴³⁶ *Niemann v. Refugio Cty. Mem. Hosp.*, 855 S.W.2d 94, 96 (Tex. Courts of Appeals - Corpus Christi 1993); BRENNWALD, p. 749.

⁴³⁷ *Wells v. Miami Valley Hosp.*, 631 N.E.2d 642, 647 (Ohio Court of Appeals 1993).

⁴³⁸ *Fabio v. Bellomo*, 504 N.W.2d 758, 762 (Minn. 1993); *Bronime v. Pavitt*, 7 Cal. Rptr. 2d 608, 614 (Cal. CA 1992); *Cornfeldt v. Tongen*, 295 N.W.2d 638, 640 (Minn. 1980).

⁴³⁹ *Stickelman v. Synhorst*, 52 N.W.2d 504, 507 (Iowa 1952); KEITH, p. 761.

⁴⁴⁰ *Hastings v. Baton Rouge Gen. Hosp.*, 498 So.2d 713, 720 (La. 1986).

⁴⁴¹ *Roberts v. Ohio Permanente Med. Group, Inc.*, 668 N.E.2d 480, 484 (Ohio 1996). "The time has come to discard the traditionally harsh view we previously followed and to join the majority of states that have adopted the loss-of-chance theory"; *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 408 n. 1 (Tex. 1993) (HIGHTOWER, opinion dissidente: «history of the loss of chance doctrine shows the trend towards its general acceptance»).

⁴⁴² 858 S.W.2d 397 (Tex. 1993).

*planations and hypotheses for the cause of harm are eliminated to permit a judicial determination of responsibility*⁴⁴³.

Tout en concédant que la causalité ne doit pas être prouvée avec une certitude absolue, les tribunaux hostiles à l'indemnisation de chances perdues estiment donc que la théorie sollicite la condition de la causalité à un point tel qu'elle est trop faible pour être considérée comme établie.

4.2.3 Approche de la chance substantielle ("*Substantial chance approach*")

138 Allégement du fardeau de la preuve de la causalité. - La méthode de la chance substantielle (ou significative, "*significant chance approach*") a été reconnue comme une forme d'action nouvelle et indépendante par une minorité d'États (Annexe II). Les tribunaux de ces États ont tenté de rendre plus facile la preuve de la causalité naturelle en se contentant de la négligence comme cause substantielle ("*substantial cause*") du dommage, sans exiger qu'elle en soit la cause naturelle⁴⁴⁴. La théorie de la perte d'une chance substantielle peut être considérée comme une forme spécifique de l'approche de la chance pure⁴⁴⁵. Elle exige en effet comme condition supplémentaire par rapport à la méthode de la chance pure que la perte concerne une chance substantielle ("*substantial chance*"), une possibilité substantielle ("*substantial possibility*") ou une chance appréciable ("*appreciable chance*") d'atteindre un résultat plus favorable⁴⁴⁶.

139 *Hicks v. United States*. - L'approche de la chance substantielle a été introduite en 1966 par *Hicks v. United States* de la *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*⁴⁴⁷. Souffrant d'intenses douleurs abdominales et de vomissements, la patiente se rend au dispensaire de la *United States Naval Amphibious Base*. Après avoir examiné la patiente pendant environ dix minutes, le médecin diagnostique une gastro-entérite, prescrit des médicaments contre la douleur et libère la patiente. De retour chez elle, la patiente commence à vomir et s'évanouit. Elle est ramenée au dispensaire, mais le personnel ne parvient pas à la réanimer. Une autopsie montre que la défunte souffrait d'une occlusion intestinale, mortelle si elle n'est pas traitée dans les meilleurs délais. La famille introduit une action en responsabilité contre le dispensaire en alléguant que le médecin a commis des négligences dans le traitement de la défunte. Dans la discussion des chances de survie de la patiente, le tribunal explique:

"When a defendant's negligent action or inaction has effectively terminated a person's chance of survival, it does not lie in the defendant's mouth to raise conjectures as to the measure of the chances that he has put beyond the possibility of realization. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable. Rarely is it possible to demonstrate to an absolute certainty what would have happened in circumstances that the wrongdoer did not allow to come to pass. The law does not in the existing circumstances require the plaintiff

⁴⁴³ *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 405 (Tex. 1993). Pour une analyse de cette décision, voir Gary D. ELLISTON/Jonathan K. HENDERSON, Article: No Chance for "Loss of Chance" in Texas Medical Malpractice Litigation after *Kramer*, 59 *Texas Bar Journal* (1996) p. 734 ss.

⁴⁴⁴ CARNEY, p. 342.

⁴⁴⁵ *Kilpatrick v. Bryant*, 868 S.W.2d 594, 600 (Tenn. 1993). L'approche de la chance pure sera examinée ultérieurement pour respecter l'ordre chronologique de l'apparition des deux solutions (n° 145 ss).

⁴⁴⁶ *Kilpatrick v. Bryant*, 868 S.W.2d 594, 600 (Tenn. 1993).

⁴⁴⁷ 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966).

*to show to a certainty that the patient would have lived had she been hospitalized and operated on promptly*⁴⁴⁸ (mise en évidence ajoutée).

Ce passage de *Hicks v. United States* est très souvent cité par les tribunaux qui suivent la méthode de la chance substantielle⁴⁴⁹.

- 140 *Falcon v. Memorial Hospital*⁴⁵⁰. – Cet arrêt, rendu en 1990 par la Cour suprême du Michigan, est également cité comme exemple de l'approche de la chance substantielle⁴⁵¹. Le malade établit qu'il a été privé d'une chance de 37,5% de survivre à une embolie⁴⁵² par une omission fautive du médecin. La Cour suprême arrive à la conclusion que la perte de cette chance est un dommage susceptible de réparation, même si la chance de survie était inférieure à 50%. Le tribunal explique que, dans le Michigan, de futures patientes devront prouver que la doctoresse a causé cette nouvelle forme de dommage avec une probabilité prépondérante. Dans sa conclusion, cependant, la majorité de la cour utilise un langage qui paraît limiter le champ d'application de la théorie de la perte d'une chance:

*«[w]e are persuaded that loss of a 37.5 percent opportunity of living constitutes a loss of a substantial opportunity of avoiding physical harm. We need not now decide what lesser percentage would constitute a substantial loss of opportunity»*⁴⁵³.

Cette formulation ne précise donc pas si une perte d'une chance de 37%, de 20%, ou même de 5%, sera encore considérée comme "substantielle" par les tribunaux du Michigan.

- 141 "Substantial chance". – Ces arrêts fondamentaux ont été interprétés de différentes manières par la doctrine et la jurisprudence. A première vue, la solution *Hicks* permet une réparation aussi lorsque les chances de guérison ou de survie sont inférieures à 50% sans le traitement négligent. Mais différentes commentatrices et la jurisprudence ultérieure montrent que cet arrêt n'a fait que confirmer la méthode de la probabilité prépondérante⁴⁵⁴. Le passage cité de l'arrêt *Hicks* (n° 139) serait en réalité un *dictum*⁴⁵⁵. Les té-

⁴⁴⁸ *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (4th Cir. 1966).

⁴⁴⁹ *McKellips v. Saint Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467, 472 (Okla. 1987); *James v. United States*, 483 F.Supp. 581 (Northern D. of Cal. 1980); *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, 357 N.Y.S.2d 508 (N.Y. Supreme Court – Appellate Division 1974); *Thomas v. Corso*, 288 A.2d 379 (Md. 1972). Voir, par contre, *Kimball v. Scors*, 399 N.Y.S.2d 350 (N.Y. Supreme Court – Appellate Division 1977). Voir aussi MANGAN, p. 287; BRUER, p. 973.

⁴⁵⁰ 462 N.W.2d 44 (Mich. 1990).

⁴⁵¹ Jennifer P. KELLER, Casenote: Torts – Medical Malpractice – Loss of Chance not a Cognizable Cause of Action in Tennessee, 62 *Tennessee Law Review* (1995) p. 381; REISIG, p. 1171.

⁴⁵² Une embolie est une oblitération brusque d'un vaisseau, habituellement artériel, par un embolo (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 301).

⁴⁵³ *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N.W.2d 44, 56 s. (Mich. 1990).

⁴⁵⁴ KING, p. 1368; BOGGS, p. 431; *Whitfield v. Whitaker Memorial Hosp.*, S.E.2d 563, 568 s. (Va. 1969); *Clark v. United States*, 402 F.2d 950, 953 s. (4th Cir. 1968).

⁴⁵⁵ Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 454, décrit le "dictum" de la manière suivante: «The word is generally used as an abbreviated form of obiter dictum, "a remark by the way;" that is, an observation or remark made by a judge in pronouncing an opinion upon a cause, concerning some rule, principle, or application of law, or the solution of a question suggested by the case at bar, but not necessarily involved in the case or essential to its determination; any statement of the law enunciated by the court merely by way of illustration, argument, analogy, or suggestion». Le contraire en est le "holding" que Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 731, définit comme étant "[t]he legal principle to be drawn from the opinion (decision) of the court".

moignages non contestés des expertes établiraient que «*if operated on promptly, [the patient] would have survived*»⁴⁵⁶. Ces témoignages feraient plus que satisfaire le critère traditionnel de la probabilité prépondérante ("more likely than not") pour la preuve de la causalité. En plus, en disant que «*[t]he law does not in the existing circumstances require the plaintiff to show to a certainty that the patient would have lived*» (voir citation n° 139), la cour semblerait uniquement rejeter des exigences de certitude démesurées en matière de preuves, mais pas nécessairement celle de la probabilité prépondérante. L'affaire *Falcon* illustre également que plusieurs interprétations du terme "substantial possibility" sont possibles, à savoir: toute chance inférieure à 50%⁴⁵⁷, toute chance d'un pourcentage oscillant entre 5% et 50%⁴⁵⁸, ou encore toute possibilité supérieure à 50%⁴⁵⁹. Une cour au moins a considéré qu'une chance de survie de 10% était "negligible" et non "substantial"⁴⁶⁰. En règle générale, l'exigence supplémentaire du caractère substantiel de la chance a pour but de décourager des demandereses qui n'ont pas de fondement réaliste pour un résultat favorable, même en l'absence d'une quelconque négligence⁴⁶¹.

4.2.4 Approchs de la caussilité atténués ("Relaxed causation approach")

142 **Principes.** - Cette solution, dite aussi approche du *Restatement (Second) of Torts* § 323(a) (1965)⁴⁶², consiste à baisser les exigences en matière de preuve de la causalité en permettant au jury de décider de la question de la causalité même si la chance que l'invalidité ou la mort ait été causée par la négligence est inférieure à 50%. Cette méthode permet en outre à la patiente de récupérer une pleine indemnité, comme si la question de la causalité était examinée selon les principes traditionnels en matière de preuve (n° 135 s.)⁴⁶³.

⁴⁵⁶ *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (4th Cir. 1966).

⁴⁵⁷ KEITH, p. 792.

⁴⁵⁸ *Mays v. United States*, 608 F.Supp. 1476, 1481 (D.C.Colo. 1985) (une réduction de 25% a été qualifiée de substantielle); *O'Brien v. Stover*, 443 F.2d 1013, 1018 s. (CA Iowa 1971) (une perte d'une chance de 30% a été considérée comme substantielle); *Jeanes v. Milner*, 428 F.2d 598, 604 (CA Ark. 1970) (une réduction de 11% a été jugée significative).

⁴⁵⁹ PERDUE, p. 47; Allen E. SHOENBERGER, *Medical Malpractice Injury: Causation and Valuation of the Loss of a Chance to Survive*, 6 *Journal of Legal Medicine* (1985) p. 56.

⁴⁶⁰ *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991). Voir aussi *Kroll v. United States*, 708 F.Supp. 117 (D.Md. 1989), appliquant le droit du Maryland, où la cour a estimé que "substantielle" signifiait plus que le minimum, mais moins que 50%.

⁴⁶¹ *Kilpatrick v. Bryant*, 868 S.W.2d 594, 600 s. (Tenn. 1993).

⁴⁶² Le *Restatement (Second) of Torts* § 323(a) (1965) a la teneur suivante: «*One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other's person or things, is subject to liability to the other for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to perform his undertaking, if (a) his failure to exercise such care increases the risk of such harm. [...]*». Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1313, définit "Restatement of Law" de la manière suivante: «*A series of volumes authored by the American Law Institute that tell what the law in a general area is, how it is changing, and what direction the authors (who are leading legal scholars in each field covered) think this change should taken.*».

⁴⁶³ MIGHT, p. 37.

- 143 *Hamil v. Bashline*⁴⁶⁴. — Cet arrêt de 1987 de la Cour suprême de Pennsylvanie est le premier à avoir appliqué cette approche pour l'indemnisation de chances perdues⁴⁶⁵ : le patient est admis aux urgences après s'être plaint de douleurs violentes dans sa poitrine. Un médecin ordonne un électrocardiogramme (ECG). L'appareil ne fonctionnant pas, l'examen ne peut pas être effectué. Le médecin ordonne au personnel d'utiliser un autre appareil et quitte l'hôpital. Comme aucune autre machine ne peut être trouvée et qu'aucun autre traitement n'est proposé au patient, son épouse le conduit chez un médecin privé. Le patient décède d'une crise cardiaque dans le cabinet du médecin, pendant un ECG. Au procès, l'expert médical de la veuve estime que le patient aurait eu une chance de 75% de survie si le médecin avait appliqué le traitement adéquat. La conclusion de l'expertise sollicitée par le défendeur suggère que la mort du patient était imminente au moment où il est arrivé aux urgences et qu'aucun traitement n'aurait pu lui sauver la vie. Malgré certains indices laissant entendre que le patient décédé avait une chance de survie supérieure à 50%, la cour constate :

*«Where there is at issue the adequacy of medical services rendered in a fact situation to which Section 323(a) applies, therefore, a prima facie case of liability is established where expert medical testimony is presented to the effect that defendant's conduct did, with a reasonable degree of medical certainty, increase the risk that the harm sustained by plaintiff would occur»*⁴⁶⁶.

- 144 **Augmentation du risque d'un dommage.** — Selon Fox, la cour a interprété le § 323(a) comme *"tacitly [...] permit[ing] the issue to go to the jury upon a less than normal threshold of proof"*⁴⁶⁷. Au lieu de se fonder sur le simple *dictum* de l'arrêt *Hicks* (n° 139)⁴⁶⁸, la cour de l'affaire *Hamil* s'est ainsi appuyée sur la base quasi-légale du § 323(a) (note 462) pour se contenter d'une causalité atténuée et pour finalement arriver au même résultat. Selon cette méthode, la lésée doit prouver que le comportement de la responsable a augmenté le risque d'un dommage pour elle (*"increased risk of harm"*)⁴⁶⁹. La Cour suprême de Pennsylvanie précise en effet qu'en *torts*, la victime allègue en général que le comportement de la responsable a causé un dommage. Le § 323(a) admettrait cependant une catégorie d'action en justice qui se fonde sur l'allégation selon laquelle le comportement de la responsable constitue une violation du devoir de protéger d'un préjudice provenant d'une autre source⁴⁷⁰. L'approche fondée sur le § 323(a) doit être distinguée de celle où la création du risque d'un dommage *futur* donne lieu à indemnisation (n° 152 ss).

4.2.5 Approche de la chance pure (*"Pure chance approach"*)

- 145 *Herskovits v. Group Health Coop*⁴⁷¹. — La méthode de la chance pure est basée sur la prémisse que toute chance de guérison ou de survie perdue peut donner lieu à compensation⁴⁷². En 1983, la Cour suprême de l'Etat de Washington, dans *Herskovits v. Group Health Coop.*, a été la première cour suprême d'un Etat à adopter la théorie de la perte

⁴⁶⁴ 392 A.2d 1280 (Pa. 1987).

⁴⁶⁵ BRUER, p. 975.

⁴⁶⁶ *Hamil v. Bashline*, 392 A.2d 1280, 1289 (Pa. 1987).

⁴⁶⁷ FOX, p. 99.

⁴⁶⁸ CARNEY, p. 344.

⁴⁶⁹ FOX, p. 100.

⁴⁷⁰ *Hamil v. Bashline*, 392 A.2d 1280, 1286 (Pa. 1987).

⁴⁷¹ 664 P.2d 474 (Wash. 1983).

⁴⁷² MANGAN, p. 304; PERDUE, p. 50 ss.

d'une chance dans un cas où une chance de survie inférieure à 50% était en jeu. La cour a suivi l'approche de la causalité atténuée de *Hamil* (n° 143 s.), mais a baissé encore plus les exigences en matière de preuve de la causalité naturelle. Alors que la chance de survie du patient était inférieure à 50% avant le comportement fautif du médecin, la cour a néanmoins jugé que la réduction de 39% à 25% de la chance de survivre à un cancer des poumons était susceptible de réparation⁴⁷³. Dans les précédents *Hicks* (n° 139) et *Hamil* (n° 143 s.), les médecins, dont le comportement était seulement une cause substantielle de la mort des patients, avaient pourtant été jugés responsables du dommage de "*wrongful death*"⁴⁷⁴ comme si leurs actes étaient la cause naturelle de la mort⁴⁷⁵. Jugeant cette solution "*unfair*", la Cour suprême de l'Etat de Washington a considéré dans *Herskovits* que le médecin devait être tenu pour responsable non pas de l'entier du dommage découlant du "*wrongful death*", mais uniquement dans la mesure où son comportement avait effectivement contribué à la survenance du dommage. La cour a jugé qu'une indemnité correspondant à la valeur d'une perte de 14% (39% - 25%) dans les chances de survie était appropriée. La majorité de la cour a relevé que le comportement du défendeur avait privé le patient d'une chance de survie significative ("*significant*"). Elle n'a pas exigé de la veuve qu'elle prouve avec une certitude absolue ou une très grande probabilité que le comportement du médecin avait causé la mort du patient ("*with absolute or probable certainty*")⁴⁷⁶. La cour a estimé que le médecin, dont le comportement fautif avait rendu impossible la réalisation des chances de guérison, ne pouvait arguer après coup que le résultat était inévitable⁴⁷⁷. Reposant sur la base quasi-légale du *Restatement (Second) of Torts* § 323(a) (1965) (note 462) et sur le fondement théorique de KING (n° 132), l'arrêt *Herskovits* constitue ainsi le véritable point de départ de la théorie de la chance pure aux Etats-Unis⁴⁷⁸.

- 146 De l'augmentation du risque d'un dommage à la perte d'une chance. — L'approche de la pure chance de survie ou de guérison représentait une idée nouvelle dans le domaine des *torts* et des dommages corporels ("*personal injuries*"), remettant en question le raisonnement et la "*fairness*" des principes traditionnels selon lesquels une chance détruite n'était pas considérée comme une perte réparable⁴⁷⁹. Depuis sa première reconnaissance par les tribunaux, cette méthode a évolué comme une manière de surmonter les difficultés de preuve pour le rapport causal⁴⁸⁰. Indemniser l'augmentation d'un risque ou la perte d'une chance baisse les exigences en matière de causalité dans le domaine de la responsabilité médicale pour empêcher un "*directed verdict*"⁴⁸¹ en faveur de

⁴⁷³ *Herskovits v. Group Health Coop.*, 664 P.2d 474, 475 (Wash. 1983).

⁴⁷⁴ Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1612, définit "*wrongful death action*" de la façon suivante: «*Type of lawsuit brought on behalf of a deceased person's beneficiaries that alleges that death was attributable to the willful or negligent act of another.*»

⁴⁷⁵ CARNEY, p. 344.

⁴⁷⁶ *Herskovits v. Group Health Coop.*, 664 P.2d 474, 476 (Wash. 1983).

⁴⁷⁷ *Herskovits v. Group Health Coop.*, 664 P.2d 474, 476 (Wash. 1983): "[...] it is not for the wrongdoer, who put the possibility of recovery beyond realization, to say afterward that the result was inevitable".

⁴⁷⁸ DEFREYN, p. 800.

⁴⁷⁹ KING, p. 1365.

⁴⁸⁰ KEITH, p. 760.

⁴⁸¹ Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1560, définit "*directed verdict*" de la manière suivante: «*Verdict ordered by the judge as a matter of law when he rules that the party with the burden of proof has failed to make out a prima facie case. The judge under these circumstances orders the jury to return a verdict for the other party.*» Le Dictionnaire Juridique Dahl (Paris 1995) ne donne

la défenderesse⁴⁸². La Cour suprême de l'Etat de Washington a donc franchi le pas menant de la responsabilité pour l'augmentation du risque d'un dommage à la responsabilité pour la diminution d'une chance de survie⁴⁸³. La confusion et la frustration qui régnaient dans la jurisprudence en matière de preuve de la causalité et de répartition du fardeau de la preuve, ainsi que des divergences dans l'interprétation du § 323 *Restatement (Second) of Torts*, ont ainsi permis de développer la méthode de la chance pure⁴⁸⁴.

147 Critères d'application. - Les conditions traditionnelles de la responsabilité médicale (n° 134) et les différentes approches des tribunaux face à l'indemnisation de chances perdues (n° 133 ss) permettent de cristalliser quatre conditions pour l'application de la théorie de la chance pure:

- l'existence d'une simple chance,
- la négligence de la doctoresse,
- la perte irrémédiable de la chance, et
- le lien de causalité entre la négligence et la chance perdue.

Il est intéressant de relever que ces conditions sont très proches de celles du droit français (n° 361 ss)⁴⁸⁵. Les réactions de la doctrine américaine par rapport à ces différentes conditions et la discussion générale sur l'opportunité de l'indemnisation d'une chance perdue seront reprises dans le cadre de l'élaboration d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 324 ss).

4.2.6 Etat actuel de la juriaprudence

148 Tendances actuelles des tribunaux. - Depuis l'affaire *Herskovits* (n° 145), la majorité des tribunaux examinant l'opportunité d'indemniser, sous une forme ou l'autre, les chances perdues ont reconnu un droit d'action fondé sur la perte d'une chance dans le domaine médical (Annexe II). Comme cette approche peut cependant revêtir différentes formes et se baser sur divers principes⁴⁸⁶, des incertitudes considérables subsistent concernant le nombre d'Etats reconnaissant un tel droit d'action⁴⁸⁷. Certaines commentatrices soutiennent même que la majorité des Etats ont rejeté la théorie de la perte d'une chance⁴⁸⁸. En 1990, REISIG indique 20 tribunaux étatiques et 5 tribunaux fédéraux (concernant le droit d'autres Etats) qui auraient adopté la théorie⁴⁸⁹. HODSON, en 1995, dresse une liste de 24 Etats ayant reconnu la théorie, de 12 l'ayant rejetée et de 4 ayant

pas de traduction de ce terme en français, mais le décrit de la manière suivante: «Jugement rendu sans intervention du jury lorsque la partie à qui incombe la charge de la preuve n'a pas rapporté cette dernière» (p. 597).

⁴⁸² *Manning v. Twin Falls Clinic & Hosp.*, 830 P.2d 1185, 1189 s. (Idaho 1992).

⁴⁸³ KEITH, p. 764.

⁴⁸⁴ BRUER, p. 979.

⁴⁸⁵ KASCHE, p. 167.

⁴⁸⁶ Des résumés des différentes formes de la théorie de la perte d'une chance adoptées par les divers Etats se trouvent dans *Kilpatrick v. Bryant*, 868 S.W.2d 594, 600 ss (Tenn. 1993), et *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 400 ss (Tex. 1993).

⁴⁸⁷ *Crosby v. United States*, 48 F.Supp.2d 924, 928 (D. Alaska 1999).

⁴⁸⁸ PERROCHET/SMITH/COLELLA, p. 615.

⁴⁸⁹ REISIG, p. 1170.

des décisions contradictoires sur la question⁴⁹⁰. MOORE, en 1996, recense 16 Etats ayant adopté la théorie sous une forme ou l'autre et 18 l'ayant rejetée⁴⁹¹. Une décision récente esquissant un tableau de la situation dans les différents Etats, observe qu'une majorité des Etats reconnaît une forme ou une autre de la théorie, précisant que 22 reconnaissent la théorie à un certain degré, que 12 rejettent son application, et que 3 restent indécis⁴⁹². L'annexe II montre les différentes approches et les diverses méthodes de calcul du dommage dans tous les Etats en juillet 2000.

4.3 Limitation au domaine médical

4.3.1 Refus constant d'extension

149 **Rejet d'extension.** – Même si des demanderesse audacieuses ont tenté de forcer les tribunaux à admettre l'applicabilité de la théorie de "loss of a chance" aussi dans d'autres domaines, les différents Etats rejettent de manière constante l'extension du champ d'application de la théorie au-delà du domaine de la responsabilité médicale. Ce qui frappe à la lecture de ces jugements c'est qu'ils ne justifient nullement cette limitation, mais la posent comme principe apodictique non sujet à caution ou à discussion. Quelques auteurs estiment que les différentes raisons, notamment de politique juridique, en faveur de l'adoption de cette théorie valent aussi dans d'autres domaines juridiques impliquant des responsabilités pour négligence⁴⁹³. Mais les juges craignent que l'introduction d'une responsabilité pour la chance perdue dans des professions où la causalité est plus facilement identifiable qu'en matière de responsabilité médicale, n'entraîne une augmentation des coûts, notamment au niveau des assurances responsabilité professionnelle⁴⁹⁴.

150 **Hardy v. Southwestern Bell Tel. Co.**⁴⁹⁵. – Cette décision de 1996, rendue par la Cour suprême de l'Oklahoma, livre un exemple récent d'une tentative d'élargissement du champ d'application de la théorie: une femme est victime d'une crise cardiaque à son domicile. Son mari essaie de contacter les urgences médicales en utilisant le système d'appels d'urgence 911 mis à disposition par *Southwestern Bell Telephone Company* (SWBT). Malgré plusieurs tentatives, l'époux est incapable de joindre les services d'urgences médicales par le 911, et il appelle l'opérateur qui, lui, demande une ambulance. La patiente décède plus tard dans la journée à l'hôpital. Le mari ouvre action contre SWBT. Il allègue que le système 911 a connu un blocage résultant de la décision de SWBT de permettre la vente par téléphone de billets pour un concert. Il soutient que SWBT a autorisé la méthode de vente incriminée le jour du décès de sa femme malgré

⁴⁹⁰ John D. HODSON, Annotation: Medical Malpractice: "Loss of Chance" Causality, 54 *A.L.R.* 4th (1995) p. 34 ss.

⁴⁹¹ Bryson B. MOORE, Note: South Carolina Rejects the Lost Chance Doctrine, 48 *South Carolina Law Review* (1996) p. 216 ss.

⁴⁹² *Crosby v. United States*, 48 F.Supp.2d 924, 928 (D. Alaska 1999). Voir aussi KASCHE (p. 143 ss, 187 ss) qui estime que neuf Etats (Colorado, Iowa, Kansas, Louisiana, Michigan, Missouri, Montana, Nevada et Ohio) ont adopté la théorie, tandis que 14 autres (Alabama, Florida, Georgia, Idaho, Californie, Maryland, Minnesota, Mississippi, New Hampshire, New Mexico, South Carolina, Tennessee, Texas et Utah) l'ont expressément refusée.

⁴⁹³ MIGIT, p. 377.

⁴⁹⁴ *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 406 (Tex. 1993); *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P.2d 589, 598 (Nev. 1991) (STEFFEN, opinion dissidente).

⁴⁹⁵ 910 P.2d 1024 (Okla. 1996).

le fait que cette entreprise a connu d'autres blocages de son système par des ventes par téléphone de billets. Selon lui, la surcharge du système téléphonique est la cause directe de la mort de sa femme. SWBT par contre prétend que le décès de l'épouse est directement causé par la crise cardiaque. La Cour suprême de l'Oklahoma décide qu'une action pour perte d'une chance de survie ne peut pas trouver application dans une procédure basée sur une *negligence* contre une défenderesse autre qu'une doctoresse ou un hôpital. Tout en louant les mérites de la théorie, et encore une fois sans vraiment motiver sa décision, la cour n'est donc pas disposée à étendre le champ d'application de la théorie.

4.3.2 Tentatives d'extension à la responsabilité des avocates

151 *Daugert v. Pappas*⁴⁹⁶. — C'est dans le domaine de la responsabilité professionnelle des avocates que l'on trouve les tentatives les plus controversées d'extension de la théorie de la perte d'une chance⁴⁹⁷. *Daugert v. Pappas* a traité pour la première fois de l'applicabilité de la théorie au domaine de la responsabilité des avocates: son recours ayant été déposé tardivement par son avocat, le demandeur ne peut pas faire réexaminer le jugement qui lui est défavorable. Le client intente alors une action en responsabilité professionnelle contre son avocat, en alléguant que la négligence du mandataire est la cause directe de la décision d'irrecevabilité. Le tribunal de première instance soumet la question de la causalité au jury. En se fondant sur la théorie de la perte d'une chance développée par la Cour suprême de l'Etat de Washington dans *Herskovits* (n° 145), le tribunal ordonne au jury d'examiner la question de savoir si la négligence de l'avocat a constitué un facteur substantiel ("*substantial factor*") dans la décision d'irrecevabilité⁴⁹⁸. Le tribunal de première instance estime qu'il existait une chance de 20% que la Cour suprême de l'Etat de Washington eût jugé recevable et bien-fondé le recours (qui n'a pas pu être examiné par la faute du mandataire) et tient l'avocat pour responsable de la perte de cette chance⁴⁹⁹. La Cour suprême de l'Etat de Washington estime que l'approche de la perte d'une chance de survie qu'elle a elle-même créée deux ans plus tôt en matière médicale, n'est pas transposable à la responsabilité des avocates parce que ces affaires ne représentent pas de vrais cas de perte d'une chance⁵⁰⁰. La cour rattache la théorie de la perte d'une chance au problème du dommage, en retenant l'approche traditionnelle de la *conditio sine qua non* ("*but-for standard*") pour la question de la causalité⁵⁰¹. Les juges font une distinction entre une cliente dénuée de moyen de recours et une patiente malade en phase terminale⁵⁰². Tout en reconnaissant que toute diminution des possibilités de guérir devrait donner lieu à une indemnité, le tribunal souligne que la cliente privée d'instances de recours ne perd pas de chances, car l'affaire pourra ultérieurement être réexaminée⁵⁰³. Si la juge de l'action en responsabilité de

⁴⁹⁶ 704 P.2d 600 (Wash. 1985).

⁴⁹⁷ Pour une présentation générale du système actuel de la responsabilité des avocates, voir LORD, Krista M. ENNS, Note: Can a California Litigant Prevail in an Action for Legal Malpractice Based on an Attorney's Oral Argument Before the United States Supreme Court?, 48 *Duke Law Journal* (1998) p. 111 ss.

⁴⁹⁸ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 603 (Wash. 1985).

⁴⁹⁹ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 602 (Wash. 1985).

⁵⁰⁰ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 605 (Wash. 1985). On appréciera encore une fois la cohérence du raisonnement qui a amené au rejet de la demande.

⁵⁰¹ LORD, p. 1488.

⁵⁰² *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 605 (Wash. 1985).

⁵⁰³ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 605 (Wash. 1985).

l'avocate décide que le recours n'aurait pas eu de succès, cette décision serait, à son tour, sujette à réexamen par une ou plusieurs instances de recours⁵⁰⁴. Cette conclusion laisse donc pour l'instant ouverte la question de savoir si la théorie de la perte d'une chance sera un jour reconnue dans le domaine de la responsabilité des avocats⁵⁰⁵. Les réactions de la doctrine américaine face au refus des tribunaux d'appliquer la théorie de la perte d'une chance à la responsabilité des avocats seront reprises dans le chapitre consacré à l'élaboration d'une théorie suisse de la perte d'une chance (n° 478 ss).

4.4 Création d'un risque durable

152 Indemnisation possible⁵⁰⁶. – Aux Etats-Unis aussi, un dommage futur ne peut donner lieu à réparation que si sa survenance est suffisamment probable⁵⁰⁷. Même si l'incertitude quant à la réalisation d'un dommage futur est prise en compte dans le cadre de son évaluation⁵⁰⁸, une indemnité n'entre en principe pas en ligne de compte si cette réalisation n'est pas "*more likely than not*". *"The threat of future harm, not yet realized, is not enough"* pour la reconnaissance d'une *cause of action* pour négligence⁵⁰⁹. KEETON/DOBBS/KEETON/DWEN relèvent cependant que la menace d'un dommage futur peut entraîner en soi un dommage actuel: *"It should be noted, however, that the danger of future harm may in itself cause present damage"*⁵¹⁰. C'est surtout dans le cadre du *tort of nuisance*⁵¹¹ s'apparentant à notre notion d'immissions excessives, qu'a été développée l'idée selon laquelle le risque d'un dommage futur peut être considéré comme un dommage actuel susceptible de réparation. Une indemnité est ainsi allouée pour le ris-

⁵⁰⁴ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 605 (Wash. 1985): *"[W]here the issue is whether the Supreme Court would have accepted review and rendered a decision more favorable to the client, there is no lost chance [...] the client's underlying claim was not reviewed by the court initially because of the attorney's negligence. However, in the subsequent malpractice action the trial judge should have decided whether the Supreme Court would have accepted review and held in favor of the client. If the trial judge found review would have been denied, the client could have sought review in the Court of Appeals and ultimately in the Supreme Court."*

⁵⁰⁵ LORD, p. 1491. Pour une voix doctrinale favorable à l'application de la perte d'une chance dans ce domaine, voir Note: Developments – Lawyers' Responsibilities, 107 *Harvard Law Review* (1994) p. 1568 ss.

⁵⁰⁶ Pour le droit américain concernant la création d'un risque durable dans le domaine des dommages à l'environnement, voir LOSER, p. 217 ss, et 3 *PJA* (1994) p. 957 ss.

⁵⁰⁷ Il s'agit ici de la doctrine de la "*certainty*". Voir *Restatement (Second) of Torts* § 912: *"One to whom another has tortiously caused harm is entitled to compensatory damages for the harm if, but only if, he establishes by proof the extent of the harm and the amount of money representing adequate compensation with as much certainty as the nature of the tort and the circumstances permit."*

⁵⁰⁸ Voir *Restatement (Second) of Torts* § 912, commentaire c ("*Damages for future harm*"), et § 924, commentaires d ("*Loss or impairment of earning capacity for the future*") et e ("*The determination of length of life*").

⁵⁰⁹ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 30 p. 165. Pour un résumé de la jurisprudence concernant les dommages futurs, voir ASHTON.

⁵¹⁰ KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 30 p. 165.

⁵¹¹ *Black's Law Dictionary*, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1560, définit "*nuisance*" de la manière suivante: *"Nuisance is that activity which arises from unreasonable, unwarranted or unlawful use by a person of his own property, working obstruction or injury to right of another, or to the public, and producing such material annoyance, inconvenience and discomfort that law will presume resulting damages."*

que occasionné par un entrepôt d'explosifs, par des matériaux inflammables, ou par un chien dangereux⁵¹².

- 153 Risque pour la santé.** - Une partie importante de la doctrine plaide également en faveur de la reconnaissance, comme dommage réparable, du risque (accru) d'un dommage futur à la santé, notamment dans le contexte des *toxic torts*⁵¹³. Créer un risque durable d'un dommage à la santé représente, selon ce courant, une violation des droits de la personnalité⁵¹⁴ qui se matérialise sous forme d'une valeur pécuniaire négative⁵¹⁵. Les auteurs et les juges soutenant cette approche estiment que le fait d'attendre pour décider de l'obligation de réparer est non seulement problématique du point de vue de la prévention⁵¹⁶, mais aussi de celui de l'incertitude quant à savoir si la victime pourra se faire dédommager de son préjudice effectif⁵¹⁷. Parmi les arguments contre la reconnaissance d'un dommage futur à la santé figurent la crainte d'une responsabilité sans limites⁵¹⁸, le caractère spéculatif de la violation qui consiste uniquement dans un risque accru d'un dommage futur à la santé⁵¹⁹, et le fait que l'indemnisation de ce risque conduise inévitablement à des sur- ou sous-compensations: les victimes chez qui ce risque ne se réalise finalement pas dans le futur, auront touché des dommages-intérêts sans qu'elles aient subi un dommage durable, et les victimes chez qui ce risque se réalise finalement, auront reçu moins que ce que la compensation du dommage définitif leur aurait permis de récupérer⁵²⁰. La jurisprudence est également partagée sur la question⁵²¹. La responsabilité du fait de la création d'un risque durable a trouvé une application incidente dans le contexte médical comme l'illustre *James v. United States*⁵²²: une tumeur aux poumons est découverte lors d'un contrôle médical pour un futur emploi, mais le patient n'est pas informé de cette découverte en raison d'une négligence de la part de la doctoresse. C'est

⁵¹² KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 87 p. 620, avec des références à la jurisprudence.

⁵¹³ William M. LANDES/Richard A. POSNER, *Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries*, 13 *Journal of Legal Studies* (1984) p. 418, 429; ROBINSON, p. 786 ss; GERECKE, p. 833; KLEIN; Diane SCHMAUDER, *An Analysis of New Jersey's Increased Risk Doctrine*, 25 *Rutgers Law Review* (1994) p. 893 ss; LEGUM; CARSON; FELDMAN; Kristen CHAPIN, *Toxic Torts, Public Health Data, and the Evolving Common Law: Compensation for Increased Risk of Future Injury*, 13 *Journal of Energy, Natural Resources & Environmental Law* (1993) p. 129 ss; ROSENBERG. Voir aussi le juge HANDLER de la Cour suprême du New Jersey dans ses opinions concurrentes dans *Scaffidi v. Seiler*, 574 A.2d 398 (N.J. 1990); *Ayers v. Township of Jackson*, 525 A.2d 287 (N.J. 1987); *Evers v. Dollinger*, 471 A.2d 405, 419 (N.J. 1984), disant que «[a]ctual increased risk of harm, even though not measurable or quantifiable, in the context of medical malpractice is sufficiently demonstrable to justify its recognition as a compensable form of injury».

⁵¹⁴ LEGUM, p. 588; FELDMAN, p. 154; HANDLER dans *Evers v. Dollinger*, 471 A.2d 405, 418 (N.J. 1984).

⁵¹⁵ ROSENBERG, p. 885 s.; HANDLER dans *Evers v. Dollinger*, 471 A.2d 405, 418 (N.J. 1984).

⁵¹⁶ LEGUM, p. 574 s.; CARSON, p. 645; ASH, p. 1099; ROSENBERG, p. 920.

⁵¹⁷ KLEIN, p. 1181 s.; LEGUM, p. 574 s.; FELDMAN, p. 153; CARSON, p. 644; BRENNWALD, p. 788; ROSENBERG, p. 919 s.

⁵¹⁸ ROSENBERG, p. 892; Kenneth S. ABRAHAM, *Environmental Liability and the Limits of Insurance*, 88 *Columbia Law Review* (1988) p. 973; *Ayers v. Jackson Township*, 525 A.2d 287, 308 (N.J. 1987).

⁵¹⁹ KLEIN, p. 1179; CUMMINGS, p. 475; *Ayers v. Jackson Township*, 525 A.2d 287, 308 (N.J. 1987); *Brafford v. Susquehanna Corp.*, 586 F.Supp. 14, 17 (United States District Court - District of Colo. 1984).

⁵²⁰ CARSON, p. 650; LEGUM, p. 579 ss; FELDMAN, p. 154.

⁵²¹ KLEIN, p. 1182 ss; MINNEMAN; Gregory G. SARNO, *Tort Liability for Nonmedical Radiological Harm*, 73 *A.L.R.* 4th 582 (1989), § 37, 39; JOHNSON, § 12 ss.

⁵²² 483 F.Supp. 581 (N.D. Cal. 1980).

seulement après l'introduction d'une action en justice deux ans plus tard que le patient reçoit un traitement médical. Au moment du procès, la tumeur a diminué de taille, le patient est à nouveau capable de travailler, et des métastases n'ont pas encore été découvertes. Les expertes sont néanmoins d'avis que le patient sera condamné dans un futur proche. Comme ce dernier risque est causé par le retard dans le traitement, le tribunal juge que le patient a été privé de la possibilité de recevoir un traitement diligent et de la chance d'augmenter son espérance de vie ainsi que son bien-être physique et psychique et qu'il doit de ce fait recevoir des dommages-intérêts pour ce dommage-là⁵²³. La Cour suprême du Connecticut a rendu un arrêt de principe en la matière dans *Patriello v. Kalman*⁵²⁴: une faute lors d'une opération crée un risque de future occlusion intestinale. En se référant à la discussion doctrinale et en rejetant explicitement l'approche du tout-ou-rien dans ce genre de cas, la cour accorde une indemnité proportionnelle à l'importance de ce risque, estimé à 8 - 16%⁵²⁵. Dans d'autres cas où certaines blessures impliquent un risque (accru) de maladies comme l'épilepsie⁵²⁶, l'arthrite⁵²⁷, la méningite⁵²⁸, ou d'autres complications⁵²⁹, ce risque a également été considéré comme un poste du dommage susceptible de réparation. Les décisions ont cependant maintenu l'exigence d'un "*tangible present injury*". En effet, le risque pour la santé en tant que tel n'est susceptible de réparation qu'en présence d'une lésion corporelle actuelle et tangible dont il est susceptible de constituer une séquelle⁵³⁰. La condition du "*tangible present injury*" est critiquée par divers auteurs⁵³¹. Ils estiment que celle-ci entraîne une distinction entre des lésions corporelles visibles et cachées, et qu'une distinction aussi arbitraire ne peut pas entraîner des conséquences juridiques aussi radicales. D'autres défendent l'exigence d'une lésion corporelle actuelle et tangible comme une protection contre des actions spéculatives⁵³².

154 Timide ouverture. - Parfois, le terme "*injury*" est compris dans un sens plus large. Tel a été par exemple le cas dans *Brafford v. Susquehanna Corporation*⁵³³. Une maison à

⁵²³ 483 F.Supp. 581, 587 (N.D.Cal. 1980). AKKERMANS (p. 155, note 221) remarque que le tribunal a formulé le dommage subi en termes de chance perdue ("*loss of the opportunity*") au lieu de parler de la création d'un risque pour la santé, car le dommage définitif, à savoir le décès à la suite d'une tumeur aux poumons, ne s'était toujours pas réalisé.

⁵²⁴ 576 A.2d 474 (Conn. 1990).

⁵²⁵ La doctrine a considéré cette décision comme une percée à cause de la manière non équivoque dont elle a tranché en faveur du caractère réparable de la création d'un risque durable (Kristen CHAPIN, *Toxic Torts, Public Health Data, and the Evolving Common Law: Compensation for Increased Risk of Future Injury*, 13 *Journal of Energy, Natural Resources & Environmental Law* [1993], p. 143).

⁵²⁶ *Schweigel v. Goldberg*, 228 A.2d 405 (Pa. Superior Court 1967); *McCall v. United States*, 206 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1962); *Lindsay v. Appleby*, 414 N.E.2d 885 (Ill. Appellate Court 1980); MINNEMAN, § 54.

⁵²⁷ *Starlings v. Ski Roundtop Corp.*, 493 F.Supp. 507 (D.C.Pa. 1980); MINNEMAN, § 56.

⁵²⁸ *Feist v. Sears, Roebuck & Co.*, 517 P.2d 675 (Or. 1973) (fracture de la base du crâne); *Davis v. Graviss*, 672 S.W.2d 928 (Ky. 1984) (fracture de la base du crâne, risque de méningite et d'autres complications par la fuite de liquide du crâne); MINNEMAN, § 49 ss.

⁵²⁹ *Martin v. City of New Orleans*, 678 F.2d 1321 (5th Cir. 1982) (balle d'un revolver qui ne peut pas être excisée dans la nuque; risque limité de complications futures comme des inflammations, des court-circuitage d'artères et de veines, des douleurs et des paralysies); MINNEMAN, § 49 ss.

⁵³⁰ CARSON (p. 639 s.), qui parle de "*extent of the injury doctrine*".

⁵³¹ LEGUM, p. 588; CARSON, p. 643.

⁵³² ASHTON (p. 1119), qui propose que la juge condamne dans ce genre de cas la responsable à payer les primes d'assurance de la victime couvrant le risque de séquelles futures; CUMMINGS, p. 475.

⁵³³ 586 F.Supp. 14 (D.Co. 1984).

proximité d'une mine d'uranium a été construite sur un dépôt de déchets radioactifs. La famille qui l'a habitée pendant 13 ans, a notamment obtenu des dommages-intérêts pour un dommage génétique et chromosomique ("genetic and chromosomal damage") et pour le risque de développer un cancer et d'autres séquelles suite à l'exposition à des radiations. Selon la *Colorado District Court*, l'indemnisation du risque de développement d'un cancer était subordonnée à la condition que le risque découle d'un "present physical injury", mais cette exigence était déjà satisfaite par la preuve d'un dommage génétique.

- 155 "Emotional distress". - La majorité de la jurisprudence est cependant considérablement plus réticente, et refuse une indemnité pour le risque d'un dommage futur à la santé si la réalisation du risque n'est pas "more probable than not"⁵³⁴. Une solution qui peut parfois consoler les victimes consiste à leur octroyer une indemnité pour dommage immatériel ("emotional distress") et pour les futurs frais d'examens médicaux périodiques. *Ayers v. Township of Jackson*⁵³⁵ est un *leading case* en la matière⁵³⁶: l'exploitation illécite par la commune d'une décharge entraîne la pollution de la nappe phréatique située sous le dépôt d'ordures. La pollution se propage ensuite dans les puits d'eau potable des alentours. Plusieurs centaines de voisins demandent alors des dommages-intérêts à la commune, notamment pour le risque (accru) de développer un cancer, des maladies du foie et des reins, du fait du suivi médical qui était nécessaire en rapport avec ce risque, pour *emotional distress*, et pour les désagréments liés au fait que l'eau potable a dû être amenée pendant près de deux ans dans des containers. Les expertes sont d'avis que le risque pour la santé est sérieux, mais les voisins ne sont pas en mesure de chiffrer plus précisément l'étendue du dommage. Les demandes pour *emotional distress* sont rejetées, mais uniquement à cause de l'application d'une loi limitant la responsabilité des collectivités publiques (*New Jersey Tort Claims Act*). Une indemnité de US\$ 5,4 millions est par contre allouée pour les désagréments occasionnés par l'absence d'eau courante. Les dispositions du *Tort Claims Act* sont aussi déterminantes dans le rejet des demandes déduites du risque aggravé pour la santé⁵³⁷. Pour les frais liés aux examens médicaux périodiques, une indemnité de US\$ 8,2 millions est accordée. Ces dernières années, des dommages-intérêts ont cependant souvent été octroyés pour *emotional distress* lié au risque d'un dommage à la santé⁵³⁸. Un exemple parmi d'autres est *Herber v. Johns-Manville Corporation*⁵³⁹, où un ouvrier a engagé une procédure contre une série de fabricants et fournisseurs de produits contenant de l'amiante. Le demandeur portait des cicatrices sur les tissus des membranes pulmonaires (ici appelées "pleural thickening"), comparables à celles des victimes dans les affaires anglaises *Church*, *Sykes* et

⁵³⁴ MINNEMAN, § 43 ss.

⁵³⁵ 525 A.2d 287 (N.J. 1987). Pour une analyse générale de la théorie du *increased risk* du New Jersey, voir Diane SCHMAUDER, *An Analysis of New Jersey's Increased Risk Doctrine*, 25 *Rutgers Law Review* (1994) p. 893 ss. Cette affaire a d'ailleurs inspiré le film "Erin Brokovich" (USA 2000) de Steven SODERBERGH, avec Julia ROBERTS.

⁵³⁶ George W.C. MCCARTER, *Medical Sue-Veillance: A History and Critique of the Medical Monitoring Remedy in Toxic Tort Litigation*, 45 *Rutgers Law Review* (1993) p. 227 ss.

⁵³⁷ Voir aussi la *separate opinion* de HANDLER qui estimait que ce poste du dommage devait également être indemnisé (525 A.2d 287, 316 ss (N.J. 1987)).

⁵³⁸ Gregory G. SARNO, *Tort Liability for Nonmedical Radiological Harm*, 73 *A.L.R.* 4th 582 (1989), § 37; MINNEMAN, § 3-41; JOHNSON, § 12. Critique par rapport à cette évolution, Terry Morehead DWORKIN, *Fear of Disease and Delayed Manifestation of Injuries: A Solution or a Pandora's Box?*, 53 *Fordham Law Review* (1984) p. 527 ss.

⁵³⁹ 785 F.2d 79 (3rd Cir. 1986).

Patterson (n° 185). L'action en dommages-intérêts pour le risque de développer un cancer a été rejetée, mais une indemnité a été accordée pour *emotional distress* lié à ce risque, ainsi que pour les frais des examens médicaux périodiques⁵⁴⁰.

4.5 Résumé et conclusion

- 156 **Tendance favorable en matière médicale.** — Le droit américain adopte quatre approches différentes face à la question de l'indemnisation de chances perdues. Une quinzaine d'Etats maintient l'approche traditionnelle du tout-ou-rien ("*All-or-nothing approach*") où la victime doit démontrer avec une probabilité supérieure à 50% ("*more likely than not*") que son infirmité permanente ou son décès est dû à la négligence de la doctoresse. Une autre minorité d'Etats reconnaît la méthode de la chance substantielle ("*Substantial chance approach*") où la lésée doit établir que la responsable l'a privée d'une chance substantielle de survie ou de guérison. Une troisième méthode appelée celle de la causalité atténuée ("*Relaxed causation approach*") consiste à baisser les exigences en matière de preuve de la causalité naturelle en permettant au jury de décider de la question de la causalité même si la chance que l'invalidité ou la mort ait été causée par la négligence est inférieure à 50%. Une majorité croissante des Etats adopte l'approche de la chance pure ("*Pure chance approach*") qui est basée sur la prémisse que toute chance de guérison ou de survie perdue, aussi petite soit-elle, peut donner lieu à compensation. Les tribunaux américains refusent cependant de manière constante à appliquer la théorie de "*loss of a chance*" à d'autres domaines que celui de la responsabilité médicale. La création d'un risque durable d'un dommage futur à la santé n'est en général réparée qu'en présence d'une lésion corporelle actuelle et tangible dont le dommage futur est susceptible de constituer une séquelle.

⁵⁴⁰ Pour un aperçu de décisions concernant le risque de cancer dû à l'exposition à l'amiante, voir MINNEMAN, § 91.

5 Autres systèmes juridiques

157 **Plan.** – Ce chapitre présente, de manière sommaire, l'attitude de quelques autres systèmes juridiques face à l'indemnisation de chances perdues ou d'autres formes de réparation proportionnelle en fonction du degré de vraisemblance de la causalité. Après une introduction consacrée aux tendances générales de droit comparé (5.1), cette partie de la thèse exposera les solutions adoptées par les droits allemand (5.2; avec quelques mots sur la situation en droit autrichien), anglais (5.3), belge (5.4), néerlandais (5.5) et canadien (5.6; notamment québécois).

5.1 Introduction

158 **Tendances générales.** – Les divers systèmes juridiques ont adopté des positions très différentes, allant du rejet pur et simple à une application très large de la théorie de la perte d'une chance⁵⁴¹. Le droit allemand refuse d'indemniser la chance perdue, tandis qu'en Belgique (comme en France, n° 50 ss), la théorie est appliquée dans un nombre presque illimité de domaines. Les pays de la *common law* se trouvent dans une position intermédiaire. AKKERMANS et STOLL soupçonnent que cette diversité est due au degré de liberté dont dispose la juge lors de l'estimation du dommage⁵⁴². En effet, en France, les juges jouissent d'un pouvoir souverain pour évaluer le dommage, tandis qu'en Allemagne, elles sont, de par la loi, liées à un calcul précis des divers postes du dommage. Le degré de liberté des juges de la *common law* se trouve à mi-chemin entre les deux extrêmes. Ainsi, plus la juge est libre dans l'estimation du dommage, plus le champ d'application de la théorie de la perte d'une chance est vaste et diversifié. La notion même du dommage est un autre élément ayant une influence directe sur le champ d'application de la perte d'une chance. Le système de responsabilité civile allemand part d'un catalogue limité de biens juridiques protégés dont la lésion est susceptible de réparation (*"Enumerationsprinzip"*)⁵⁴³, tandis que le droit français⁵⁴⁴, comme d'ailleurs les droits suisse (art. 41 CO), italien⁵⁴⁵ et autrichien⁵⁴⁶, est fondé sur des normes générales de responsabilité civile selon lesquelles le fait de causer fautivement un dommage donne

⁵⁴¹ Voir les réponses dans les différents systèmes juridiques au cas n° 16 dans J. Spier (éd.), *Unification of Tort Law: Causation* (The Hague/London/Boston 2000). Pour le droit israélien qui ne sera pas traité dans cette étude, voir Israel GILEAD, *Causation, Risk and Evidential Loss in Israeli Tort Law*, in: H. Hausmaninger/H. Koziol/A. M. Rabello/I. Gilead (éd.), *Developments in Austrian and Israeli Private Law* (Wien/New York 1999), p. 191 ss.

⁵⁴² AKKERMANS, p. 125; STOLL (1995), p. 475; STOLL (1972), p. 18 ss.

⁵⁴³ Le § 823 I BGB a en effet la teneur suivante: «*Schadensersatzpflicht. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*».

⁵⁴⁴ Articles 1382 ss CCF (note 327).

⁵⁴⁵ L'article 2043 du Code civil italien a la teneur suivante: «*Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*».

⁵⁴⁶ Le § 1295 ABGB prévoit: «*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welcher dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein*».

toujours droit à réparation⁵⁴⁷. Même s'il est difficile de dégager une tendance globale au niveau international, il semble que la théorie est de plus en plus admise⁵⁴⁸. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international la prévoient également (n° 242 s.).

- 159 Evolution constante.** - Dans la plupart des systèmes examinés, la théorie de la perte d'une chance se trouve en évolution permanente. Les tribunaux rendent souvent des décisions difficilement conciliables entre elles et les courants doctrinaux s'affrontent toujours. Cela se manifeste particulièrement dans le domaine de la responsabilité médicale où la perte d'une chance de guérison ou de survie est parfois indemnisée. Malgré cette évolution peu homogène, plusieurs auteurs estiment que l'indemnisation de la perte de chances de guérison et de survie est reconnue dans un nombre croissant de juridictions⁵⁴⁹. La présente analyse des différents systèmes juridiques ne peut prétendre être plus qu'une présentation de la situation récente, susceptible d'évoluer considérablement⁵⁵⁰.
- 160 Systématique.** - Dans chaque système juridique, les quatre mêmes problématiques seront examinées :
- Il s'agira d'abord de présenter le champ d'application que la jurisprudence a défini pour la théorie de la perte d'une chance et d'esquisser les différentes prises de position de la doctrine. Cette analyse permettra de vérifier si l'application de la théorie constitue la règle ou l'exception. Les conditions d'application de la théorie mériteront une attention particulière. Il s'agira dans ce contexte notamment d'élucider les rapports entre cette approche et l'exigence traditionnelle d'un lien de causalité certain.
 - Ensuite, il s'agira de répondre à la question de savoir si et dans quelle mesure la création d'un risque durable est considérée comme un préjudice réparable.
 - Puis, il conviendra d'analyser l'attitude de la jurisprudence et de la doctrine face à l'indemnisation des chances perdues dans le domaine médical, à savoir les chances de guérison et de survie.
 - Il conviendra finalement d'élucider la question de savoir à partir de quel seuil minimal de probabilité de réalisation une chance perdue doit être réparée. A l'inverse, il faudra examiner jusqu'à quel seuil maximal de probabilité de réalisation une chance perdue doit être indemnisée en tant que telle. En d'autres termes, il s'agira de savoir en-dessous de quelle limite une réparation ne se justifie plus parce que le lien de causalité devient trop improbable. A l'inverse, il conviendra d'analyser au-dessus de quelle limite la causalité naturelle doit être admise avec le dommage final.

⁵⁴⁷ KASCHE, p. 9; STOLL (1995), p. 475.

⁵⁴⁸ AKKERMANS, p. 125; STOLL (1972), n° 34, 141.

⁵⁴⁹ GIESEN, n° 406; VON BAR, § 4 n° 444; VANSWEEVELT, n° 501 ss.

⁵⁵⁰ Pour une discussion de droit comparé intéressante de la théorie de la perte de chance du point de vue du droit suisse, voir O. Guilloid (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 101 ss, avec les rapports introductifs de STARK pour le droit suisse, de WEIR pour la Grande Bretagne et les Etats-Unis, de CHABAS pour la France, et une reproduction en détail des débats qui ont suivi.

5.2 Droit allemand

5.2.1 Introduction

161 Absence de réparation proportionnelle. – Le droit allemand ne connaît pas la figure de la perte d'une chance en tant que telle⁵⁵¹. La jurisprudence rejette de façon constante toute forme de réparation proportionnelle en fonction de la vraisemblance de la causalité⁵⁵². Une forme proche trouve application tout au plus dans le contexte de l'indemnisation du gain manqué ("*entgangener Gewinn*")⁵⁵³. En dehors de ce cas spécifique, la jurisprudence, dans le but d'améliorer la situation procédurale des victimes, met parfois à leur disposition différentes facilités en matière de preuve. Mais la réparation demeure malgré tout dominée par le principe du tout-ou-rien. La théorie de la perte d'une chance a reçu peu d'attention dans la doctrine, même si, depuis de nombreuses années, certains auteurs réclament sa reconnaissance, notamment pour le domaine de la responsabilité médicale. La création d'un risque durable peut par contre donner lieu à réparation à certaines conditions.

5.2.2 Jurisprudence et doctrine

162 Pauvreté et réticence de la jurisprudence. – Il est difficile de parler d'une jurisprudence constante car rares sont les arrêts dans lesquels les tribunaux ont explicitement abordé le problème de l'indemnisation d'une chance perdue⁵⁵⁴. Le *Bundesgerichtshof* a considéré que la faute ne suffisait pas, en soi, à déclencher la responsabilité, de sorte que la simple perte d'une chance d'atteindre un résultat plus favorable ne pouvait entraîner la réparation d'un pourcentage du préjudice. Selon la Cour suprême, le droit de la responsabilité civile tend à protéger certains biens juridiques et ne prévoit la sanction de la réparation que pour le cas où ceux-ci sont lésés. La question du rapport de causalité entre le comportement dommageable et la violation du bien juridique protégé ("*Rechtsgutverletzung*") est qualifiée de causalité dite "*haftungsbegründend*" et s'examine selon les règles strictes prévues par le § 286 ZPO⁵⁵⁵. Le rapport de causalité entre la violation du

⁵⁵¹ VANSWEEVELT, n° 455.

⁵⁵² VANSWEEVELT, n° 455; MÜLLER-STOY, p. 114.

⁵⁵³ AKKERMANS, p. 161.

⁵⁵⁴ AKKERMANS, p. 162; MÜLLER-STOY, p. 114. Deux arrêts anciens peuvent néanmoins être cités dans lesquels le *Reichsgericht* et le *Bundesgerichtshof* devaient se prononcer sur des états de faits où une chance avait été perdue: RG 9 juin 1936, 3 JW (1937) p. 2466, où les conséquences de l'impossibilité d'établir un lien de causalité ont tout simplement été mises à la charge de la partie demanderesse: «*Schadensersatz wegen schuldhafter Beeinträchtigung einer nur tatsächlichen Erwerbsaussicht (Chance). Lässt sich bei nachträglicher Beurteilung einer nicht zur Wirklichkeit gewordenen Lage in pflichtgemässer Abwägung und vorsichtiger Ermessensausübung keine Feststellung treffen, so geht solche Unmöglichkeit, mangels ausreichender Anhaltspunkte das Ergebnis zu erkennen, zum Nachteil des für die tatsächlichen Grundlagen seines Ersatzanspruches beweispflichtigen Klägers*». Pour un arrêt semblable, voir BGH 12 juillet 1962, 41 DRiZ (1963) p. 25.

⁵⁵⁵ Cette disposition a la teneur suivante: «*[Freie Beweiswürdigung] (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden*».

bien juridique protégé et le dommage appartient par contre à la causalité dite "*haftungsausfüllend*", qui se détermine selon les règles de la preuve facilitée du § 287 ZPO⁵⁵⁶. Selon cette disposition, une probabilité prépondérante, fondée sur des bases solides, suffit pour convaincre la juge⁵⁵⁷. Le fardeau de l'allégation ("*Darlegungslast*") s'allège dans la même mesure car il suffit que la demanderesse fournisse des éléments de fait suffisamment concrets pour une appréciation selon le § 287 ZPO⁵⁵⁸. Mais cette dernière disposition ne représente pas une norme indépendante pour la question de savoir qui est responsable de quel dommage, et ne peut ainsi fonder une responsabilité basée sur l'équité⁵⁵⁹. Une fois que la juge allemande est convaincue de l'existence du lien de causalité – même uniquement selon le § 287 ZPO – elle doit donc suivre l'approche du tout-ou-rien pour la réparation du dommage⁵⁶⁰. Dans deux cas anciens, la jurisprudence a pourtant procédé à un partage de la responsabilité entre les parties en fonction du degré de vraisemblance de la causalité⁵⁶¹. Ces solutions ponctuelles ne permettent pourtant pas de déduire une volonté d'ouverture de la part des tribunaux allemands à l'égard de la théorie de la perte d'une chance.

- 163 Cas de refus typique.** - Dans un arrêt basé sur des faits proches de ceux de l'affaire anglaise *Chaplin v. Hicks* (n° 179), le *Bundesgerichtshof* a explicitement refusé d'indemniser la perte de la chance de gagner un concours⁵⁶²: une commune lance un concours pour la création d'un établissement thermal avec hôtel. Une série de prix est promise et la gagnante doit en plus recevoir le mandat de réaliser son propre projet. Un architecte soumet un projet, à côté de 42 autres participantes. Le jury considère à tort que le projet en question a été soumis après le délai prévu dans les conditions générales du concours et l'élimine ainsi irrégulièrement de la compétition. L'architecte ouvre action contre la commune en paiement de dommages-intérêts d'environ DM 110 000 pour la confection d'une maquette. Le *Landesgericht* puis l'*Oberlandesgericht* jugent que l'architecte non retenu a droit à une indemnité correspondant à la valeur que la participation au concours représentait pour lui. Cette valeur consisterait en la chance pour les participantes de gagner un prix, d'obtenir le mandat et d'améliorer leur renom professionnel auprès du public. L'*Oberlandesgericht* estime cet intérêt à deux tiers des dépenses encourues par le candidat. Cette décision ne résistera pas à l'examen du *Bundesgerichtshof*. Selon la Cour suprême, il n'est pas établi avec suffisamment de probabilité que l'architecte pouvait s'attendre à l'obtention d'un prix ou à l'octroi d'un mandat. Conformément au § 252 BGB, le demandeur aurait eu seulement droit à des dommages-intérêts s'il avait gagné un prix "*mit Wahrscheinlichkeit*"⁵⁶³. L'affaire est renvoyée pour

⁵⁵⁶ BGH 3 décembre 1999, 53 NJW (2000) p. 509 s.; LAUFS *e.a.*, § 97 n° 15. Le § 287, phrase 1 ZPO a la teneur suivante: «*Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung*». Pour la distinction entre les deux formes de causalité, voir REY, n° 522a; ROBERTO, p. 121 ss; DEUTSCH (1996), n° 125 ss.

⁵⁵⁷ BGH 3 décembre 1999, 53 NJW (2000) p. 509.

⁵⁵⁸ BGH 3 décembre 1999, 53 NJW (2000) p. 509.

⁵⁵⁹ GOTTWALD, p. 118.

⁵⁶⁰ Herbert KLEINWEFERS/Walter WILTS, *Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler*, 18 *VersR* (1967) p. 622 s. Pour un exemple dans le domaine de la responsabilité de l'avocate, voir BGH 27 janvier 2000, 53 NJW (2000) p. 1572 ss.

⁵⁶¹ BGH 16 mars 1959, 29 BGHZ (1959) p. 393; OLG Celle 13 juillet 1950, 3 NJW (1950) p. 951.

⁵⁶² BGH 23 septembre 1982, 36 NJW (1983) p. 442. Pour une critique de cette décision, voir STOLL (1993), p. 42.

⁵⁶³ Pour la teneur du § 252 BGB, n° 164.

complément d'instruction, le tribunal désigné devant examiner quel aurait été le résultat du concours si l'architecte n'avait pas été empêché, de manière irrégulière, de participer. Le *Bundesgerichtshof* précise que ce jugement ne revient pas à une véritable reprise du concours, car la qualité du travail du demandeur peut être évaluée par rapport aux autres projets par une expertise à l'aide de critères objectifs. Il ne s'agirait pas, comme par exemple pour un concours de chant ou d'instrument, d'une évaluation qui ne pourrait plus se faire dans les mêmes conditions⁵⁶⁴.

- 164 **Première raison pour la réticence: § 252 BGB.** – Différents auteurs expliquent la réticence de la jurisprudence par l'existence du § 252 BGB⁵⁶⁵ qui donne la définition suivante du gain manqué (*lucrum cessans*) indemnisable:

«Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnten» (mise en évidence ajoutée).

Conformément à cette disposition, le gain manqué⁵⁶⁶ ne donne droit à réparation que si sa réalisation est prouvée avec vraisemblance (*“mit Wahrscheinlichkeit”*)⁵⁶⁷. La perte de simples chances d'un gain futur (*“Gewinnchancen”*) ne peut donner lieu à des dommages-intérêts que si celles-ci représentent déjà, selon le marché, une valeur patrimoniale⁵⁶⁸. C'est notamment le degré de concrétisation et d'individualisation des chances futures qui aura une influence décisive dans chaque cas d'espèce⁵⁶⁹. En règle générale cependant, une chance perdue ne remplira que très rarement la condition de la valeur patrimoniale⁵⁷⁰. L'arrêt suivant illustre parfaitement les réticences de la jurisprudence

⁵⁶⁴ BGH 23 septembre 1982, 36 NJW (1983) p. 444.

⁵⁶⁵ FLEISCHER, p. 768 ss; MÜLLER-STOY, p. 136 et les références citées. La doctrine est depuis toujours partagée quant à la signification de la deuxième phrase de cette disposition. Une minorité y voit une limitation de droit matériel de l'indemnisation. Une majorité la considère, en accord avec la jurisprudence constante de la Cour suprême, comme un allègement du fardeau de la preuve en faveur de la victime. Cette dernière aurait ainsi la possibilité de réclamer réparation aussi pour des gains extraordinaires jusqu'à la limite de la causalité adéquate, pour autant qu'elle réussit à prouver concrètement qu'ils auraient été réalisés sans le fait dommageable (LANGE, p. 340 s., avec des références). Pour d'autres explications des difficultés des juges allemands à reconnaître la perte d'une chance comme un dommage indemnisable, n° 166.

⁵⁶⁶ Dans ce contexte, on entend par *“entgangener Gewinn”* l'ensemble des revenus futurs, c'est-à-dire pas seulement des “gains”, mais aussi les revenus qui ne peuvent plus être réalisés à cause de l'infirmité de la demanderesse. En font partie tous les avantages patrimoniaux (*“Vermögensvorteile”*) sur lesquels la victime ne pouvait pas encore compter au moment où le dommage est subi, mais qui se seraient réalisés sans l'acte dommageable selon une approche historique de l'évolution du dommage. Voir Soergel-MERTENS § 252 n° 6; Frank HALFPAP, *Der entgangene Gewinn: Dogmatik und Anwendung des § 252 BGB*, thèse (Frankfurt am Main 1999).

⁵⁶⁷ MÜLLER-STOY, p. 137.

⁵⁶⁸ RGRK-STEFFEN, § 823 n° 441; LANGE, p. 59 s. D'un avis contraire sont HANAU (p. 131) et STOLL ([1968], p. 40). Selon KOZIOL ([2001], p. 899 et [1999], p. 98), cette condition poserait moins de problème en droit autrichien, car celui-ci connaît une estimation objective et abstraite du dommage positif au moment du fait dommageable (§ 1332 ABGB).

⁵⁶⁹ RGRK-STEFFEN, § 823 n° 441; MÜLLER, p. 112; STOLL (1968), p. 41 s.

⁵⁷⁰ AKKERMANS, p. 162. Voir cependant BGH 2 mars 1988, 41 NJW (1988) p. 2234: si une partie ayant un droit d'action en dommages-intérêts contre sa cocontractante pour une violation d'un devoir d'information, aurait conclu un contrat avec une tierce personne en l'absence de cette violation contractuelle, elle peut réclamer de sa cocontractante ce qu'elle aurait gagné par ce contrat.

face à l'indemnisation de gains incertains⁵⁷¹: à l'issue d'une course qu'il a remportée, un cheval est disqualifié, des traces de substances dopantes ayant été décelées dans son sang. Le vétérinaire qui a traité le cheval est mis en cause. Même si le cheval est disqualifié non seulement pour la course en question, mais pour toutes les courses de l'année, l'*Oberlandesgericht* tient seulement compte pour le calcul des dommages-intérêts de la perte de cette course et du gain attendu y relatif, mais non de la perte de toutes les autres courses:

«Auch wenn das Pferd aufgrund seiner damaligen Verfassung chancenreich in die nachfolgenden Rennen ging, können ein Sieg im "F.-Ausgleich" in B. und eine Platzierung im "R. Stutenpreis" wegen der Unabwägbarkeit, die den Ablauf eines Pferderennens bestimmen, nicht hinreichend sicher angenommen werden. Die bloße Chance eines Sieges oder einer guten Platzierung, die nach der damaligen Verfassung des Pferdes bestanden haben mag, genügt nicht»⁵⁷² (mises en évidence ajoutées).

L'arrêt suivant du même tribunal concernant également un cheval disqualifié pour dopage est encore plus clair dans ses motifs. L'*Oberlandesgericht* Düsseldorf estime dans cette décision que la prime d'éleveuse perdue ne peut pas être considérée comme gain manqué au sens des § 252 phrase 2 BGB et § 287 ZPO. Une victoire du cheval disqualifié à la course en question serait purement spéculative, même si le cheval était considéré par la presse spécialisée et les expertes comme soi-disant favori. Des "chutes de favoris" seraient fréquentes dans le sport en général et dans l'hippisme en particulier et les attentes de la presse spécialisée seraient régulièrement déçues. Cette imprévisibilité fondamentale de l'issue d'une course de chevaux constituerait finalement le fondement du pari. Un gain lors d'une course déterminée ne serait donc par principe pas vraisemblable ("*wahrscheinlich*") au sens du § 252 phrase 2 BGB. Le tribunal s' imagine néanmoins le cas suivant qui pourrait selon lui être jugé différemment: un cheval a gagné (presque) toutes les courses avant et après l'élimination pour dopage et seuls des chevaux clairement plus faibles ont pris part à la course à laquelle le cheval a été disqualifié. Les juges admettent cependant elles-mêmes qu'une telle situation ne se présente quasiment jamais, car la différence de qualité des chevaux participants serait alors tellement importante qu'elle enlèverait tout intérêt à la compétition⁵⁷³.

- 165 "*Alles-oder-Nichts-Prinzip*" (principe du tout-ou-rien). — Comme le droit allemand ne connaît pas la réparation proportionnelle en fonction de la vraisemblance de la causalité, la juge n'a pas la possibilité de moduler l'indemnité en fonction de cette probabilité⁵⁷⁴. Même dans le cadre de l'indemnisation du gain manqué selon le § 252 BGB, la juge est contrainte d'arriver à une solution radicale: soit le gain manqué est indemnisé intégralement, soit toute réparation à ce titre est refusée à cause de l'in vraisemblance du gain,

⁵⁷¹ OLG Düsseldorf 5 décembre 1985, 38 VersR (1987) p. 691 s.

⁵⁷² OLG Düsseldorf 5 décembre 1985, 38 VersR (1987) p. 691 s.

⁵⁷³ OLG Düsseldorf 12 juillet 1985, 1 NJW-Rechtsprechungs-Report (1986) p. 517. Voir aussi le cas du footballeur professionnel qui ne peut pas obtenir réparation pour la perte de la simple possibilité de conclure un contrat: BGH 11 mai 1993, 46 NJW (1993) p. 2383.

⁵⁷⁴ RGRK-STEFFEN, § 823 n° 531; AKKERMANS, p. 161; MAASSEN, p. 165 ss; HANAU, p. 131; Gerhard KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, in: *Das Unternehmen in der Rechtsordnung - Festgabe für Heinrich Kronstein* aus Anlass seines 70. Geburtstags am 12. September 1967 (Karlsruhe 1967), p. 338; GOTTWALD, p. 118 s. Pour la responsabilité médicale, voir DEUTSCH/MATTHIES, p. 27 s.

et ceci même si une chance réelle de réaliser un gain existait et a été détruite par la responsable⁵⁷⁵.

- 166 **Deuxième raison pour la réticence: catalogue des biens juridiques protégés.** - STOLL considère que l'indemnisation de chances perdues de guérison ne serait pas compatible avec les bases dogmatiques du droit allemand de la responsabilité civile extra-contractuelle, car ce système se fonde sur des cas particuliers de responsabilité ("Einzeltafeln") ou sur la protection de certains biens juridiques ("Rechtsgüter")⁵⁷⁶. En effet, contrairement au droit français (n° 158), le système de la responsabilité civile allemande part d'un catalogue exhaustif de biens juridiques protégés⁵⁷⁷. L'indemnisation de chances perdues présupposerait donc que la chance soit reconnue comme bien juridique protégé de manière indépendante⁵⁷⁸. Selon STOLL, cette contrainte dogmatique a pour conséquence que le droit allemand cherche le fondement d'une solution proportionnelle plutôt dans une sorte de compensation des avantages⁵⁷⁹. STOLL n'est cependant pas très catégorique sur cette question, car il estime en même temps que la perte d'une chance représente - en soi et indépendamment de la preuve d'une diminution concrète du patrimoine - un désavantage économique qui doit être indemnisé en tous les cas quand la chance perdue est, en tant que telle, juridiquement protégée. Il considère que le dommage résidant dans la perte d'une chance est dans ce cas "juridiquement atypique" ce dont il faudrait tenir compte au niveau de la responsabilité civile⁵⁸⁰.

- 167 **Tentatives infructueuses dans la doctrine.** - La doctrine s'exprimant au sujet de l'indemnisation d'une chance perdue est tout aussi rare que la jurisprudence. Pour les cas où le rapport causal entre un comportement fautif et un dommage ne peut pas être prouvé suivant les règles ordinaires, certains auteurs ont, très tôt déjà, proposé que les tribunaux répartissent le dommage entre la responsable et la victime en fonction du degré de vraisemblance de la causalité⁵⁸¹. Cette proposition n'a cependant pas réussi à s'imposer et la doctrine majoritaire l'a presque unanimement rejetée⁵⁸². La proposition plus prudente d'introduire de *lege ferenda* un partage de la responsabilité en fonction de la vraisemblance⁵⁸³ n'a pas non plus trouvé le soutien d'une majorité dans la doctrine⁵⁸⁴.

⁵⁷⁵ STOLL (1968), p. 41.

⁵⁷⁶ STOLL (1995), p. 475. Selon cet auteur, la même chose vaudrait pour le droit anglais.

⁵⁷⁷ STOLL (1995), p. 475.

⁵⁷⁸ STOLL (1995), p. 475. Pour le manque de pertinence de ce raisonnement, n° 354 ss.

⁵⁷⁹ STOLL (1995), p. 477 s.

⁵⁸⁰ STOLL (1993), p. 41.

⁵⁸¹ Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* (Marburg an der Lahn 1941), p. 73 ss; Albert EHRENZWEIG, Die "freie Überzeugung" des Richters, *JW* 1929 p. 88; Hans STOLL, "The Wagon Mound" - Eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im englischen Recht, in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Döle, t. I (Tübingen 1963), p. 398 s.; STOLL (1968), p. 43; BYDLINSKI, p. 78 ss; Hans Jürgen KAHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht* (Hamburg 1969), p. 22 ss, 65, 67 ss, 71, 74, 179.

⁵⁸² Rolf Dietrich GAUPP, *Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse*, thèse (Tübingen 1969), p. 78 s.; HANAU, p. 131 s.; Herbert KLEINWEFERS/Walter WILTS, Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, 18 *VersR* (1967) p. 623. Voir aussi Hanns PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (München 1983), p. 139 s.

⁵⁸³ Eduard BÖTTCHER, *Gleichheit vor dem Richter* (Hamburg 1954), p. 18; Gerhard KEGEL, *Der individualisierende Beweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung - Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstags am 12. September 1967 (Karlsruhe 1967), p. 337 s.: «Wer "volle richterliche Überzeugung" (= sehr hohe Wahrscheinlichkeit) für den Beweis fordert, verlangt von dem, der recht hat, viel; er

En 1937 déjà, MÖLLER s'exprime contre l'indemnisation d'une chance perdue en opérant une distinction par rapport à la perte d'une expectative ("Anwartschaft") qui, elle, devrait être réparée: tandis que l'expectative constituerait un élément patrimonial actuellement existant ("einen gegenwärtig vorhandenen Vermögensbestandteil")⁵⁸⁵, la chance représenterait seulement la possibilité d'une évolution favorable de la situation actuelle ("die Möglichkeit einer günstigen Veränderung des status quo")⁵⁸⁶. Cela signifierait même que l'on ne se trouverait pas en présence d'un préjudice juridiquement pertinent⁵⁸⁷. La thèse de 1973 de MÜLLER-STOY était pendant longtemps l'ouvrage le plus complet en droit allemand sur la question de l'indemnisation de chances perdues ("verlorene Chancen"). Cet auteur considère qu'en particulier la chance perdue de gagner un procès⁵⁸⁸ et celle de réaliser un gain⁵⁸⁹ devraient être indemnisées. C'est seulement très récemment que la doctrine germanophone a commencé à s'intéresser au problème de la perte d'une chance. KOZIOL a publié deux articles dont un dans une revue suisse⁵⁹⁰. FLEISCHER et JANSEN ont écrit deux analyses importantes et KASCHE a publié une volumineuse thèse de droit comparé sur l'indemnisation de chances perdues de guérison.

- 168 Degré de preuve exigé.** - Certains auteurs envisagent des possibilités d'indemnisation selon le degré de vraisemblance par le biais des règles sur la preuve, mais ils considèrent finalement, sans pourtant motiver leur opinion, que cette solution serait incompatible avec le droit allemand⁵⁹¹. STOLL propose d'intégrer l'indemnisation d'une chance perdue par l'octroi d'une indemnité mesurée au degré d'incertitude⁵⁹². Il estime que l'indemnisation de la perte d'une chance s'est établie en droit allemand par le biais de la possibilité procédurale offerte par le § 287 ZPO (n° 162), à savoir le principe de la libre appréciation par la juge de l'existence et de l'importance du dommage⁵⁹³. Dans cette approche, la perte d'une chance ne représente donc pas un problème de dommage ou de causalité, mais un problème de preuve, lié notamment au degré de preuve exigé⁵⁹⁴.
- 169 Doctrine favorable.** - Une partie de la doctrine plus récente plaide en faveur d'une approche proportionnelle fondée sur l'indemnisation de la perte d'une chance⁵⁹⁵. JANSEN

muss die Tatsachen, die ihm günstig sind, nicht nur überwiegend, sondern sehr hoch wahrscheinlich machen. Wer sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit begnügt, mag dem, der in Wirklichkeit unrecht hat, zu leicht ans Ziel helfen. Beides vermeldet, wer nach der Wahrscheinlichkeit teilt: er kennt keinen vollen Sieg und keine volle Niederlage, sondern nur den Kompromiss».

⁵⁸⁴ HANAU, p. 131 s.

⁵⁸⁵ MÖLLER, p. 114.

⁵⁸⁶ MÖLLER, p. 114.

⁵⁸⁷ MÖLLER, p. 115.

⁵⁸⁸ MÜLLER-STOY, p. 227 ss.

⁵⁸⁹ MÜLLER-STOY, p. 234 ss.

⁵⁹⁰ KOZIOL (2001); Helmut KOZIOL, *Schadenersatz für den Verlust einer Chance?*, in: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag (Tübingen 2001), p. 233 ss.

⁵⁹¹ Gerhard KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung - Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstags am 12. September 1967 (Karlsruhe 1967), p. 337 s.; HANAU, p. 131 s.

⁵⁹² STOLL (1968), p. 42.

⁵⁹³ Du même avis, MÜLLER-STOY, p. 138 ss.

⁵⁹⁴ MÜLLER-STOY, p. 138.

⁵⁹⁵ MATTHIES, p. 95 ss; D. GIESEN, note sous OLG Köln 30 mai 1990, JR (1991) p. 460; E. DEUTSCH, note sous OLG Köln 30 mai 1990, 42 VersR (1991) p. 186; DEUTSCH (1995), n° 428; (1973), p. 902;

est d'avis qu'aucune disposition du BGB n'exclut la reconnaissance de la perte d'une chance comme dommage indemnisable. Il considère que l'indemnisation de chances perdues n'aurait pas comme conséquence un abandon ou un changement des règles sur la preuve et sur la répartition du fardeau de la preuve. Les demanderesse continueraient à devoir prouver que la défenderesse a causé leur dommage. La seule différence consisterait dans le fait qu'une victime qui n'arrive pas à prouver que la responsable a causé son dommage final, aura la possibilité de prouver que cette dernière lui a causé la perte d'une chance. A l'inverse, le fardeau de la preuve reposerait toujours sur la défenderesse qui a commis une faute grave (pour le renversement du fardeau de la preuve en cas de faute grave, voir n° 172). Mais elle pourrait dorénavant se défendre en disant qu'elle ne se trouve pas à l'origine du préjudice final, mais uniquement de la perte d'une chance par la victime⁵⁹⁶. MERTENS estime que des chances de gain gâchées doivent, à certaines conditions, être indemnisées⁵⁹⁷. Les chances qui se situent en-dessous d'un certain seuil de probabilité ne pourraient cependant pas être considérées comme ayant une valeur patrimoniale actuelle⁵⁹⁸. Le calcul du dommage découlant de la privation d'une chance suffisamment certaine devrait se baser sur la valeur actuelle des probabilités, diminuée en fonction des risques correspondant à la vraisemblance de leur réalisation⁵⁹⁹. Cet auteur défend cependant la thèse d'une limitation des cas d'indemnisation d'une chance perdue en faisant la distinction entre une chance recherchée dans le cadre d'un projet ordinaire de la vie privée ou professionnelle et une chance issue d'un pur hasard⁶⁰⁰. KAHRS se prononce également en faveur de l'indemnisation d'une chance perdue⁶⁰¹. DEUTSCH est pour sa part le plus fidèle avocat de l'introduction de la théorie de la perte d'une chance, notamment dans le domaine de la responsabilité médicale (n° 171 ss). C'est par des renvois aux jurisprudences française et anglaise⁶⁰² et par des parallèles avec l'indemnisation du gain manqué, avec la fixation de l'indemnité pour tort moral et avec la diminution proportionnelle de l'obligation de réparer en cas de faute concomitante de la victime, qu'il arrive à la conclusion suivante:

(1978), p. 335; (1987), n° 410; (1988), p. 4; 39 NJW (1986) p. 1541 («Ist nicht die französische und englische Rechtsprechung [bezüglich der Ersatzfähigkeit des Verlusts einer Heilungschance bei ärztlichem Fehlverhalten] dem Geschehnis angepasster, entspricht wertungsjuristischen Grundsätzen und ist überdies gerecht?»). Voir aussi, dans un contexte plus large, MAASSEN, p. 168 ss: «Die Schadenseinstellung nach Wahrscheinlichkeit ist absolut erforderlich, um eine bedeutende Lücke im System des schadensersatzrechtlichen Rechtsgüterschutzes zu schließen, damit auch in den Fällen, in denen eine fahrlässige Schadensverursachung nicht überwiegend wahrscheinlich ist, der notwendige Schadensausgleich stattfinden und Unrecht bestraft und präventiv verhindert werden kann». Voir également STOLL (1993), p. 42.

⁵⁹⁶ JANSEN, p. 292.

⁵⁹⁷ MERTENS précise, sans donner d'exemples concrets, que des chances perdues ne peuvent donner lieu à réparation que si elles représentent «hinreichend konkretisierte und individualisierte Positionen, die Träger eines gegenwärtigen wirtschaftlichen Wertes sind» (p. 151).

⁵⁹⁸ MERTENS, p. 209.

⁵⁹⁹ MERTENS, p. 158.

⁶⁰⁰ Voir aussi STOLL (1968), p. 42.

⁶⁰¹ Hans Jürgen KAHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht* (Hamburg 1969), p. 4 ss.

⁶⁰² Erwin DEUTSCH, *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz* (Köln/Berlin/Bonn/München 1987), n° 410. DEUTSCH fait allusion à la décision de première instance dans l'affaire anglaise *Hotson v. Fitzgerald* (n° 186). Il faut cependant relever que l'arrêt de la *House of Lords* qui avait cassé la décision de la *Court of Appeal* (et ainsi aussi celle de la *Queen's Bench Division*) n'avait pas encore été rendu à ce moment-là.

*«Es ist an der Zeit, dass auch im deutschen Recht in Parallele zum entgangenen Gewinn und zur prozentualen Festsetzung beim Mitverschulden (§§ 252, 254) der Entgang einer Chance als Schaden anerkannt wird»*⁶⁰³.

JANSEN estime également que l'idée d'une chance perdue est un concept utile pour le droit de la responsabilité et doit être adoptée en droit allemand⁶⁰⁴. Selon lui, cette conclusion ne s'explique cependant pas par des raisons épistémologique ou logiques. Contrairement à STAUCH⁶⁰⁵, JANSEN ne considère donc pas que le refus d'adopter la théorie de la perte d'une chance serait une erreur de logique. Il s'agirait plutôt de construire un système juridique adéquat en tenant compte d'arguments juridiques systémiques internes et de considérations de politiques juridique⁶⁰⁶. FLEISCHER se prononce en faveur de l'indemnisation de chances de gain ("Gewinnchancen") perdues⁶⁰⁷. Il émet par contre des réserves pour les chances de procédure perdues ("verlorene Prozesschancen")⁶⁰⁸.

5.2.3 Création d'un risque durable

170 Indemnisation possible. - Le *Bundesgerichtshof* a estimé qu'une menace grave sur le patrimoine ("*eine starke Vermögensgefährdung*") peut également constituer un préjudice susceptible d'indemnisation⁶⁰⁹. STEFFEN est d'avis que le risque actuel d'un préjudice futur peut faire l'objet d'une action en dommages-intérêts si la perspective du développement défavorable doit être considérée comme une diminution actuelle et concrète du patrimoine. Cela serait notamment le cas pour les risques pour lesquels le marché propose des assurances qu'une personne raisonnable dans la situation de la victime serait prête à conclure⁶¹⁰.

5.2.4 Perte d'une chance dans le domaine médical

171 Exemple typique: OLG Köln 30 mai 1990⁶¹¹. - Cet arrêt est intéressant car il tranche une situation proche de celle qui se trouvait à la base de la décision de 1988 de l'*Obergericht* zurichois (n° 245 ss): les doctresses commettent une faute grave en administrant trop tard (suite à un diagnostic erroné) de l'Aciclovir à un patient atteint d'une encéphalite herpétique⁶¹². Le patient souffre depuis d'une hémiparésie droite. L'*Oberlandesgericht* considère que le lésé n'a pas prouvé que ses séquelles auraient été évitées par un traitement immédiat de sa maladie. A la question de savoir si l'évolution de la maladie aurait été plus favorable si le patient avait été traité plus tôt avec de l'Aciclovir, l'experte répond que même dans des circonstances optimales (diagnostic précoce et traitement immédiat), 19 - 28% des patientes décèdent et 25% d'entre elles souffrent de lésions permanentes, de sorte que seulement environ 50% survivent à la

⁶⁰³ DEUTSCH (1995), n° 428; (1991), p. 159.

⁶⁰⁴ JANSEN, p. 275.

⁶⁰⁵ STAUCH, p. 218 ss.

⁶⁰⁶ JANSEN, p. 275.

⁶⁰⁷ FLEISCHER, p. 768 ss.

⁶⁰⁸ FLEISCHER, p. 774 s.

⁶⁰⁹ BGH 6 novembre 1973, 61 BGHZ (1973) p. 325, 329.

⁶¹⁰ RGRK-STEFFEN, § 823 n° 441. Voir aussi Ernst STEINDORFF, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, 158 AcP (1959/1960) p. 431 ss; MERTENS, p. 158.

⁶¹¹ JR (1991) p. 460 ss.

⁶¹² L'encéphalite herpétique est une affection cérébrale inflammatoire d'origine virale (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 303).

maladie sans séquelles. L'*Oberlandesgericht* estime qu'il est possible que si le traitement avec de l'Aciclovir avait commencé 24 heures plus tôt, l'évolution de la maladie aurait été plus favorable, mais que cela ne suffit pas pour établir la causalité:

«[D]ie Chancen des Klägers wären besser gewesen. Das genügt jedoch nicht. Die Ursächlichkeit ist erst bewiesen, wenn dafür eine derart hohe Wahrscheinlichkeit spricht, das Zweifel schweigen, ohne sie völlig auszuschließen»⁶¹³.

Le tribunal met donc les conséquences de la causalité incertaine à la charge des doctresses et les condamne à des dommages-intérêts pour l'ensemble du dommage. Ceci est d'autant plus étonnant que l'*Oberlandesgericht* dit expressément que la survenance du dommage n'a pas besoin d'être vraisemblable et que le comportement des doctresses est seulement généralement apte à diminuer les chances de guérison:

«Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung [...] reicht es im Falle eines groben Behandlungsfehlers für die Haftung aus, dass der Fehler generell zur Verursachung des eingetretenen Schadens geeignet ist; wahrscheinlich braucht der Eintritt eines solchen Erfolges nicht zu sein. Vorliegend steht ausser Zweifel, dass der um mindestens 24 Stunden verzögerte Einsatz von Aciclovir generell geeignet war, die Heilungschancen zu verringern oder umgekehrt durch einen entsprechenden früheren Einsatz des Mittels sich die Chancen des Klägers verbessert hätten auf eine vollständige Heilung oder zumindest eine günstigere Beeinflussung des Krankheitsverlaufs mit der Folge geringerer dauernder Beeinträchtigungen»⁶¹⁴ (mise en évidence ajoutée).

- 172 **Allégement ou renversement du fardeau de la preuve.** – Le principe du tout-ou-rien a pour conséquence qu'en cas de lien de causalité incertain, la demanderesse risque souvent de se retrouver les mains vides. Dans certains cas, le droit allemand offre cependant d'alléger ou de renverser le fardeau de la preuve, ou encore de recourir au moyen de la preuve *prima facie*⁶¹⁵. C'est notamment le cas dans le domaine médical en présence d'une faute grave de la doctresse:

«Seit Ende der sechziger Jahre hat sich die Rechtsprechung verfestigt, dass hinsichtlich der möglichen Schadensfolgen die Beweislast dann umgekehrt wird, wenn dem Arzt ein grober Behandlungsfehler zur Last fällt. Die Grundlagen dafür sind unklar und verlieren sich wahrscheinlich im Billigkeitsrecht. Die deutsche Rechtsprechung löst auf diese Weise nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip das Problem der unklaren Verläufe, welches die französische Rechtsprechung unter dem Aspekt des Verlustes einer Chance teilweise ausgleicht»⁶¹⁶.

Lorsqu'une doctresse commet une faute grave ("grober" ou "schwerer Behandlungsfehler")⁶¹⁷ qui est apte ("geeignet") à entraîner chez la patiente le résultat qui s'est ef-

⁶¹³ OLG Köln 30 mai 1990, JR (1991) p. 463.

⁶¹⁴ OLG Köln 30 mai 1990, JR (1991) p. 464. Pour une affaire similaire, voir BGH 11 juin 1968, 21 NJW (1968) p. 2291 ss, où une patiente est décédée, après une opération, d'une hémorragie interne qui n'avait pas été diagnostiquée correctement. Il était impossible de savoir si elle serait guérie dans l'hypothèse où l'hémorragie avait été stoppée immédiatement.

⁶¹⁵ KASCHKE, p. 112 ss; Soergel-WIEDEMANN, Vor § 275 n° 551, 554; RGRK-STEFFEN, § 823 n° 524 ss. La preuve *prima facie* ("Anscheinsbeweis") consiste à déduire d'un certain résultat qu'un événement ou un comportement typique l'a provoqué. Cette méthode est cependant moins fréquemment utilisée pour faciliter la preuve de la causalité. Voir, à ce sujet, DEUTSCH (1991), p. 157. Voir aussi, en droit suisse, VOGEL/SPÜHLER, chap. 10 n° 53.

⁶¹⁶ DEUTSCH/MATTHIES, p. 36, 42.

⁶¹⁷ Un "schwerer Behandlungsfehler" présuppose «ein Verhalten, das [...] aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmassstabes nicht mehr

fectivement produit, il incombe à la doctoresse de prouver que le préjudice n'est pas la conséquence de ses actes⁶¹⁸. Les facilités de preuve ne représentent cependant pas une sanction pour une faute particulièrement grave de la doctoresse, mais elles se justifient par le fait que la reconstitution de la chaîne causale des événements est devenue impossible ou particulièrement difficile de par la gravité de la faute commise⁶¹⁹. Cela signifie que la doctoresse sera condamnée à payer des dommages-intérêts aussi (et surtout) dans les cas où la question de la causalité ne peut pas être élucidée. L'exigence selon laquelle la faute médicale grave doit être apte ("geeignet") à causer le dommage subi, ne signifie pas que ce lien doit être vraisemblable, mais seulement qu'il doit être raisonnablement possible⁶²⁰. Pour savoir si un renversement du fardeau de la preuve est indiqué, la probabilité de la causalité ne joue qu'un rôle limité. La Cour suprême considère cependant que les difficultés de connaître l'enchaînement causal des événements diminuent avec l'improbabilité croissante d'un rapport causal entre la faute grave et le dommage⁶²¹. Si un lien de causalité est complètement improbable ("gänzlich unwahrscheinlich"), le renversement du fardeau de la preuve peut être exclu⁶²². Ces facilités de preuve ne sont en outre offertes que dans la mesure où c'est justement le risque dont il n'a pas été tenu compte et qui rend la faute grave, qui se réalise⁶²³. Le renversement du fardeau de la preuve est également limité au dommage corporel direct. Le lien de causalité entre le dommage direct ("Primärschaden") et le dommage consécutif ainsi que le dommage patrimonial dépassant le dommage corporel ("Sekundärschaden"), doivent être prouvés selon les règles ordinaires⁶²⁴. Les moyens de l'allégement et du renversement du fardeau de la preuve trouvent également application dans d'autres cas relevant de la responsabilité médicale, à savoir lorsque l'incertitude sur la véritable cause d'un dommage est aus-

verständlich und verantwortlich erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt aus dieser Sicht "schlechterdings nicht unterlaufen darf"» (Staudinger-HAGER, § 823 I 55; BGH 10 mai 1983, 39 NJW [1983] p. 2081). N'est par contre pas suffisamment grave un manquement *"wie es einem hinreichend befähigten und allgemein verantwortungsbewussten Arzt zwar zum Verschulden gereicht, aber doch "passieren kann"*» (BGH 10 mai 1983, 39 NJW [1983] p. 2081). Voir aussi LAUFS e.a., § 110 n° 5; FRANZKI, p. 63 ss; SICK, p. 50 ss; STEFFEN, p. 196 ss; RGRK-NÜSSGENS, n° 178, 298; Soergel-WIEDEMAN, Vor § 275 n° 554.

⁶¹⁸ Staudinger-HAGER, § 823 I 54; RGRK-NÜSSGENS, n° 296 ss; MÜKo-MERTENS, § 823 n° 415 ss; Soergel-WIEDEMAN, Vor § 275 n° 551 ss; Soergel-ZEUNER, § 823 n° 322; FRANZKI, p. 56 ss; SICK, p. 48 ss; STEFFEN, p. 196 ss; LAUFS e.a., § 111 n° 1.

⁶¹⁹ Staudinger-HAGER, § 823, I 54; BGH 21 septembre 1982, 85 BGHZ (1982) p. 212, 39 NJW (1983) p. 333. Dans la jurisprudence, l'allégement ou le renversement du fardeau de la preuve est essentiellement justifiée par des raisons d'équité. Pour un survol de la jurisprudence et la discussion doctrinale, FRANZKI (p. 61 ss pour la jurisprudence et p. 75 ss pour la doctrine) et SICK, p. 74 ss.

⁶²⁰ BGH 21 septembre 1982, 85 BGHZ (1982) p. 212; 39 NJW (1983) p. 333. Voir également SICK, p. 62 ss; STEFFEN, p. 196 ss; RGRK-NÜSSGENS, n° 300. Critique, par contre, DEUTSCH (1988), p. 3; HANAU, p. 134.

⁶²¹ *"Je unwahrscheinlicher ein solcher ursächlicher Zusammenhang ist [...] desto geringer wirken sich im Ergebnis auch die durch den Behandlungsfehler verursachten Aufklärungserschwernisse aus: ihr Gewicht verringert sich also gleichsam mit der wachsenden Unwahrscheinlichkeit eines Kausalzusammenhangs"* (BGH 28 juin 1988, 41 NJW [1988] p. 2950).

⁶²² BGH 28 juin 1988, 41 NJW (1988) p. 2950 s.

⁶²³ LAUFS e.a., § 110 n° 3. Cette distinction est critiquée par une partie de la doctrine (voir, par exemple, Soergel-WIEDEMAN, Vor § 275 n° 557).

⁶²⁴ BGH 9 mai 1978, 29 VersR (1978) p. 764; BGH 21 octobre 1969, 20 VersR (1969) p. 1148; SICK, p. 68 ss.

si due au fait qu'une doctoresse a gravement violé son devoir de documentation⁶²⁵, ou lorsque l'échec d'une intervention pourrait aussi être dû à l'inexpérience d'une chirurgienne insuffisamment qualifiée⁶²⁶. L'effet de cette atténuation de la dureté du principe du tout-ou-rien en matière de preuve du lien de causalité a donc pour conséquence de déplacer chez la doctoresse les difficultés de preuve habituellement rencontrées par la patiente⁶²⁷. Si l'affaire anglaise *Hotson v. Fitzgerald and others* (n° 186) avait été jugée en Allemagne, la question aurait donc été de savoir si l'erreur de ne pas diagnostiquer la fracture à temps, constituait une faute grave. Des erreurs de diagnostic sont facilement considérées comme graves, et les juges allemands auraient probablement estimé que le médecin avait effectivement commis une faute grave⁶²⁸. Le droit allemand prévoyant le renversement du fardeau de la preuve dans un tel cas, le lésé aurait, contrairement à ce qui a été décidé en dernière instance par la *House of Lords* obtenu une réparation intégrale⁶²⁹.

173 Exemple révélateur: OLG Hamm 7 juin 1995⁶³⁰. – Des lenteurs lors d'un accouchement provoquent des lésions chez une enfant. Le *Landesgericht* et l'*Oberlandesgericht* ont renversé le fardeau de la preuve considérant que l'erreur de la doctoresse était grave. Les tribunaux étaient cependant d'avis qu'il était établi avec une certitude suffisante au sens du § 286 ZPO que l'enfant aurait été lésée aussi dans l'hypothèse d'un accouchement irréprochable. Déjà avant la naissance, les doctresses avaient en effet constaté une insuffisance du placenta causant des handicaps chez le fœtus. Cependant, la question de savoir si les lenteurs pendant l'accouchement ont provoqué des lésions supplémentaires est restée ouverte. La défenderesse a réussi à établir qu'un éventuel dommage supplémentaire ne pouvait pas être décisif quant à sa mesure et son intensité pour l'ensemble du dommage. Selon les expertes, il était possible que la faute grave de la doctoresse ait contribué à raison de 10-30% à l'ensemble du dommage subi. Le tribunal a suivi les expertes en retenant qu'une causalité supérieure à 30% avec l'ensemble du dommage subi par l'enfant était tellement invraisemblable que l'on ne pouvait mettre à la charge de la défenderesse un fardeau de la preuve excédant cette proportion⁶³¹. Il incomberait donc à la demanderesse d'établir soit que le dommage subi ne serait, sans la faute lors de l'accouchement, pas survenu du tout, soit que l'importance du dommage aurait été inférieure à 70% du préjudice effectivement subi. En invoquant le § 287 ZPO, le tribunal a finalement fixé les dommages-intérêts à 30% des dommages subis ou à subir dans le futur. Cette solution arrive donc exactement au même résultat que la théorie de la perte d'une chance.

174 Maintien du principe du tout-ou-rien. – Malgré les faveurs que la jurisprudence allemande offre à la patiente par le biais de l'allègement et du renversement du fardeau de la preuve, le principe du tout-ou-rien est ensuite appliqué sans nuances à l'occasion de la fixation des dommages-intérêts: si la patiente réussit à surmonter les difficultés de preuve, elle sera indemnisée complètement; si elle échoue à prouver la causalité de son

⁶²⁵ BGH 21 septembre 1982, 85 BGHZ (1982) p. 212, 36 NJW (1983) p. 333; STEFFEN, p. 200 ss, 212 ss; LAUFS *e.a.*, § 111 n° 4 ss; Soergel-ZEUNER, § 823 n° 326; RGRK-NÜSSGENS, n° 318.

⁶²⁶ STEFFEN, p. 196 ss; LAUFS *e.a.*, § 110 n° 14.

⁶²⁷ FRANZKI, p. 56.

⁶²⁸ JANSEN, p. 276 s.

⁶²⁹ DEUTSCH (1991), p. 159.

⁶³⁰ 47 VersR (1996) p. 1371.

⁶³¹ Voir aussi BGH 4 octobre 1994, 46 VersR (1995) p. 46, 13 MedR (1995) p. 70.

dommage malgré les facilités de preuve, elle quittera le prétoire les mains vides⁶³². Elle ne pourra donc pas invoquer qu'elle a perdu une chance partielle de guérison par la faute de la doctoresse.

- 175 **Réactions de la doctrine.** - La doctrine approuve majoritairement l'allègement et le renversement du fardeau de la preuve⁶³³. Les raisons exactes de ces facilités de preuve sont pourtant floues⁶³⁴. Certains auteurs estiment que cette méthode se fonde sur des considérations d'équité ayant pour but d'atténuer la dureté du principe du tout-ou-rien et de rétablir l'égalité des armes entre les parties dans le procès en responsabilité⁶³⁵. Selon DEUTSCH⁶³⁶, le droit allemand suit sur ce point une doctrine développée en Autriche, notamment par WILBURG et BYDLINSKI. Ces auteurs considèrent que plus le fondement de la responsabilité, à savoir la faute ou la mise en danger, est fort, plus le lien de causalité peut être faible⁶³⁷. Les deux conditions classiques de la responsabilité civile seraient ainsi liées par une sorte de principe des vases communicants. Selon DEUTSCH, la difficulté est de savoir si cette approche peut trouver application en dehors d'une responsabilité professionnelle qui est régulièrement assurée. Il existe aussi des voix critiques à l'égard du renversement du fardeau de la preuve⁶³⁸, notamment par rapport aux

⁶³² STOLL (1995), p. 465; DEUTSCH (1991), p. 158, 196; FRANZKI, p. 65 ss.

⁶³³ Critique cependant KASCHE, p. 117 s.

⁶³⁴ DEUTSCH (1991), p. 195.

⁶³⁵ Soergel-WIEDEMAN, Vor § 275 n° 551.

⁶³⁶ DEUTSCH (1991), p. 159.

⁶³⁷ Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* (Marburg an der Lahn 1941), p. 74 s.; BYDLINSKI, p. 89 s. C'est peut-être aussi la raison pour laquelle la doctrine autrichienne revendique depuis longtemps et de façon beaucoup plus claire l'introduction de l'indemnisation d'une chance perdue sous certaines conditions: Klang-WOLFF, *Kommentar zum ABGB*, t. VI, 2^e éd. (Wien 1951), § 1293 p. 2: «Ist aber, objektiv betrachtet, eine Gewinnmöglichkeit, eine Chance, gegeben, so ist ihre Vernichtung, aber auch ihre Minderung, ein Schaden im Rechtssinn», ou § 1293 p. 3: «Ist eine Chance als solche Wertobjekt, so ist ihre Vernichtung auch dann Schaden, wenn die Möglichkeit des Gewinns, die Wahrscheinlichkeit im mathematischen Sinn, auch nur sehr gering war, falls sie nur überhaupt bestanden hat». Une autre raison pour cette plus grande ouverture de la doctrine autrichienne réside probablement dans le fait que lors d'une négligence, seul le dommage positif est réparable, tandis que le gain manqué n'est indemnisable qu'en cas de faute grave (§ 1323, 1324 ABGB) (KOZIOL [2001], p. 898 s.; MÜLLER-STOY, p. 134). Il est donc crucial pour le droit autrichien de savoir si le dommage constitue la perte d'une possibilité de gain qui peut déjà représenter une valeur patrimoniale, ou un gain manqué futur (KOZIOL [2001], p. 899). La jurisprudence autrichienne par contre est beaucoup moins claire dans son attitude face à la reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance: quelques tribunaux inférieurs ont été séduits par l'idée de l'indemnisation de chances perdues, mais la Cour suprême autrichienne a mis un terme à ces tentations par son arrêt du 7 mai 1985 (OGH 7 mai 1985, 108 JBI [1986] p. 576). Dans un arrêt du 9 novembre 1989, le *Oberste Gerichtshof* s'est à nouveau rapproché de l'indemnisation d'une chance perdue, mais seulement dans son résultat et sans appliquer cette théorie expressément (OGH 9 novembre 1989, 112 JBI [1990] p. 524): la cause du dommage a été partagée entre une faute de traitement et un cas fortuit indépendant d'une faute qui provenait de l'état de la patiente. Dans ses arrêts plus récents, la Cour suprême a de nouveau abandonné cette jurisprudence (OGH 8 juillet 1993, 116 JBI [1994] p. 540; OGH 10 octobre 1991, 61 Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der österreichischen Juristenzeitung [1993] n° 32). Pour la doctrine récente à ce sujet, voir Thomas JULEN (*Arzt Haftungsrecht* [Wien 1997], p. 23 ss) et KOZIOL ([2001], p. 909 ss). Pour la réparation de chances perdues de guérison en droit autrichien, voir aussi KASCHE, p. 174 ss.

⁶³⁸ KASCHE, p. 265 ss; FRANZKI, p. 70 ss; SICK, p. 106 ss; HANAU, p. 132 ss; MATTHIES, p. 66 ss; DEUTSCH (1988), p. 3 s.

conditions posées par le *Bundesgerichtshof*. Ainsi, MATTHIES rappelle que les obligations de la doctoresse n'ont pas pour but d'assurer la reconstitution de l'enchaînement causal des événements, mais uniquement de garantir un traitement médical dans les règles de l'art⁶³⁹. Selon lui, seule l'hypothèse de la violation grave de l'obligation de documentation peut justifier un renversement du fardeau de la preuve, car seul ce devoir a aussi pour but d'assurer la "traçabilité" des actes médicaux en cas de procès⁶⁴⁰. En dehors de ce cas particulier, la responsabilité présumée pour l'incertitude sur l'enchaînement causal ne pourrait pas vraiment justifier l'application de cette technique jurisprudentielle car sinon, le fardeau de la preuve devrait pouvoir être renversé à chaque fois que le lien de causalité est incertain⁶⁴¹. En ce qui concerne l'hypothèse de la faute grave, cet auteur estime qu'il est difficile de comprendre pourquoi une patiente reste privée de dommages-intérêts si l'incapacité de trouver la cause du dommage découle d'une faute de la doctoresse qui n'est pas qualifiée de grave⁶⁴². STOLL critique également ces facilités de preuve⁶⁴³ et propose de nuancer le principe du tout-ou-rien par l'introduction d'une indemnisation partielle de la demanderesse en fonction de l'importance des chances perdues⁶⁴⁴. Différents auteurs objectent aussi que l'exigence d'une faute grave introduit un élément pénal avec une connotation de réprobation morale dans le droit de la responsabilité civile, ce qui serait contraire au système ("systemfremd")⁶⁴⁵. La limite entre une faute grave et une faute légère serait en outre trop difficile à tracer dans la pratique pour que la distinction entre tout et rien, à savoir entre une réparation intégrale et l'absence totale de dommages-intérêts, soit faite en fonction de ce critère⁶⁴⁶.

- 176 Doctrine concernant la perte d'une chance médicale.** — MÜLLER-STOY estime que la perte d'une chance de survie ou de guérison ne peut pas être indemnisée en droit allemand. Une chance de guérison ne pourrait pas être considérée comme une valeur patrimoniale et l'indemnisation de sa perte violerait le § 253 BGB⁶⁴⁷. Selon cet auteur, le seul moyen de venir en aide aux patientes consiste à renverser le fardeau de la preuve et de le faire poscr sur la doctoresse⁶⁴⁸. DEUTSCH se demande cependant si, en se basant sur des considérations d'équité, la théorie de la perte d'une chance ne serait pas préférable à la jurisprudence du tout-ou-rien: «Vom deutschen Recht her gesehen würde das allerdings auch beim materiellen Schaden den Übergang vom strengrechtlichen Alles

⁶³⁹ K.-H. MATTHIES, note sous BGH 21 septembre 1982, 36 NJW (1983) p. 335.

⁶⁴⁰ K.-H. MATTHIES, note sous BGH 21 septembre 1982, 36 NJW (1983) p. 336. MÜLLER-STOY (p. 149 ss) estime également que cette mesure n'est indiquée que dans le cas où la faute de la responsable a en même temps rendu impossible la preuve de la causalité par la victime.

⁶⁴¹ «[S]obald nach irgendeiner pflichtwidrigen Handlung eine hinsichtlich der Kausalität beweislose Situation vorgefunden wird, beruht jene auf eben diesem Pflichtverstoss. Eine solch allgemeine Beweislastumkehrung wird jedoch von niemandem gefordert» (MATTHIES, p. 68).

⁶⁴² MATTHIES, p. 67 s.

⁶⁴³ Il illustre les possibles mérites de la théorie de la perte d'une chance à l'exemple des arrêts suivants: BGH 25 novembre 1992, 48 Betriebs-Berater (1993) p. 27; BGH 23 septembre 1982, 36 NJW (1983) p. 442; BGH 26 mars 1981, 34 NJW (1981) p. 1673.

⁶⁴⁴ STOLL (1993), p. 41 s.

⁶⁴⁵ LANGE, p. 163 s. Voir aussi MATTHIES, p. 70; SICK, p. 106 ss; HANAU, p. 133.

⁶⁴⁶ LAUFS e.a., § 110 n° 6; HANAU, p. 133; MATTHIES, p. 60.

⁶⁴⁷ Cette disposition a la teneur suivante: «Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden».

⁶⁴⁸ MÜLLER-STOY, p. 234.

oder Nichts zur billigkeitsrechtlichen Zuteilung von Erwartungsverlusten bedeuten⁶⁴⁹. Cet auteur est cependant conscient des problèmes que pourrait engendrer la reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance en droit médical: «*Der Teufel steckt auch hier wohl im Detail. Man wird sich fragen müssen, ob es wirklich regelmässig möglich ist, eine Heilungschance prozentual auszudrücken*»⁶⁵⁰. GIESEN déplore également la réticence des tribunaux allemand, autrichien et suisse face à l'introduction de la théorie de la perte d'une chance notamment dans le domaine de la responsabilité médicale⁶⁵¹. FLEISCHER se prononce contre l'indemnisation de chances médicales perdues en invoquant notamment l'impossibilité pour le droit allemand de considérer des chances de survie ou de guérison comme un bien juridique indépendant⁶⁵². KASCHE arrive dans sa thèse de droit comparé sur la perte de chances de guérison également à la conclusion que le droit allemand ne pourrait pas reprendre sans autre la théorie de la perte d'une chance ou de la "loss of a chance". Les chances n'auraient pas de signification en dehors de la responsabilité médicale. L'énumération exhaustive des biens juridiques protégés ne pourrait pas être complétée sans problèmes majeurs. Cela signifierait cependant pas qu'une solution de droit matériel est inconcevable. L'idée de la causalité alternative pourrait en effet être développée davantage. Celle-ci permettrait, sous certaines conditions, d'envisager une responsabilité déjà dans les cas où la causalité est seulement possible. La perte de chances de guérison justifierait une extension de la responsabilité pour la causalité alternative, tout en imposant des limites. La diminution de la prétention en dommages-intérêts tiendrait compte de l'incertitude intrinsèque en matière de responsabilité médicale et atténuerait en même temps une éventuelle aggravation de la responsabilité des doctresses. La méthode de la causalité alternative tiendrait mieux compte de la répartition des risques entre les parties que la solution procédurale traditionnelle du tout-ou-rien⁶⁵³.

5.3 Droit anglais

5.3.1. Introduction

177 Reconnaissance de principe. – Dans les pays de la *common law*, les racines de la théorie de la perte d'une chance résident dans le droit des contrats⁶⁵⁴. Le véritable précédent pour la reconnaissance de la théorie date de 1911. Depuis, le terme de "loss of a chance" se rencontre régulièrement dans les jugements⁶⁵⁵. Même si la jurisprudence anglaise est nettement moins riche que la jurisprudence française et quand bien même la doctrine se prononce moins fréquemment sur ce sujet⁶⁵⁶, le droit anglais connaît l'indemnisation de

⁶⁴⁹ DEUTSCH (1988), p. 4. Voir aussi DEUTSCH (1999), n° 267.

⁶⁵⁰ DEUTSCH (1988), p. 4.

⁶⁵¹ Dieter GIESEN, *Arzt Haftungsrecht – Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, 4^e éd. (Tübingen 1995), p. 44 s.

⁶⁵² FLEISCHER, p. 771 ss (spéc. p. 773).

⁶⁵³ KASCHE, p. 271.

⁶⁵⁴ AKKERMANS, p. 137.

⁶⁵⁵ MÖLLER-STOY, p. 35.

⁶⁵⁶ STREET (p. 58) explique ce fait de la façon suivante: «*It is not significant that claims for miscellaneous pecuniary losses are rare, for counsel have plainly not been astute to take advantage of the possibilities. One of the consequences of the closed shop Bench-Bar consortium is that new ideas in pleading are rare.*»

la chance perdue et l'applique dans une variété de domaines⁶⁵⁷. La création d'un risque durable peut également donner lieu à réparation à différentes conditions selon qu'il s'agit d'un risque de dommage matériel, corporel ou purement économique. Dans le domaine médical, une décision de la *House of Lords* de 1987 semble mettre un terme à l'indemnisation de la perte d'une chance de survie ou de guérison, mais les juges elles-mêmes n'étaient pas d'accord sur la portée de leur décision et la doctrine l'interprète de diverses façons. En ce qui concerne l'importance minimale de la chance perdue, le droit exige qu'elle soit substantielle ou appréciable pour donner lieu à indemnisation en cas de perte.

5.3.2. Jurisprudence et doctrine

178 **Réticence initiale.** – Déjà au 19^e siècle, la jurisprudence anglaise a admis que le gain manqué était réparable dans la plupart des types d'actions⁶⁵⁸, mais l'indemnisation de simples chances de gain a été refusée jusqu'au début du 20^e siècle⁶⁵⁹. C'est seulement par le fameux arrêt *Chaplin v. Hicks* de la *Court of Appeal* de 1911 que les choses ont changé⁶⁶⁰. Dans cette décision, une indemnité a été reconnue pour la perte de la chance de gagner un concours.

179 **Leading case *Chaplin v. Hicks* de 1911.** – La demanderesse est sélectionnée – à côté de 49 autres finalistes – parmi 6 000 participantes à un concours de beauté. Les contrats d'engagements qui peuvent être décrochés par les douze gagnantes représentent une valeur de £ 780 pour les quatre premières, £ 624 pour les quatre suivantes, et £ 468 pour les quatre dernières. L'organisateur du concours omet cependant d'informer la demanderesse de son élection au tour final et les douze gagnantes sont élues en son absence. La candidate déçue intente une action en dommages-intérêts pour *breach of contract* en arguant que, par la faute de l'organisateur, elle a perdu la chance d'obtenir un des douze prix. La demande est admise par toutes les instances et la demanderesse obtient une indemnité de £ 100. L'arrêt de la *Court of Appeal* n'explique malheureusement pas comment le juge et le jury de première instance ont évalué le montant du dommage⁶⁶¹. Quoi qu'il en soit, les juges de la *Court of Appeal* rejettent unanimement l'argument selon lequel la perte de la chance constituerait un préjudice trop éloigné ou indirect ("*too re-*

⁶⁵⁷ STREET, p. 57: «[...] but since *Chaplin v. Hicks* the courts have had a plain duty to value a mere chance»; MCGREGOR, n° 375 ss. Voir aussi HORTON ROGERS, *Causal uncertainty in English law*, in: A. Akkermans/M. Faure/T. Hartlief (éd.), *Proportionele aansprakelijkheid* (Den Haag 2000), p. 199 ss.

⁶⁵⁸ Par exemple, *Richardson v. Mellish*, [1824] 2 Bingham's Report 229 (Common Pleas): «[c]ommon sense says, you are not paid for consequences which might not turn up in your favour; but the Plaintiff is entitled to have a compensation for being deprived of that which almost to a certainty happens in these cases» (mise en évidence ajoutée).

⁶⁵⁹ Voir *Priestley v. MacLean*, [1860] The England Report 175, p. 1064; *Hoey v. Felton*, [1861] The English Reports 142, 749 (Common Pleas); *Sapwell v. Bass*, [1910] KBD 486 (KBD).

⁶⁶⁰ [1911-13] All E.R. 224 (CA).

⁶⁶¹ Si l'on part en simplifiant de l'idée que chaque finaliste avait les mêmes chances de gagner le concours, la valeur pécuniaire de leur chance individuelle se calcule de la façon suivante: pour les quatre premiers prix: $4/50 \times £ 780 = £ 62$, pour les prix cinq à huit: $4/50 \times £ 624 = £ 49$ et pour les prix neuf à douze: $4/50 \times £ 468 = £ 37$, ce qui équivaut à un total de £ 148. L'arrêt ne donne aucune explication pour la différence de £ 48 entre ce résultat mathématique (£ 148) et les dommages-intérêts effectivement alloués (£ 100).

more"). Ils estiment que la chance de gagner est l'objet même du contrat⁶⁶². Comme il y avait douze prix pour 50 candidates (la demanderesse avait donc une chance sur quatre de gagner), les juges lui accordent donc théoriquement 25% de ce qu'elle aurait obtenu si elle avait gagné le concours. La cour met l'accent sur le fait que la chance de la demanderesse représente une valeur patrimoniale et que la perte de cette chance doit dès lors donner lieu à indemnisation:

*"It is true that in the present case there was no market to furnish a measure of damages; the right of each candidate to compete was personal to herself and could not be transferred. [...] At the same time I think the jury might reasonably have asked themselves the question, if the right to compete and the chance of winning could have been sold, at what price it could have been sold. In my opinion, anyone could assign a value to the plaintiff's chance. [...] [The jury] came to the conclusion that to take away from the plaintiff the opportunity of competing as one of the fifty candidates for the twelve prizes which were to be distributed was to deprive her of something which had a money value. In my opinion, they were right [...]"*⁶⁶³.

A l'argument que ce préjudice ne peut être réparé (si ce n'est que par des "nominal damages"⁶⁶⁴) parce que son montant n'est pas chiffrable, les juges répondent de façon unanime que le jury doit, dans ce cas, estimer le montant selon sa libre appréciation:

*"It has, however, always been recognised that in some cases there may be no such market available, but it has never been suggested that because there was no such market available there could be no damages. In such cases the jury have to assess the damages as best they can. I deny that the mere fact that it is impossible to assess the damages with precision and certainty relieves a wrongdoer from paying any damages in respect of the breach of duty of which he has been guilty"*⁶⁶⁵.

Le tribunal n'exclut cependant pas des cas où la chance perdue est tellement mince et vague que le jury peut n'accorder que des *nominal damages*⁶⁶⁶. Cette décision est devenue le *leading case* en matière de réparation de la perte d'une chance et elle a été confirmée par de nombreux arrêts anglais⁶⁶⁷ et, plus tard aussi, américains (n° 131).

180 Responsabilité des auxiliaires de la justice. - Comme en droit français (n° 60 ss), c'est surtout en matière de responsabilité des auxiliaires de la justice, notamment des *solicitors*, que la théorie fait pousser les plus belles fleurs jurisprudentielles⁶⁶⁸. Il est par

⁶⁶² [1911-13] All E.R. 224, 229d (CA; FLETCHER MOULTON): *"[N]othing more direct or more intimately connected with the contract could be found"*.

⁶⁶³ [1911-13] All E.R. 224, 227i et 228a/b (CA; VAUGHAN WILLIAMS). Voir aussi, de façon encore plus radicale, FLETCHER MOULTON, [1911-13] All E.R. 224, 229i (CA).

⁶⁶⁴ Des "nominal damages" sont des dommages-intérêts d'un petit montant qui sont alloués lorsqu'il n'y a pas de perte substantielle à compenser, mais que la loi reconnaît néanmoins une lésion théorique des droits de la demanderesse ou une violation d'un devoir de la défenderesse, ou encore lorsque, en présence d'un dommage réel, les moyens de preuve de la victime ne permettent pas du tout d'évaluer le préjudice subi (voir Black's Law Dictionary, 6^e éd. [St. Paul 1990], p. 392).

⁶⁶⁵ [1911-13] All E.R. 224, 227h/i (CA; VAUGHAN WILLIAMS). Voir, dans le même sens, [1911-13] All E.R. 224, 230a (CA; FLETCHER-MOULTON).

⁶⁶⁶ [1911-13] All E.R. 224, 231b (CA, FARWELL).

⁶⁶⁷ COOTE, p. 767 s.

⁶⁶⁸ MCGREOR, n° 382 s.; JACKSON & POWELL, n° 4-203 ss, 4-222. Pour des exemples de la jurisprudence, *Otter v. Church, Adams, Tatnam & Co.* [1953] 1 Chancery Division 280, suivie par *Hall v. Meyrick* [1957] 2 QBD 455. Voir également, pour la faute de ne pas avoir intenté une action dans les délais, *Malton v. Lawrence, Messer & Co.*, [1968] 2 Lloyd's Law Reports 539 (QB); *Buckley v. National Union of General and Municipal Workers*, [1967] 3 All E.R. 767 (Manchester Ass.).

exemple de jurisprudence constante que l'avocate qui laisse par négligence se prescrire le droit d'action de sa cliente, doit payer des dommages-intérêts pour la chance qu'elle a fait perdre à sa mandante⁶⁶⁹. La faute d'une avocate, notamment un conseil juridique erroné, prive souvent la cliente ou une tierce personne de la possibilité de prendre certaines dispositions à temps:

- Si la question est de savoir ce que *la demanderesse* elle-même aurait fait en présence d'un conseil correct, celle-ci doit alors prouver avec une probabilité prépondérante ("*on the balance of probabilities*") qu'elle aurait agi différemment⁶⁷⁰. Dans ce cas, c'est donc le système traditionnel du tout-ou-rien qui trouve application et l'existence d'un rapport causal entre la faute et le dommage doit être plus probable que l'absence de lien de causalité. Une chance perdue ne donne ainsi que difficilement droit à réparation lorsque sa réalisation dépend uniquement du comportement de la personne qui l'a perdue⁶⁷¹.
- Si, par contre, la question est de savoir ce qu'une *tierce personne* aurait fait dans l'hypothèse d'un conseil juridique correct donné par l'avocate, les dommages-intérêts seront alors calculés sur la base de la perte d'une chance⁶⁷².

181 Autres cas d'application. – Une indemnité a notamment été allouée au créancier pour la perte de la chance que son débiteur s'exécute malgré le fait qu'une exécution forcée n'a pas été couronnée de succès par la faute d'un officier des poursuites⁶⁷³. En matière contractuelle, des dommages-intérêts ont été octroyés au preneur d'assurance dont la police s'est avérée nulle par la faute du représentant, pour la perte de la chance de recevoir des prestations de la compagnie d'assurance⁶⁷⁴; à l'employé qui a perdu la chance de toucher un bonus à la suite d'un licenciement abusif⁶⁷⁵; au travailleur privé de la chance de trouver un emploi dans le futur à cause d'une blessure consécutive à un accident de travail⁶⁷⁶; à l'agent exclusif pour la perte de la chance de toucher une commission dans la vente d'un hôtel⁶⁷⁷. En matière de perte de soutien, une veuve dont l'époux

⁶⁶⁹ *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (CA). Voir aussi, pour la perte de la chance de recueillir un héritage à cause de l'omission fautive de l'avocate d'établir un testament, *White v. Jones*, [1995] 2 A.C. 207, *Ross v. Caunters (a firm)*, [1979] 3 All E.R. 580 (Chancery Division).

⁶⁷⁰ *Sykes v. Midland Bank Executor & Trustee Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 471 (CA).

⁶⁷¹ *Sykes v. Midland Bank Executor & Trustee Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 471 (CA).

⁶⁷² *Allied Maples Group Ltd. v. Simunons & Simmons*, [1995] 4 All E.R. 907 (CA).

⁶⁷³ *Domine v. Grimsdall*, [1937] 2 All E.R. 119 (KBD).

⁶⁷⁴ *Alfred James Dunbar v. A. & B. Painters Ltd. and Economic Insurance Co. Ltd. and Whitehouse & Co.*, [1986] 2 Lloyd's Law Reports 38 (CA). En l'occurrence, les chances pour bénéficier d'une prestation de la part de l'assurance ont été jugées tellement importantes qu'une indemnité complète a été accordée.

⁶⁷⁵ *Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 QBD 278 (CA) où DENNING disait la chose suivante: «*For the simple reason that by the wrongful dismissal the employer has deprived him of the chance of receiving such bonuses; and he is entitled to compensation for the loss of the chance, even though he had no legal right to receive them. [...] This loss of a chance is a regular head of compensation.*»

⁶⁷⁶ *Moeliker v. A. Reyrolle and Co. Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 9 (CA). Voir aussi, pour les chances de promotion, *Mitchell v. Mulholland*, [1971] 2 All E.R. 1205 (CA). Pour un arrêt de la *High Court of Australia* de 1994 qui a reconnu le principe de l'indemnisation de la chance perdue de conclure d'autres contrats, voir *Poseidon Ltd. v. Adelaide Petroleum NL*, [1994] 68 Australian Law Journal Reports 313. Cet arrêt est résumé et commenté par KASCHE, p. 168 ss.

⁶⁷⁷ *Hampton Sons, Ltd. v. George*, [1939] 3 All E.R. 627.

est décédé juste après l'introduction d'une action en divorce, aurait pu être indemnisée pour la perte de la chance de se réconcilier avec son mari et de bénéficier ainsi d'un soutien financier⁶⁷⁸. La théorie trouve également application dans le domaine purement délictuel, comme par exemple pour l'indemnisation de la chance perdue de réaliser un gain supérieur ou la chance pour un joueur de golf professionnel de gagner des compétitions à cause d'une blessure à la main⁶⁷⁹.

- 182 Jurisprudence récente.** - Deux arrêts récents confirment que dans les cas où plusieurs causes - dont le comportement de la défenderesse - pourraient se trouver à l'origine d'un dommage, la théorie de la perte d'une chance continue à s'appliquer malgré une tendance restrictive dans la jurisprudence de la *House of Lords* à la fin des années 80 (n° 186)⁶⁸⁰. Dans *Stovold v. Barlows*⁶⁸¹, le demandeur allègue que la négligence du défendeur lui a fait perdre la chance de vendre sa maison. La *Court of Appeal* considère qu'il y avait 50% de chance que la vente ait été réalisée si le défendeur n'avait pas été négligent. Sur cette base, elle admet l'action, mais n'alloue au demandeur que 50% des dommages-intérêts qu'il aurait obtenus si la transaction avait été conclue avec certitude. La *Court of Appeal* suit ainsi son approche dans *Hotson v. East Berkshire Health Authority* malgré la décision contraire de la *House of Lords* dans cette même espèce (n° 186). Dans *Allied Maples Group v. Simmons & Simmons*⁶⁸², les demandeurs espèrent conclure un contrat, mais ils en sont empêchés par la négligence du défendeur. Il était néanmoins possible que le contrat n'eût, pour d'autres raisons, pas été conclu. La *Court of Appeal* décide que dans les cas où le dommage allégué dépend aussi du comportement possible de tiers (en l'espèce, la partie cocontractante), le demandeur doit prouver que la chance était substantielle ("*a substantial one*"), par opposition à une chance purement spéculative. Si la chance remplit la condition du caractère substantiel, la causalité peut être considérée comme prouvée, et l'évaluation de la chance est prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts.

5.3.3. Création d'un risque durable

- 183 ... de dommage matériel.** - La possibilité de dédommager la création d'un risque durable dépend du type de préjudice et de la nature de l'action⁶⁸³. Pour un préjudice matériel, le risque doit avoir des répercussions négatives sur la valeur de marché du bien menacé⁶⁸⁴. Cette condition pose notamment problème lorsque la menace d'un dommage matériel provoque un préjudice purement économique. La juge pourrait alors estimer que l'on ne peut pas encore parler de dommage à la propriété ("*property damage*")⁶⁸⁵, mais

⁶⁷⁸ *Mallet v. McMonagle*, [1969] 2 All E.R. 178 (HL); *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (HL). En l'occurrence, ces chances ont été estimées trop faibles et la demande a été rejetée.

⁶⁷⁹ FLEMING (1998), p. 227 s.; John MUNKMAN, *Damages for Personal Injuries and Death*, 10^e éd. (London/Dublin/Edinburgh 1996), p. 44 ss.

⁶⁸⁰ ELLIOTT/QUINN, p. 78 ss. JONES, p. 221.

⁶⁸¹ Rapporté par ELLIOTT/QUINN, p. 79.

⁶⁸² [1995] 4 All E.R. 907 (CA). Voir aussi l'analyse de JANSEN, p. 288 ss.

⁶⁸³ AKKERMANS, p. 141.

⁶⁸⁴ MCGREGOR, n° 1324 ss.

⁶⁸⁵ Dans quelle mesure un dommage matériel est nécessaire pour l'acceptation de *property damage* n'est pas complètement clair (STAPLETON, p. 219: "*Guidance on what courts will regard as sufficient minimum actionable damages is more difficult to obtain [...]*"). Pour les choses défectueuses au moment du transfert à, ou de la mise en service par la lésée, la jurisprudence exige pour une indemnisation fondée sur une responsabilité délictuelle qu'un dommage matériel d'une autre chose que celle qui

seulement de perte purement économique ("economic loss"). La distinction entre "property damage" et "economic loss" est importante car les actions pour "negligence", contrairement aux actions pour "breach of contract", ne sont souvent pas admises si seule est en jeu une perte purement économique⁶⁸⁶. Pour le préjudice consistant en la menace d'un affaissement du sol (par des travaux de mines) par exemple, il faut que le sol ait été touché pour que l'on puisse reconnaître une menace⁶⁸⁷.

184 ... de dommage purement économique. - Si les conditions spécifiques à l'indemnisation de ce type de dommage sont remplies, une réparation pour la création d'un risque durable d'une perte purement économique ("economic loss") est possible. Le risque de pertes économiques futures créé par une avocate par une rédaction négligente d'un contrat donne ainsi lieu à réparation. En effet, la *Court of Appeal* a considéré que si les clientes couraient le risque de conclure des contrats d'une valeur commerciale moins élevée à cause de la négligence de la mandataire, la création de ce risque durable d'un dommage purement économique était indemnisable⁶⁸⁸.

185 ... de dommage corporel. - Certains dommages corporels ("personal injuries") peuvent engendrer un risque élevé d'autres maladies comme par exemple l'épilepsie⁶⁸⁹ ou l'arthrite. La création de ce risque est en général considérée comme réparable et son évaluation se fait en fonction du degré de probabilité que les complications de santé se manifestent⁶⁹⁰. Cette jurisprudence concerne cependant uniquement le risque d'aggravation d'une lésion existante. Le caractère réparable de la création d'un risque indépendant de dommage à l'intégrité physique n'en découle donc pas nécessairement. Il se pose alors la question de savoir à quelles conditions l'on se trouve en présence de "personal injury" et, en particulier, si, comme en droit américain (n° 153), une lésion corporelle actuelle et tangible est nécessaire pour sa réparation⁶⁹¹. Une réponse non équivoque ne peut pas être donnée⁶⁹². La juge sera en tout cas disposée à admettre une

est défectueuse, ou qu'un dommage corporel ("personal injury") se soit réalisé (*D. and F. Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, [1988] 3 WLR 368 [HL]; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 3 WLR 414 [HL]). Pour des exceptions à cette exigence, voir CHARLESWORTH & PERCY, n° 2-121.

⁶⁸⁶ En droit anglais, le simple fait de violer une obligation contractuelle suffit pour encourir une responsabilité. Contrairement aux actions fondées sur la *negligence in tort*, l'existence d'un dommage ne constitue pas une condition au droit d'action (WEIR, p. 121).

⁶⁸⁷ CLERK & LINDSELL, n° 18-82; *West Leigh Colliery Co. Ltd. v. Tunncliffe & Hamsom Ltd.*, [1908] A.C. 27 (HL). Même si la demanderesse prend de sa propre initiative des mesures préventives, les coûts qui en découlent ne sont pas récupérables si on n'est pas en présence d'un dommage matériel (*Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 3 WLR 414 [HL]).

⁶⁸⁸ *D. W. Moore & Co. Ltd. v. Ferrrier*, [1988] 1 All E.R. 400 (CA); STAPLETON, p. 235.

⁶⁸⁹ *Cook v. J.L. Kier & Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 513 (CA) (concernant un risque d'épilepsie de 10%); *Jones v. Griffith*, [1969] 2 All E.R. 1015, 1019g (CA), où WIDGERY soutient un raisonnement proche de celui à la base de la perte d'une chance: «It seems to me that there is only one practical method of approaching this kind of problem and that is to assess the sort of figure which would be appropriate in the extreme and serious case where the complications or future attacks were virtually certain. It then becomes possible to discount that figure according to the degree of optimism which is possible in the light of the medical reports». Voir aussi *Hawkins v. New Mendip Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 228 (CA).

⁶⁹⁰ CHARLESWORTH & PERCY, n° 4-116; WEIR, p. 120; LEWIS, p. 146; FLEMING (1998), p. 257.

⁶⁹¹ COOTE, p. 765 note 25.

⁶⁹² Sur la question de savoir quel est le "minimum actionable damage" dans ce contexte, WIKLEY, p. 19 ss; STAPLETON, p. 213 ss; LEWIS, p. 140 s.; FLEMING (1989), p. 667 s.

action pour dommage corporel déjà en présence de symptômes à peine perceptibles. Cela ressort de trois décisions concernant l'exposition à l'amiante de travailleurs dans les *Royal Navy Dockyards*. Dans ces affaires jugées séparément, aucune victime n'avait allégué une maladie liée à l'amiante, mais toutes présentaient des "asbestos pleural plaques", soit un dépôt sur les membranes pulmonaires suite à la création d'un tissu de cicatrices due à l'irritation par l'amiante⁶⁹³. Dans la première affaire, *Church v. Ministry of Defense*⁶⁹⁴, un montant de £ 1 500 à titre de dommages-intérêts généraux ("general damages"⁶⁹⁵) a été accordé pour un dommage consistant en la présence du dépôt d'amiante, en le risque que ce dépôt devienne plus grave, et en les soucis que le demandeur se faisait à son sujet ("anxiety"). Le risque de la formation de mésothéliomes⁶⁹⁶ a cependant été jugé très faible. Dans la deuxième affaire, *Sykes v. Ministry of Defense*⁶⁹⁷, une réparation de £ 1 500 a également été allouée. Cette fois-ci, le dommage se composait de la présence du dépôt d'amiante, de l'inquiétude à son sujet et, contrairement à l'affaire *Church*, du risque de formation de mésothéliomes qui a été estimé à 2-3%. Dans la troisième affaire, *Patterson v. Ministry of Defense*⁶⁹⁸, les postes du dommage étaient le dépôt d'amiante, le risque que le dépôt s'aggrave, le risque de la formation de mésothéliomes, et l'anxiété aggravée par toutes ces circonstances. La juge a octroyé une indemnité provisoire de £ 1 250. Elle est parti de l'idée qu'aucun mésothéliome ne se formerait, mais la victime s'est vue accorder le droit de demander un complément de dommages-intérêts, si tel devait être le cas ultérieurement⁶⁹⁹.

⁶⁹³ Margaret R. BECKLAKE, *Asbestos-Related Diseases of the Lung and Other Organs: Their Epidemiology and Implications for Clinical Practice*, 114 *American Review of Respiratory Disease* (1976) p. 200 ss.

⁶⁹⁴ 134 NLJ (1984) p. 623; LEWIS, p. 140 s.; WIKLEY, p. 21 s.

⁶⁹⁵ ELLIOTT/QUINN (p. 232) expliquent la différence entre "general damages" et "special damages" de la manière suivante: «General damages are designed to compensate for the kinds of damages which the law presumes to be a result of the tort, such as pain and suffering from a personal injury, and loss of future earnings where the plaintiff's injuries mean they cannot return to a previous employment, or cannot work at all. The amount of such damages obviously cannot be precisely calculated, but the courts use the awards given for similar injuries in the past as guideline. Special damages are those which do not arise naturally from the wrong complained of, and must be specifically listed in pleadings, and proved in court. They generally cover the plaintiff's financial loss up until the date of trial, and any expenses incurred up to that point, and are therefore susceptible of more exact calculation».

⁶⁹⁶ Le mésothéliome est un néoplasme localisé ou diffus, bénin ou malin, développé aux dépens de l'endothélium des grandes séreuses (plèvre, péricarde et péritoine) et souvent accompagné d'un épanchement (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 547). Voir aussi Margaret R. BECKLAKE, *Asbestos-Related Diseases of the Lung and Other Organs: Their Epidemiology and Implications for Clinical Practice*, 114 *American Review of Respiratory Disease* (1976) p. 209 ss.

⁶⁹⁷ The Times, 23 mars 1984, rapporté par LEWIS, p. 141; WIKLEY, p. 22.

⁶⁹⁸ Rapporté par LEWIS (p. 141) et WIKLEY (p. 22).

⁶⁹⁹ Voir aussi *Bryce v. Swan Hunter Group plc*, [1988] 1 All E.R. 659, 659j - 660a (QBD): «Although the plaintiff had established breaches of duty on the part of each of the defendants she had not established on the balance of probabilities that such breach had caused the deceased to contract the disease. However, the defendants were liable, under the principle that if they owed the deceased, arising out of the employer/employee relationship, a duty not to use methods of work which created a risk that the deceased would contract that disease or which increased the risk that he would do so, if they were in breach of that duty and if the deceased had in fact contracted the disease they were to be taken to have caused the disease by their breach of duty, notwithstanding that the existence and extent of the contribution made by their breach could not be ascertained. Accordingly, the plaintiff was entitled to damages».

5.3.4. Perte d'une chance dans le domaine médical

186 *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*⁷⁰⁰. - La problématique de la perte de chances de guérison et de survie est de date récente en Grande-Bretagne⁷⁰¹. La *House of Lords* a été confrontée à cette théorie dans *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* de 1987⁷⁰². Un garçon âgé de 13 ans se blesse à la hanche après une chute d'un arbre. À l'hôpital, une radiographie du genou gauche est prise, sur laquelle, évidemment, aucune blessure n'est constatée puisque le garçon ne souffre pas du genou. Le blessé est renvoyé à la maison avec un bandage au genou. Les douleurs devenant insupportables, le patient revient à l'hôpital cinq jours plus tard. La nature et la gravité de sa blessure à la hanche sont alors correctement diagnostiquées et un traitement est administré sur le champ. Le jeune homme conservera cependant une nécrose avasculaire⁷⁰³ de la tête du fémur entraînant une déformation de l'articulation de la hanche, une mobilité restreinte d'abord et une invalidité généralisée à l'âge de 20 ans. Il ouvre action en responsabilité pour *negligence* contre l'autorité sanitaire gérante de l'hôpital. Cette dernière admet que le retard dans le diagnostic constitue bien une faute, mais elle conteste que ce retard soit la cause des séquelles du patient. La *Queen's Bench Division* estime que même si l'équipe médicale avait correctement diagnostiqué la blessure lors de la première admission à l'hôpital, il existait toujours un risque de 75% que l'invalidité se développe. Or, la faute de l'équipe médicale a transformé ce risque en un fait inévitable en privant le patient de sa chance de 25% de guérir. Le juge accorde des dommages-intérêts dont fait partie une somme de £ 11 500, représentant 25% du dommage effectif découlant de l'invalidité (£ 46 000). La *Queen's Bench Division* considère donc que la demande en dommages-intérêts touche à la problématique du dommage et non pas de la causalité, et accorde une indemnité pour perte d'une "*substantial chance of achieving a better medical result*"⁷⁰⁴. Sur recours, la *Court of Appeal* confirme la décision du juge de première instance⁷⁰⁵. La *House of Lords*, par contre, juge l'appel fondé et casse le jugement⁷⁰⁶. Selon la Cour suprême, la question de fait cruciale est de savoir si c'est la chute ou la négligence qui a causé l'invalidité, car si la cause réside dans la chute, la négligence de l'autorité sanitaire n'a alors aucune incidence sur l'invalidité du lésé. La *House of Lords* tient le raisonnement suivant: au moment où le garçon est admis à l'hôpital, il y a une probabilité de 75% que les vaisseaux sanguins de sa hanche soient déjà tellement endommagés que la complication qui entraîne l'invalidité (nécrose avasculaire du fémur) est inévitable. On pourrait déduire des constatations de fait que, "*on a balance of probabilities*", l'accident n'a pas laissé suffisamment de vaisseaux sanguins intacts pour éviter la nécrose de l'épiphyse⁷⁰⁷. C'est sur cette base que la *House of Lords*

⁷⁰⁰ [1987] 2 All E.R. 909 (HL).

⁷⁰¹ VANSWEEVELT, n° 456.

⁷⁰² [1987] 2 All E.R. 909 (HL). Avant cet arrêt, la Cour suprême avait déjà accordé des dommages-intérêts pour la perte d'une chance due à une négligence médicale dans une série de cas. Voir LEWIS (p. 145 ss) qui renvoie aux affaires *Clark v. MacLennan*, [1983] 1 All E.R. 416 (QBD), et *Bagley v. North Herts Health Authority*, 136 NLJ (1986) p. 1014 (QBD).

⁷⁰³ La nécrose est une mortification cellulaire ou tissulaire (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 585). Avasculaire signifie sans vaisseaux sanguins.

⁷⁰⁴ *Hotson v. Fitzgerald*, [1985] 3 All E.R. 167 (QBD).

⁷⁰⁵ *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 1 All E.R. 210 (CA).

⁷⁰⁶ *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All E.R. 909 (HL).

⁷⁰⁷ L'épiphyse est l'extrémité renflée des os longs (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 315).

conclut que la chute est la seule cause de la nécrose⁷⁰⁸. Vu l'absence de lien causal entre le diagnostic tardif et l'invalidité du garçon, l'action en dommages-intérêts est entièrement rejetée⁷⁰⁹. La décision de la Cour suprême applique donc le principe du tout-ou-rien en considérant, d'un point de vue juridique, une probabilité de 75% (celle du rapport causal de l'invalidité avec la cause qui ne déclenche aucune responsabilité, à savoir la chute accidentelle de l'arbre) comme une certitude à 100%⁷¹⁰.

- 187 **Réactions de la doctrine.** — Les décisions de la *Court of Appeal* et de la *House of Lords* ont suscité des réactions diverses dans la doctrine⁷¹¹. Les critiques arguent d'abord que la Cour suprême ne répond pas à l'argument du lésé qui consiste à dire qu'une action basée sur la perte d'une chance est recevable dans ce contexte. Autrement dit, ces commentatrices remettent en question la distinction, formulée en termes généraux par ces tribunaux, entre la situation de fait à la base de cette affaire et les cas dans lesquels la *loss of a chance* représente un dommage indemnisable⁷¹². Certaines auteures essaient d'expliquer les différences entre *Chaplin v. Hicks*⁷¹³, le *leading case* en matière d'indemnisation de la perte d'une chance, et *Hatsan* en disant que la première affaire était une question de responsabilité contractuelle ("*contract*"), tandis que la deuxième relevait de la responsabilité délictuelle ("*tort*")⁷¹⁴. D'autres critiques objectent cependant que la perte d'une chance est aussi régulièrement réparée en matière de responsabilité contractuelle, notamment à la suite d'une action pour *negligence*, par exemple d'un so-

⁷⁰⁸ «The judge's findings of fact [...] are unmistakably to the effect that on a balance of probabilities the injury caused by the plaintiff's fall left insufficient blood vessels intact to keep the epiphysis alive. This amounts to a finding of fact that the fall was the sole cause of avascular necrosis», [1987] 2 All E.R. 909, 913f/g (HL; BRIDGE).

⁷⁰⁹ [1987] 2 All E.R. 909, 916d (HL). BRIDGE estimait que l'indemnisation de la perte d'une chance dans ce genre de cas était «superficially attractive», mais que les «formidable difficulties» étaient plus importantes ([1987] 2 All E.R. 909, 913j, 914a (HL)). Pour un arrêt semblable, voir *Balitho v. City and Hackney Health Authority*, [1997] 3 W.L.R. 1151 (HL).

⁷¹⁰ AKKERMANS, p. 140. Voir aussi le résumé de ces décisions chez KASCHE, p. 194 ss.

⁷¹¹ Approuvant la solution de la *House of Lords*: LEWIS, p. 145 ss; HILL, p. 511 ss. Critiquant la décision de la *House of Lords*: STAPLETON, p. 213 ss, 389 ss (spéc. 393 s.); SCOTT, p. 521 ss; PRICE, p. 753 ss; James G. LOGIE, *Proof of Causation in Medical Negligence Cases*, 47 *S.L.T.* (1988) p. 25; Andrew F. PHILLIPS, *Further reflections on medical causation*, 47 *S.L.T.* (1988) p. 325; FLEMING (1989), p. 673 s. Indécis: CHARLESWORTH & PERCY, n° 4-116, 8-106. Voir aussi Lesley J. ANDERSON, *Loss of a chance in tort*, 131 *Solicitor's Journal* (1987) p. 1258 ss (qui n'accorde pas d'importance générale à cet arrêt); Peter CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 5^e éd. (London/Dublin/Edinburgh 1993), p. 96 ss; Yvonne CRIPPS, *Negligence, Causation and Probability Theory*, 46 *CLJ* (1987) p. 389 s.; MARKESINIS/DEAKIN, p. 171 ss; MCGREGOR, n° 363 ss.

⁷¹² STAPLETON, p. 393: «Their Lordships focussed on the traditional (but in this context, irrelevant) question of whether the plaintiff has shown a causal connection on the balance of probabilities to the necrosis, which of course he had and could not. [...] This reasoning unfortunately fails to address the essence of the plaintiff's argument, which was whether a claim formulated in a different way (i.e. in terms of loss of a chance) was acceptable». Dans le même sens, FLEMING ([1989], p. 673) et JONES (p. 216). Voir aussi Charles FOSTER, *A plea for a lost chance: Hotson reconsidered*, 145 *NLJ* (1995) p. 229: «The House of Lords decision is a decision of striking analytic poverty and legal cowardice. It is remarkable for what it did not decide. Their Lordships refused to answer the question which both sides were pressing them to answer: is a claim formulated as a loss of a chance one recognised by the English law of torts?».

⁷¹³ [1911-13] All E.R. 224 (CA) (n° 179).

⁷¹⁴ COWNIE, p. 194 ss; REECE, p. 189 ss; de manière hésitante aussi, COOTE (p. 771).

*licitor*⁷¹⁵. REECE voit la différence dans le fait que *Chaplin v. Hicks*⁷¹⁶ implique des chances (quasi) indéterminées ("*[quasi] indeterministic*"), tandis que *Hotson* concerne des chances déterminées ("*deterministic*")⁷¹⁷. Selon cette auteure, seuls les états de faits impliquant des chances (quasi) indéterminées sont de véritables cas d'application de la théorie de la perte d'une chance⁷¹⁸. JONES estime que la différence entre *Hotson* et une affaire comme *Kitchen v. Royal Air Force Association*⁷¹⁹ (responsabilité professionnelle de l'avocate après un comportement négligent) consiste dans le fait que les juges de la première espèce se trouvaient confrontés à des incertitudes en rapport avec des événements passés, tandis que dans le deuxième cas, le tribunal devait résoudre un problème d'incertitudes concernant des faits hypothétiques⁷²⁰. Selon cet auteur, une conséquence fâcheuse de la décision de la *House of Lords* est qu'une patiente dont les chances d'atteindre un résultat favorable sont inférieures à 50%, n'aura aucun moyen d'action contre sa doctoresse, quelle que soit la gravité de la négligence de cette dernière⁷²¹. Différents juges ont également regretté et critiqué ce résultat⁷²². Selon WEIR, la singularité de *Hotson* découle du fait que cette affaire concernait une action pour dommage corporel ("*personal injury*") pour laquelle – contrairement à certaines demandes reposant sur d'autres fondements – la preuve d'un préjudice actuel ("*actual damage*") est une condition incontournable. Il estime que la perte d'une chance de guérison ne répond pas à cette exigence car une telle chance ne pourrait pas vraiment être décrite comme un actif ("*cannot realistically be described as an asset*")⁷²³. Il est d'avis que le demandeur n'avait pas une véritable chance, mais seulement une chance purement statistique sans pertinence⁷²⁴. La question de savoir si la décision de la *House of Lords* doit être interprétée comme la fin de l'indemnisation de la perte d'une chance de guérison ou de survie et la confirmation du principe du tout-ou-rien, est controversée dans la doctrine⁷²⁵.

⁷¹⁵ *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563 (CA). CROOM-JOHNSON de la *Court of Appeal* a aussi soulevé ce point dans *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 1 All E.R. 210, 222f (CA). Voir également FLEMING (1989), p. 674; COWNIE, p. 196; JONES, p. 216.

⁷¹⁶ [1911-13] All E.R. 224 (CA) (n° 179).

⁷¹⁷ REECE, p. 188 ss. Voir aussi Stephen R. PERRY, *Risk, Harm, and Responsibility*, in: D.G. Owen (éd.), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford 1995), p. 330 ss.

⁷¹⁸ REECE, p. 197 ss.

⁷¹⁹ [1958] 1 W.L.R. 563 (CA) (n° 180).

⁷²⁰ JONES, p. 217. REECE (p. 191 s.) fait la même distinction par rapport à *Chaplin v. Hicks*, [1911-13] All E.R. 224 (CA). KERKMEESTER ([1998], p. 436) estime par contre que dans la pratique une situation comme dans *Hotson* ne peut souvent pas être distinguée d'une situation où une chance de rétablissement au sens propre a été perdue.

⁷²¹ JONES, p. 222. Pour cet argument en général, voir n° 294 ss.

⁷²² JOHN DONALDSON, *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 1 All E.R. 210, 215j, 216a (CA): «As a matter of common sense, it is unjust that there should be no liability for failure to treat a patient, simply because the chances of a successful cure by that treatment were less than 50%. Nor, by the same token, can it be just that, if the chances of a successful cure only marginally exceed 50%, the doctor or his employer should be liable to the same extent as if the treatment could be guaranteed to cure. If this is the law, it is high time that it was changed, assuming that this court has power to do so». Voir également BINGHAM dans *Caparo Industries plc. v. Dickman and others*, [1989] 1 All E.R. 798, 809 s. (CA).

⁷²³ WEIR, p. 122.

⁷²⁴ WEIR, p. 122 s. C'est ce qui amène cet auteur à la conclusion qu'en Grande-Bretagne, «the "lost chance" theory seems to be a lost cause».

⁷²⁵ Les auteures suivantes estiment que tel est le cas: Margaret BRAZIER, *Street on Torts*, 9^e éd. (London/Dublin/Edinburgh 1993), p. 251 ss; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 14^e éd.

Selon MACKAY, cette décision n'a pas fermé définitivement la porte à la théorie de la perte d'une chance en matière médicale:

«[...] I consider that it would be unwise in the present case to lay it down as a rule that a plaintiff could never succeed by proving loss of a chance in medical negligence cases»⁷²⁶.

Tandis que la jurisprudence anglaise semble ne pas vraiment avoir tranché la question⁷²⁷, différentes auteures gardent une attitude positive envers l'indemnisation d'une chance perdue dans le domaine médical⁷²⁸. D'autres commentatrices, stimulées par la réticence de la Cour suprême, cherchent de nouvelles solutions. HILL propose une distinction entre chances personnelles ("*personal chances*") et chances statistiques ("*statistical chances*") en considérant uniquement les premières comme sujettes à indemnisation en cas de perte⁷²⁹. STAPLETON, par contre, propose d'alléger la condition de la négligence. Il s'agirait de définir de façon plus exacte l'essentiel de la négligence ("*gist of negligence*"), c'est-à-dire le bien juridique lésé déclenchant la responsabilité. Selon cette auteure, la reconnaissance de la perte d'une simple chance de guérison comme élément à la base de la responsabilité ouvrirait la voie à une réparation en fonction de la valeur de cette chance⁷³⁰.

188 Jurisprudence ultérieure. – Les tribunaux anglais n'ont toujours pas répondu à la question laissée ouverte par la *House of Lords*, si des chances perdues de guérison devaient être indemnisées⁷³¹. Les juges ont suivi les principes développés dans *Holson* (n° 186 ss), selon lesquels une réparation entière doit être allouée lorsque les chances de guérison sont supérieures à 50%, et qu'aucune indemnité ne peut être accordée en présence de chances inférieures à 50%⁷³².

189 Défaut d'information. – La jurisprudence anglaise est plus encline à indemniser des chances perdues en relation avec une information insuffisante de la patiente par la doctoresse. Le *leading case* est *McGhee v. National Coal Board*⁷³³. Dans cette affaire, la

(London 1994), p. 150; Andrew F. PHILLIPS, *Lost Chances in Delict: All or Nothing?* 5 *The Judicial Review* (1995), p. 409 ss.; JACKSON & POWELL, n° 4-203. JONES (p. 215), REECE (p. 188), CLERK & LINDSELL (n° 2-09, 8-67), VANSWEEVELT (n° 456) et WEIR (p. 119) sont d'avis que tel n'est pas le cas.

⁷²⁶ [1987] 2 All E.R. 909, 916d (HL).

⁷²⁷ Basil S. MARKESINIS, *Problèmes de responsabilité médicale en droit anglais*, 40 *RIDC* (1988) p. 377.

⁷²⁸ Lesley J. ANDERSON, *Loss of a chance in tort*, 131 *Solicitor's Journal* (1987) p. 1258; Andrew GRUBB, *Review Article – The Emergence and Rise of Medical Law and Ethics*, 50 *MLR* (1987) p. 258; PRICE, p. 755, 760.

⁷²⁹ HILL, p. 511 ss. Pour une critique de cette distinction, STOLL (1995), p. 471.

⁷³⁰ STAPLETON, p. 213 ss.

⁷³¹ KASCHE, p. 206.

⁷³² Voir, par exemple, *Tahir v. Haringey Health Authority*, 4 *Medical Law Review* (1996) 92 (CA) (absence de diagnostic d'une tumeur).

⁷³³ [1972] 3 All E.R. 1008 (HL): Après avoir travaillé 3 jours (!) dans les fours à briques de la National Coal Board, McGhee souffre de graves problèmes de peau. Les doctresses appellent les symptômes "*dermatitis*" car elles ne savent pas vraiment de quoi il s'agit. Aux yeux du tribunal, la défenderesse a commis une faute en ne mettant pas à disposition des travailleuses des douches sur le lieu de travail leur permettant de se laver de la poussière incrustée sur leur peau. National Coal Board a cependant soutenu que le demandeur n'était pas en mesure de prouver que le fait de se laver aurait changé la situation. Les deux cours écossaises étaient d'accord avec la défenderesse et elles ont rejeté

House of Lords estime en substance qu'il suffit que la victime prouve que la négligence de la responsable a contribué substantiellement au risque auquel elle est exposée, bien qu'il soit incertain que cette négligence en soit effectivement la cause⁷³⁴. Certains auteurs interprètent cet arrêt dans le sens qu'il permettrait d'établir la causalité pour la perte d'une chance dans des cas d'omission par négligence, comme notamment les cas de défaut d'information⁷³⁵. Omettre par négligence de donner certaines informations sur les risques d'un traitement proposé augmenterait la probabilité d'un consentement de la patiente et priverait ainsi la patiente de la chance de refuser l'intervention. C'est pourquoi une partie de la doctrine plaide en faveur de l'application du principe développé dans *McGhee* à la responsabilité médicale pour la perte de la chance de refuser un traitement⁷³⁶. Selon ces auteures, la chance perdue de se déterminer en connaissance de cause pourrait être considérée comme un dommage *per se* donnant lieu à des dommages-intérêts selon la méthode découlant de *McGhee* et des principes généraux bien établis des actions pour dommage corporel ("*personal injury actions*")⁷³⁷.

5.3.5. Chances indemnisables

190 Seuil minimal. - Les limites à l'indemnisation d'une chance perdue se trouvent déjà, pour la plupart, dans le *leading case* *Chaplin v. Hicks*⁷³⁸ du début du siècle passé. Elles ont ensuite été confirmées et affinées par la jurisprudence. En ce qui concerne l'ampleur minimale d'une chance perdue, il est généralement admis qu'une chance doit être plus importante que simplement minimale ("*minimal*"), spéculative ou fantaisiste ("*a mere speculative possibility*")⁷³⁹ pour donner lieu à réparation. Elle doit au contraire être substantielle ("*substantial*") ou appréciable ("*appreciable*")⁷⁴⁰. Le droit anglais a l'avantage, par rapport au droit français (n° 41 ss), de ne pas devoir "contourner" une exigence qui veut que le dommage soit certain pour être indemnisable. Il suffit en effet de prouver qu'un certain type de dommage a été causé et qu'il est suffisamment direct ("*not too remote*")⁷⁴¹. Un pourcentage minimal de chances n'a cependant pas été avancé

l'action en faisant une distinction entre "*materially increasing the risk that the disease will occur and making a material contribution to its occurrence*" ([1972] 3 All E.R. 1108, 1011c (HL)). La *House of Lords* a cependant rejeté ce raisonnement et a décidé que le fait de prouver une faute ayant augmenté le risque d'un dommage, déclenchait la responsabilité pour un dommage ultérieur de cette nature, à moins qu'il soit établi que la faute ne contribuait pas matériellement à la survenance du dommage. Voir également *Thompson v. Smiths Shiprepairers*, [1984] 1 All E.R. 881, 908 s. (QBD); *Clark v. MacLennan*, [1983] 1 All E.R. 416 (QBD); *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.*, [1962] 2 QBD 405 (QBD); Gerald Henry Louis FRIDMAN, *Torts* (London 1990), n° 12.103 ss.

⁷³⁴ Michael A. JONES, *Medical Negligence - the Burden of Proof*, 134 *NLJ* (1984) p. 8.

⁷³⁵ Voir, par exemple, GIESEN, n° 699.

⁷³⁶ GIESEN, n° 700. La *House of Lords*, par contre, n'a pas encore expressément adopté cette solution, même si la décision dans *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 1 All E.R. 871 (HL) semble pointer dans cette direction. Voir aussi PARDY, p. 279.

⁷³⁷ GIESEN, n° 702; Margaret A. SOMMERVILLE, *Structuring the Issues in Informed Consent*, 27 *McGill L.J.* (1981) p. 807.

⁷³⁸ [1911-13] All E.R. 224 (CA) (n° 179).

⁷³⁹ DILLON, *Holton v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 1 All E.R. 210, 218 (CA), renvoyant à *Chaplin v. Hicks*, [1911-13] All E.R. 224 (CA) et *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (HL).

⁷⁴⁰ GIESEN, n° 272, 276.

⁷⁴¹ MCGREGOR, n° 138; WEIR, p. 112; STREET, p. 67: "*True, the formal rule must be that there must be evidence going beyond mere guesswork on which an apportionment may be based. But English*

dans la jurisprudence ou la doctrine⁷⁴². Dans *Hotson v. Fitzgerald and others*, SIMON BROWN estimait qu'il était douteux qu'une chance clairement inférieure à 25% puisse donner lieu à réparation: «*the courts will not wish to encourage professional negligence claims of a speculative nature*»⁷⁴³. La décision dans *Sykes v. Ministry of Defense*⁷⁴⁴ mérite une attention particulière dans ce contexte: le demandeur a obtenu £ 1 500 à titre de «*general damages*»⁷⁴⁵ pour un risque de formation future de mésothéliomes, estimé à seulement 2-3%. Ce montant est quasiment identique aux sommes allouées à titre de dommages-intérêts dans les deux autres affaires sur la même problématique (£ 1 500 dans *Church v. Ministry of Defense*⁷⁴⁶, et £ 1 250 dans *Patterson v. Ministry of Defense*⁷⁴⁷). Ce qui est remarquable, c'est que le demandeur dans *Sykes* devait se contenter de son jugement et n'avait plus la possibilité d'ouvrir action ultérieurement et ceci indépendamment de la question de savoir s'il allait ou non développer des mésothéliomes dans le futur.

- 191 **Seuil maximal.** – En ce qui concerne l'importance maximale d'une chance perdue, le critère de la «*balance of probabilities*» (l'équivalent du système du tout-ou-rien dans les pays de droit civil), devrait avoir pour conséquence que chaque probabilité de causalité supérieure à 50% suffit à justifier la réparation de la totalité du dommage. Or, ce principe se trouve en contradiction avec la théorie de «*loss of a chance*» et il a dès lors été modifié dans ce contexte. Dans *Kitchen v. Royal Air Forces Association* par exemple, une indemnité a été accordée pour la perte d'une chance qui a apparemment été estimée à 66%⁷⁴⁸. La décision dans *Bagley v. North Herts Health Authority*⁷⁴⁹ est allée très loin en ce qui concerne la limite supérieure de la chance⁷⁵⁰: une femme enceinte a un groupe sanguin qui n'est pas compatible avec celui de son enfant à naître. L'hôpital commet une série de fautes et l'enfant naît mort. SIMON BROWN⁷⁵¹ reconnaît une indemnité correspondant à 95% du dommage subi, car même sans faute, un risque de 5% existait que cet enfant ne vienne pas au monde vivant. ACKNER critique cette décision dans *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*:

courts are very willing, and much more than other common law courts, to evaluate a chance, and to dispense with any requirement of certainty in proving the amount of damage sustained».

⁷⁴² Dans *Barnett v. Cohen*, [1921] All E.R. 528, 533f (KBD), MCCARDIE a fait la distinction entre probabilité spéculative et probabilité raisonnable pour la preuve de l'importance de la perte de soutien: «*I think that the only way to distinguish between the cases where the plaintiff has failed from the cases where he has succeeded, is to say that in the former there is a mere speculative possibility of benefit, whereas in the latter there is a reasonable probability of pecuniary advantage. The latter is assessable. The former is non-assessable. This test, though necessarily loose, seems to be the only one to apply*».

⁷⁴³ [1985] 3 All E.R. 167, 177c (QBD) (n° 186).

⁷⁴⁴ The Times, 23 mars 1984, rapporté par LEWIS, p. 141 (n° 185).

⁷⁴⁵ Pour cette notion, voir note 695.

⁷⁴⁶ 134 NLJ (1984) p. 623 (n° 185).

⁷⁴⁷ Rapporté par LEWIS (p. 141) et WKELEY (p. 22). Voir n° 185.

⁷⁴⁸ [1958] 3 All E.R. 241 (CA). Il s'agissait de la perte d'une chance d'obtenir une indemnité en vertu de la *Fatal Accidents Act*. La prestation maximale était de £ 3 000, l'indemnité accordée de £ 2 000.

⁷⁴⁹ 136 NLJ (1986) p. 1014 ss.

⁷⁵⁰ Il faut cependant noter que cet arrêt est antérieur à la décision de la *House of Lords* dans l'affaire *Hotson* remettant sérieusement en question l'indemnisation de chances perdues en matière de négligence médicale (n° 186).

⁷⁵¹ Le même juge a également rendu la décision de première instance dans *Hotson v. Fitzgerald and others*, [1985] 3 All E.R. 167 (QBD).

«In that case, the plaintiff had established on a balance of probabilities, indeed with near certainty, that the hospital's negligence had caused the stillbirth. Causation was thus fully established. Such a finding does not permit any discounting; to do so would be to propound a wholly new doctrine which has no support in principle or authority and would give rise to many complications in the search for mathematical or statistical exactitude»⁷⁵¹.

5.4 Droit belge

5.4.1. Introduction

192 Reprise de l'évolution en droit français. - La jurisprudence et la doctrine belges relatives à l'indemnisation de chances perdues suivent de manière fidèle l'évolution du droit français (n° 38 ss)⁷⁵³. C'est pourquoi la présente analyse du système belge sera succincte. Il convient toutefois de noter que les juristes belges admettent l'indemnisation d'une chance perdue avec plus de réticences que leurs collègues françaises et que leurs appréhensions se manifestent surtout à l'égard des chances relevant de la responsabilité médicale. Le droit belge connaît en outre la réparation de chances perdues indépendamment de la question de savoir si celles-ci sont supérieures ou inférieures à 50%.

5.4.2. Jurisprudence et doctrine

193 Jurisprudence. - Dans une casuistique presque aussi riche que celle du droit français, la jurisprudence belge reconnaît l'indemnisation d'une chance perdue par la faute d'une tierce personne⁷⁵⁴. Comme en France, la réparation se fait en fonction du degré de vraisemblance de la réalisation de la chance⁷⁵⁵. Les domaines d'application de la théorie belge sont variés et englobent notamment des chances perdues dans la concurrence déloyale, les procédures judiciaires⁷⁵⁶, les adjudications de marchés publics, la formation et la carrière, les soins médicaux, les pensions alimentaires et, avec certaines réserves, les dettes de jeu et de pan⁷⁵⁷.

194 Doctrine. - La doctrine soutient en règle générale l'attitude des tribunaux en ce qui concerne l'application de la théorie. Dans un premier temps, les auteurs belges considéraient la perte d'une chance comme un problème de preuve⁷⁵⁸. C'est seulement plus tard

⁷⁵² [1987] 2 All E.R. 909, 922c/d (HL). Aussi critiques, LEWIS (p. 150 s.) et VANSWEEVELT (n° 472). AKKERMANS (p. 252), par contre, soutient cette solution à certaines conditions (n° 399).

⁷⁵³ Voir aussi MICHAEL FAURE, *Het verlies van een kans in België*, in: A. Akkermans/M. Faure/T. Hartlief (éd.), *Proportionele aansprakelijkheid* (Den Haag 2000), p. 161 ss.

⁷⁵⁴ DALCQ, n° 2840.

⁷⁵⁵ RONSE *e.a.*, n° 103 ss; DIRIX, n° 121 ss; VANSWEEVELT, n° 446 ss; voir déjà, avec un texte semblable en néerlandais, THIERRY VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, thèse (Anvers 1992), n° 498 ss.

⁷⁵⁶ En ce qui concerne les fautes professionnelles d'avocats, l'indemnisation de chances de procès perdus est de jurisprudence courante et constante (Paul DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat. Dix ans de jurisprudence [1983-1992]* [Anvers 1994], p. 22 ss).

⁷⁵⁷ DIRIX, n° 125; SCHUERMANS *e. a.* (1984), n° 12 p. 542 ss; VANDENBERGHE/VAN QUICKENBORNE, n° 174 p. 1535 s.; SCHUERMANS *e.a.* (1994), n° 2 p. 851 ss.

⁷⁵⁸ R.O. DALCQ, note sous Cass. (2° ch.) 26 juin 1961, *Société nationale des chemins de fer belges, p.c.c. Provost, prév. et S.p.r.l. Provost kinderen, c.r.*, JT 1962 p. 59: «C'est donc le plus souvent sur le terrain de la preuve que la difficulté doit être résolue»; Claude RENARD, *Chronique de droit*

que DALCQ a examiné l'indemnisation de la chance perdue à la lumière du droit matériel de la responsabilité civile⁷⁵⁹. Plus précisément, il a considéré la problématique comme relevant du domaine du préjudice et non de celui du lien de causalité⁷⁶⁰. L'indemnisation des chances perdues a été admise notamment parce que des difficultés dans la détermination de l'ampleur du dommage ne peuvent affecter le principe même de l'indemnisation. Un dédommagement s'impose en effet quand le dommage est suffisamment certain dans son existence⁷⁶¹. Lorsqu'une chance a une quelconque valeur économique, sa perte doit en principe donner lieu à indemnisation, car elle constitue en elle-même un dommage patrimonial:

«Mais la victime n'en a pas moins subi un préjudice qui est certain, celui causé par la perte d'une chance qu'elle possédait. [...] Cette chance constituait en soi une valeur économique qui dépendra au premier chef des chances de réalisation qu'elle présentait et, au second, des avantages que la victime pouvait espérer de sa réalisation»⁷⁶².

La juge devrait estimer cette valeur, faute d'autres critères, *ex aequo et bono*, mais elle ne pourrait pas déduire de l'absence de données pour calculer la valeur économique de la chance perdue que le dommage est incertain⁷⁶³. A la suite du développement important de la théorie de la perte d'une chance en droit français (n° 50 ss), la doctrine belge fait très souvent référence aux opinions doctrinales françaises et applique les raisonnements tels quels au droit belge.

5.4.3. Création d'un risque durable

195 Préjudice futur certain. - Un préjudice futur ne peut donner lieu à réparation que si sa réalisation est suffisamment certaine. Un préjudice éventuel ("*eventuele*") ou hypothétique ("*hypothetische*") ne donne pas droit à indemnisation⁷⁶⁴. La simple menace d'un dommage ne fait pas naître un droit à réparation⁷⁶⁵. La doctrine reconnaît cependant que la menace d'un préjudice futur peut avoir des répercussions dans le présent sous la forme d'un risque, appréciable en argent, qui pourrait se réaliser⁷⁶⁶. C'est pourquoi les tribunaux ont estimé qu'une réparation était possible, par exemple, pour la propriétaire d'immeuble qui se trouvait à proximité d'un stand de tir ou d'un entrepôt de produits dangereux; pour la locataire d'un immeuble dont la cour intérieure était menacée par la cheminée d'un immeuble voisin⁷⁶⁷; pour la créancière qui perd une garantie hypothécaire⁷⁶⁸; ou encore, pour l'ex-époux d'une victime d'un accident pour le risque que cette dernière devienne nécessiteuse dans le futur et ne puisse plus payer sa pension alimentaire⁷⁶⁹. RONSE estime que dans ces cas, la décision de la juge se base sur son apprécia-

belge, 61 RTDC (1963) p. 194; Jan RONSE, *Aanspraak op schadeoosstelling uit onrechtmatige daad* (Bruxelles 1954), n° 210 ss.

⁷⁵⁹ DALCQ, n° 2837 ss.

⁷⁶⁰ DALCQ, n° 2449.

⁷⁶¹ AKKERMANS, p. 133.

⁷⁶² DALCQ, n° 2841.

⁷⁶³ DALCQ, n° 2841; AKKERMANS, p. 133 s.

⁷⁶⁴ DIRIX, n° 115 ss; SCHUERMANS *e.a.* (1984), p. 545 s.

⁷⁶⁵ DIRIX, n° 119.

⁷⁶⁶ RONSE *e.a.*, n° 95: «[...] *niet de schade, maar de zekerheid van haar ontstaan moet actueel zijn*»; DIRIX, n° 119.

⁷⁶⁷ DIRIX, n° 119.

⁷⁶⁸ RONSE *e.a.*, n° 95.

⁷⁶⁹ RONSE *e.a.*, n° 93; DIRIX, n° 174.

tion personnelle des circonstances particulières de l'espèce⁷⁷⁰. Le risque en question doit alors être considéré comme étant suffisamment important car sinon, la juge estimera que le dommage est purement hypothétique et rejettera sa réparation⁷⁷¹. N'est ainsi pas réparable le préjudice consistant dans le risque qu'une promotion soit refusée à la demanderesse ou que sa carrière soit autrement influencée de façon négative⁷⁷².

5.4.4. Perte d'une chance dans le domaine médical

196 **Retenue de la jurisprudence.** — Les tribunaux belges ont été plus prudents que les juges français dans l'indemnisation de chances perdues en matière de responsabilité médicale⁷⁷³. Cette réticence initiale est probablement due à la critique virulente dont a fait l'objet, au début, l'indemnisation de la perte d'une chance de guérison ou de survie en droit français⁷⁷⁴. ANRYS cite ainsi de nombreux cas où les tribunaux ont rejeté une argumentation basée sur la perte d'une chance à cause de la faiblesse du lien de causalité⁷⁷⁵. Selon VANSWEEVELT⁷⁷⁶, les premières traces jurisprudentielles de la théorie appliquée à la responsabilité des doctresses, se trouvent dans une sentence arbitrale de 1927⁷⁷⁷. Après une longue période d'oubli, la théorie refait surface environ trois décennies plus tard dans quelques décisions se rapportant à la responsabilité médicale⁷⁷⁸. VANSWEEVELT considère pourtant que la théorie n'avait pas été appliquée correctement dans ces cas, car les doctresses avaient été condamnées à réparer l'intégralité du dommage causé⁷⁷⁹. La Cour d'appel de Bruxelles en 1967⁷⁸⁰ a également été confronté au problème de l'indemnisation d'une chance perdue en matière médicale, mais sa décision ne permet pas de conclusion péremptoire à ce sujet.

⁷⁷⁰ RONSE *e.a.*, n° 95: "door het persoonlijk inzicht van de rechter over de zeer concrete omstandigheden".

⁷⁷¹ SCHUERMANS *e.a.* (1984), n° 115 p. 77.

⁷⁷² DIRIX, n° 115.

⁷⁷³ MÜLLER-STOY, p. 34; ANRYS, n° 132; HENNAU-HUBLET, n° 438 ss. Pour le droit français, voir n° 95 ss.

⁷⁷⁴ AKKERMANS, p. 134. Pour ces critiques, voir n° 333 ss.

⁷⁷⁵ Voir, par exemple, CA Bruxelles 12 février 1957, *Ministère Public et Vecchio c. Maréchal*, Pas. 1958 II 1.

⁷⁷⁶ VANSWEEVELT, n° 449.

⁷⁷⁷ Sentence Arbitrale 10 octobre 1927, *R. c. Dr C. et C^{ie} X. d'assurances*, RGAR (1928) p. 292: Un médecin intervient trop tard lorsqu'une patiente présente déjà des symptômes de gangrène au pied droit depuis quelques jours. La jambe doit être amputée jusqu'au-dessus du genou. Cette négligence prive la patiente de ses chances de guérison qui sont estimées à 25%, ce qui a pour conséquence que l'indemnité totale est réduite à 75%: «[Le] docteur C. a néanmoins fait preuve en l'occurrence d'un optimisme exagéré qui a fait perdre à la blessée les chances de guérison ou de limitation de son mal, qui pouvaient exister». Le Tribunal arbitral était composé de deux médecins ayant à juger comme amiables compositeurs.

⁷⁷⁸ CA Bruxelles 19 janvier 1965, *D. et compagnie d'assurances "Le secours belge" c. D.*, Pas. 1966 II 13; Tribunal de Courtois 23 juin 1960, 25 RW. (1961-1962) p. 1812; CA Bruxelles 12 février 1957, *Ministère Public et Vecchio c. Maréchal*, Pas. 1958 II 1.

⁷⁷⁹ VANSWEEVELT, n° 449.

⁷⁸⁰ CA Bruxelles 21 juin 1967, *D'Hondt c. Leroy*, JT 1968 p. 27, et sur renvoi, CA Liège 24 novembre 1971, JT 1974 p. 297. Le patient demandait une indemnité pour la perte d'une chance de guérison à cause d'une faute (alléguée) dans le choix thérapeutique. La Cour d'appel estimait cependant que le médecin ne pouvait encourir aucune responsabilité parce qu'aucune faute n'avait été retenue à sa charge. Pour un commentaire détaillé de cette affaire, voir VANSWEEVELT, n° 324.

197 Arrêt de la Cour de cassation de 1984. – C'est seulement en 1984 que la Cour de cassation a rendu un arrêt⁷⁸¹ qui peut être considéré comme une décision de principe marquant l'acceptation de la théorie de la perte d'une chance en matière médicale⁷⁸². Un homme souffrant d'une fracture de la jambe droite est traité à l'hôpital. Malgré le fait qu'un des bandages plâtrés présente une tâche brunâtre, que les orteils sont gonflés et que le patient se plaint de douleurs dans les jambes pendant le week-end, celui-ci est abandonné à son sort par le médecin de service. Le patient est victime de gangrène gazeuse et sa jambe doit être amputée. La Cour d'appel de Bruxelles condamne le médecin *ex aequo et bono* au paiement de 80% du dommage pour les chances de guérison qu'il a fait perdre au patient. Bien que le médecin allègue qu'il y avait de fortes chances que la jambe du patient dût être amputée même avec des soins médicaux appropriés, le pourvoi en cassation est rejeté. Selon les juges de la Cour de cassation, il ressort en effet de la littérature scientifique que la gangrène gazeuse est la conséquence d'un traitement erroné ou retardé trop longtemps. C'est sur cette base que les juges considèrent que les fautes du médecin ont un lien de causalité avec la perte par le patient de la chance de ne pas être amputé ou de subir une amputation moins grave. Les chances de guérison étant évaluées à 80%, le médecin est condamné pour sa négligence à payer des dommages-intérêts correspondant à 80% du dommage. Cette solution est critiquée par HENNAU-HUBLET qui considère que le recours à la théorie de la perte d'une chance était inutile pour conclure à la responsabilité du médecin⁷⁸³. Même si l'application de la théorie reste sporadique en matière de responsabilité médicale⁷⁸⁴, les tribunaux suivent désormais l'approche adoptée par la juridiction suprême en 1984⁷⁸⁵.

198 Doctrine. – En règle générale, la doctrine belge est plus réticente que les auteures françaises à reconnaître la théorie dans le domaine de la responsabilité médicale. VANSWEEVELT classe les critiques des auteures belges (et françaises) à l'endroit de l'indemnisation d'une chance perdue en quatre points: le reproche de confondre un aspect du dommage avec un problème de causalité⁷⁸⁶, les objections spécifiques à l'encontre de l'indemnisation d'une chance de guérison ou de survie⁷⁸⁷, l'aggravation

⁷⁸¹ Cass. (1^{re} ch.) 19 janvier 1984, *D'Argent c. Riguelle et consorts*, Pas. 1984 I 548; 59 RGAR (1986) n° 11084, 48 RW (1984-1985) p. 1806: «Qu'en se fondant sur la littérature scientifique qui considère la survenance d'une gangrène gazeuse comme une conséquence d'une faute thérapeutique ou d'un trop long délai de traitement, l'arrêt décide, sans violer les articles 1382 et 1383 du Code civil, 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».

⁷⁸² VANSWEEVELT, n° 450.

⁷⁸³ HENNAU-HUBLET, n° 538.

⁷⁸⁴ VANSWEEVELT, n° 451 s.

⁷⁸⁵ VANSWEEVELT, n° 451. Voir notamment CA Gent 26 décembre 1995, *O.M. V.K., V.E. et D.C/V.*, 3 Rev. Dr. Santé (1997-1998) p. 34.; Rechtbank Leuven 7 novembre 1997, *H. D. en L.C.M./V.D., V.L., St.-J.-ziekenhuis*, 4 Rev. Dr. Santé (1998-1999) p. 226; CA Antwerpen 30 juin 1997, *C./A.M.M.A.H./G., C. et G./C. et H.*, 5 Rev. Dr. Santé (1999-2000) p. 126; CA Antwerpen 26 avril 1995, *V.D.P./D.V. en v.z.w. Gez.C.*, 4 Rev. Dr. Santé (1998-1999) p. 230; CA Liège 15 mars 1994, *D. et A. c. N.*, 4 Rev. Dr. Santé (1998-1999) p. 151; CA Antwerpen 27 octobre 1992, *M., C. e.a./S.C.K. et M.*, 1 Rev. Dr. Santé (1995-1996) p. 125; CA Liège 26 mars 1991, *Schommers c. Leblanc*, 67 RGAR (1994) n° 12327; CA Anvers 2 mai 1989, *X. e.a./F. e.a.*, VI.T.Gez. (1989) p. 301, 53 RW (1989-90) p. 260; Tribunal d'Anvers 30 novembre 1987, *D. en B./H.*, VI.T.Gez. (1990) p. 213.

⁷⁸⁶ VANSWEEVELT, n° 460.

⁷⁸⁷ VANSWEEVELT, n° 461.

injustifiée de la responsabilité médicale⁷⁸⁸, et l'application de la théorie pour les chances dont la réalisation dépend de la volonté propre de la victime⁷⁸⁹. Tout en admettant que l'acceptation de la théorie ne permet pas d'éliminer tous les problèmes, il arrive néanmoins à la conclusion que les critiques ne semblent pas justifiées⁷⁹⁰. ANRYS rejette la tendance qu'a la justice française d'ériger en principe que toute faute médicale, si elle n'a pas causé le préjudice constaté, fait au moins perdre une chance de guérison ou d'amélioration de son état à la malade⁷⁹¹. Selon lui, «ce serait en définitive une application de la théorie des risques selon laquelle celui qui exerce une activité en supporte toutes les conséquences même en dehors de sa faute et qui n'existe en droit belge qu'en vertu de certaines lois particulières»⁷⁹². HENNAU-HUBLET critique également cette évolution vers une reconnaissance de la théorie dans le contexte médical⁷⁹³. Elle souligne que les statistiques qui démontrent une efficacité moins que certaine de l'intervention médicale ne devraient pas décourager les tribunaux d'établir un rapport causal entre la faute de la praticienne et le préjudice subi par la patiente⁷⁹⁴. Selon cette auteure, le recours injustifié au doute statistique explique la réticence des tribunaux criminels (dans l'exercice de leur compétence civile) à constater l'existence d'un lien de causalité dans les affaires médicales portant sur des omissions. Elle considère cependant que la même difficulté explique l'utilisation de l'analyse fondée sur la perte d'une chance par les tribunaux civils dans les cas où le rapport causal paraît (par exemple, statistiquement) incertain. Afin d'écarter toute difficulté inutile avec les preuves statistiques, elle suggère que les tribunaux veillent à ce que l'analyse du lien de causalité ait lieu en parfaite connaissance des faits particuliers de l'espèce. Cela exigerait une appréciation concrète du pouvoir causal de la faute et de toute la nature du préjudice. Elle montre ensuite que, dans de nombreux cas où le tribunal a rejeté le lien de causalité et plutôt appliqué la théorie de la perte d'une chance, une analyse plus classique aurait été possible⁷⁹⁵. Selon elle, il est également superflu d'exiger que la faute ait entièrement éliminé toute chance de survie⁷⁹⁶.

⁷⁸⁸ VANSWEEVELT, n° 462.

⁷⁸⁹ VANSWEEVELT, n° 463.

⁷⁹⁰ VANSWEEVELT, n° 464. Pour une discussion approfondie de ces griefs, voir n° 297 ss.

⁷⁹¹ ANRYS, p. 39 s.

⁷⁹² ANRYS, p. 40.

⁷⁹³ HENNAU-HUBLET, n° 428 ss.

⁷⁹⁴ HENNAU-HUBLET, n° 481: «[...] cette évaluation statistique des chances de survie ou de non-survie du dommage s'effectue au départ d'une situation théorique, idéale: en présence de la bonne attitude médicale subsiste l'aléa que le processus morbide évolue néanmoins défavorablement vers la lésion ou le décès. Cet aléa est chiffré. Il ne constitue qu'une *moyenne abstraite, théorique*. En réalité, le juge a à connaître d'une situation concrète toute autre: face à un contexte morbide, le médecin n'a pas adopté la mesure spécifique qui s'imposait et qui pouvait dériver le processus morbide de son cours. Dès lors, les résultats du calcul de probabilité effectué dans l'hypothèse d'une activité médicale adéquate se modifient au contact d'une situation réelle de faute médicale. Aussi, comment apprécier le pouvoir causal et le rôle causal de la faute d'omission du médecin au regard d'une moyenne causale statistique calculée au départ de prémisses *contraires* à la réalité des faits soumis à l'appréciation du juge».

⁷⁹⁵ HENNAU-HUBLET, n° 527 ss.

⁷⁹⁶ HENNAU-HUBLET, n° 544 ss; Eric DIRIX, *Het verlies van genezings- en overlevingskansen*, *V.T.Gez.* (1982) p. 106.

5.4.5. Chances indemnissables

199 Seuil minimal. – Les conditions pour l'indemnisation d'une chance perdue s'apparentent également beaucoup à celles élaborées en droit français (n° 50 ss)⁷⁹⁷. La perte d'une chance peut ainsi constituer un dommage susceptible d'être réparé lorsqu'il ressort des circonstances que la chance était certaine⁷⁹⁸ ou du moins raisonnablement certaine⁷⁹⁹. Autrement dit, la chance perdue doit être sérieuse ("ernstig") ou réelle ("reëel")⁸⁰⁰. Le pur hasard ou le simple espoir subjectif ne sont par contre pas pris en compte. Ont par exemple été considérées comme insuffisamment sérieuses: les chances perdues par un homme de 26 ans, victime d'un accident, de toucher plus tard un salaire élevé⁸⁰¹; les chances perdues par un club de football de se qualifier pour une ligue supérieure en raison de la blessure d'un de ses joueurs⁸⁰²; et les chances professionnelles perdues par un élève faible en raison du redoublement d'une année d'école dû à un accident⁸⁰³. Les juges belges ne citent que rarement un pourcentage précis de chances perdues et se cachent généralement derrière une estimation *ex aequo et bono*⁸⁰⁴. Il est donc difficile d'indiquer le seuil minimal de probabilité à partir duquel les tribunaux belges réparent une chance perdue. Même la perte de très petites chances peut donner lieu à indemnisation⁸⁰⁵. Un officier qui avait des chances de promotion très minces ("zeer miniem") a par exemple reçu une indemnité de FRB 25 000⁸⁰⁶. Parfois, le degré de probabilité retenu ne résulte que de la relation entre le dommage final et le montant de

⁷⁹⁷ A part les caractéristiques de la chance perdue elle-même, la doctrine insiste que la perte de la chance doit être établie. Selon VANSWEEVELT (n° 447), la chance d'obtenir ou d'atteindre un certain avantage doit avoir cessé définitivement et indiscutablement, car si l'existence du dommage dépendait encore d'événements futurs, le dommage serait purement hypothétique et ne donnerait pas lieu à réparation. Voir aussi AKKERMANS, p. 133.

⁷⁹⁸ CA Liège 20 octobre 1989, *F.M.C. Corporation c. M^{re} Y. Dumon, Ch. Van Buggenhout et J. Windey*, qualifiée qua faillite Verlipack, S.A. Glaceries de St-Roch, S.A. Glaverbel, S.A. Solvay et Cie, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (1990) p. 86, concernant la perte d'une chance résultant de la rupture des pourparlers.

⁷⁹⁹ Rechtbank de Turnhout 4 mai 1992, *Van M. et M./X*, 57 RW (1993-1994) p. 201.

⁸⁰⁰ DIRIX, n° 122. Selon VANSWEEVELT (n° 447), il n'est pas clair s'il faut attribuer une signification différente à ces qualifications. DE RIDDER (p. 552 s.) estime que l'adjectif "réelles" veut dire que seules des chances qui auraient effectivement pu se réaliser entrent en ligne de compte pour une indemnisation, tandis que l'adjectif "sérieuses" signifie que le dommage doit représenter une certaine valeur substantielle.

⁸⁰¹ Hof Gent 13 février 1980, 44 RW (1980-1981) p. 875.

⁸⁰² Tribunal de Liège 22 avril 1981, *Gilain et consorts c. Bellot*, JT (1982) p. 398.

⁸⁰³ CA Liège 3 juin 1970, *M.P. et Hatert c. Micha*, 43 RGAR (1970) n° 8516: «La perte d'une année scolaire dont se plaint la victime d'un accident atteinte d'une incapacité de locomotion, ne peut être considérée comme la conséquence directe et nécessaire de l'accident si rien ne l'empêchait de se procurer les cours qu'elle ne pouvait pas suivre et de les étudier normalement à son domicile et si, n'ayant pu se présenter à la première session des examens, aucune raison résultant de l'accident ne compromettrait ses chances de succès à la seconde session».

⁸⁰⁴ VANSWEEVELT, n° 468.

⁸⁰⁵ AKKERMANS, p. 135.

⁸⁰⁶ Cour militaire 24 avril 1975, *Nijs c. Cardon*, 51 RGAR (1978) n° 9852: «Lorsqu'il apparaît que les chances, normalement minimes, pour un officier de réussir les examens d'officier supérieur et d'être nommé à cette fonction ont encore été réduites par les séquelles d'un accident, et qu'en tout cas ces séquelles lui ont fait perdre la chance d'être nommé un an plus tôt, le dommage encouru du fait de la perte de cette chance peut être équitablement fixé *ex aequo et bono* à 25 000 francs».

l'indemnité allouée⁸⁰⁷ : une demanderesse perd une chance d'obtenir des prestations alimentaires de plus de FRB 4 mio. dans une procédure en réforme d'un jugement de divorce. Pour cette perte, les juges lui allouent une indemnité de FRB 250 000. La chance d'obtenir les prestations alimentaires convoitées est donc seulement de 6,25%⁸⁰⁸. VANSWEEVELT analyse de manière critique le véritable sens des deux adjectifs "sérieux" et "réel" souvent utilisés pour décrire la chance indemnisable et propose une réforme de la théorie de la perte d'une chance⁸⁰⁹. Il soutient en effet que

«[m]ême lorsque les chances sont plutôt minces (par exemple environ 10%), une condamnation inférieure y correspondant est encore logique car le dommage est également établi incontestablement»⁸¹⁰.

Il motive cette opinion par le principe selon lequel un dommage donne toujours lieu à réparation, aussi petit soit-il. Il dénonce ainsi une confusion de langage, car l'exigence de la certitude du dommage ne signifierait pas que le dommage doit atteindre un certain niveau, mais seulement qu'il doit exister⁸¹¹.

- 200 **Seuil maximal.** - La question du seuil maximal des chances se confond avec celle de savoir à partir de quel moment le rapport causal avec le dommage final est suffisamment probable pour fonder une condamnation correspondant à la totalité du dommage⁸¹². Il n'est pas nécessaire pour cela que le lien de causalité soit absolument et incontestablement établi. Une certitude juridique ("*gerechtelijke zekereheid*") suffit⁸¹³. Il faut comprendre par là un degré de vraisemblance aussi élevé que l'on ne pense plus sérieusement au cas contraire qui reste pourtant théoriquement possible⁸¹⁴. Tout en étant conscient que la proposition d'un pourcentage déterminé est toujours entachée d'arbitraire, VANSWEEVELT estime qu'une probabilité de 80% a pour conséquence que le rapport causal entre la faute et le dommage est certain à un point où le préjudice doit être réparé dans son ensemble⁸¹⁵. Un arrêt récent de la Cour d'appel d'Antwerpen a cependant tenu compte d'une perte d'une chance de 80% dans la détermination des dommages-intérêts⁸¹⁶. Quant à la responsabilité pénale de la doctoresse, la Cour de cassation belge a en tout cas décidé qu'une probabilité de 90% était insuffisante pour fonder la responsabilité pénale entière d'une praticienne prévenue d'homicide involontaire⁸¹⁷. Cet arrêt a été interprété par une partie de la doctrine française comme le rejet par la jurisprudence

⁸⁰⁷ AKKERMANS, p. 136.

⁸⁰⁸ CA Mons 16 février 1981, *MGFA c. Demoulin et Me Legat qq. c. Demoulin*, 55 RGAR (1982) n° 10479. Voir, à propos de cet arrêt, VANDENBERGHE/VAN QUICKENBORNE, p. 1536; VANSWEEVELT, n° 478.

⁸⁰⁹ VANSWEEVELT, n° 469 ss.

⁸¹⁰ VANSWEEVELT, n° 482.

⁸¹¹ VANSWEEVELT, n° 479.

⁸¹² AKKERMANS, p. 136.

⁸¹³ AKKERMANS, p. 136.

⁸¹⁴ Jan RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad* (Bruxelles 1954), n° 196: "[E]en hoge graad van waarschijnlijkheid, zodat men aan het tegendeel, dat theoretisch mogelijk blijft, niet meer ernstig hoeft te denken".

⁸¹⁵ VANSWEEVELT, n° 473. Cette opinion est pourtant en contradiction avec la décision de principe de la Cour de cassation (n° 197).

⁸¹⁶ CA Antwerpen 22 mars 1999, *V.T. c. S. en N.V.S.M.*, 6 Rev. Dr. Santé (2000-2001) p. 302.

⁸¹⁷ Cass. (2^e ch.) 23 septembre 1974, *Meunier c. Debremaeker*, Pas. 1975 I 87, JCP 1976 II 18216.

belge de la théorie de la perte d'une chance du domaine de la responsabilité médicale⁸¹⁸. L'évolution ultérieure de la jurisprudence de la Cour de cassation a montré que cette interprétation était erronée, en tout cas en ce qui concerne le domaine de la responsabilité civile (n° 197). Un arrêt récent de la Cour d'appel de Bruxelles a aussi été très large dans l'appréciation du lien causal en matière de responsabilité pénale de la doctoresse. Cette cour a en effet admis la responsabilité pénale de plusieurs praticiens même si les experts avaient estimé que l'omission reprochée aux prévenues avait abouti à une perte de chance de survie de la victime à raison de 40 à 50% seulement⁸¹⁹.

5.5 Droit néerlandais

5.5.1. Introduction

201 Vers une acceptation. - En dehors du fait que les bonnes et mauvaises chances sont prises en compte dans l'évaluation du dommage futur dont l'étendue est incertaine⁸²⁰, la théorie de la perte d'une chance est d'une portée limitée aux Pays-Bas⁸²¹. Les tribunaux ne l'appliquent qu'occasionnellement⁸²². La doctrine est partagée, mais un nombre croissant de publications récentes plaident en faveur de l'indemnisation de chances perdues. La création d'un risque durable peut également donner lieu à indemnisation à certaines conditions. Dans le domaine de la responsabilité médicale, le *Hoge Raad* n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'indemnisation de chances perdues, mais la tendance de la jurisprudence inférieure et les commentaires y relatifs font penser que la Cour suprême pourrait bien introduire cette théorie. En ce qui concerne les seuils minimal et maximal des chances indemnifiables, la perte d'une chance de 10% est suffisante pour donner lieu à une indemnisation proportionnelle, tandis qu'une perte d'une chance supérieure à 80% donne en général lieu à une réparation intégrale.

5.5.2. Jurisprudence et doctrine

202 Importance limitée dans la jurisprudence. - Les tribunaux néerlandais n'appliquent la théorie de la perte d'une chance que sporadiquement. La tendance générale va cependant vers une acceptation toujours plus large de cette approche⁸²³. C'est encore une fois dans le domaine de la responsabilité des avocats que la perte de la chance de gagner un procès est régulièrement réparée⁸²⁴. Dans un arrêt de 1997, le *Hoge Raad* n'a cependant

⁸¹⁸ R. SAVATIER, note sous Cass. (civ. 2^e) 23 septembre 1974, *Meunier c. Debremaeker*, JCP 1976 II 18216.

⁸¹⁹ CA Bruxelles 24 mars 1999, *D.W., Bo., C. c. Ba., N., S.*, 6 Rev. Dr. Santé (2000-2001) p. 305.

⁸²⁰ L'article 6:105 du Code civil néerlandais ordonne en effet à la juge d'évaluer le dommage futur par une pesée des bonnes et mauvaises chances ("*na afweging van goede en kwade kansen*"). Voir aussi AKKERMANS, p. 108 ss.

⁸²¹ AKKERMANS, p. 112.

⁸²² Un survol sommaire se trouve dans *Onrechtmatige Daad II* (Schadevergoeding; A.R. Bloembergen) (vieux), n° 154, et Lambertus Hinderikus PALS, *Onrechtmatige doodslag: Van beperkte naar volledige schadevergoeding*, diss. (Deventer 1983), p. 183 ss.

⁸²³ S.D. LINDENBERGH, *Vermogensschade*, in: *Schadevergoeding*, art. 96 n° 135, et les décisions citées.

⁸²⁴ Une des plus anciennes décisions dans ce domaine est celle de la *Rechtbank* d'Utrecht de 1942. Dans cette affaire, le demandeur avait été déclaré forcé pour une faute imputable à son avocat. La *Rechtbank* estimait que la valeur de la chance perdue devait être indemnisée. Lors de l'évaluation de cette valeur, elle s'est facilité le travail en estimant qu'elle était à peu près de 50% et en accordant au

pas exprimé de préférence pour une certaine manière de calculer le dommage résultant de l'impossibilité pour une cliente de faire appel d'un jugement défavorable par la faute de son avocat⁸²⁵. Le choix entre les deux possibilités envisagées par la Cour suprême, à savoir la reconstruction de ce qu'aurait pu être la décision d'appel et l'estimation de la valeur de la chance perdue, a en effet été laissé ouvert⁸²⁶.

- 203 Décision typique.** – La chance perdue est également indemnisée dans le cadre de ruptures de négociations contractuelles, lorsque la possibilité de conclure un contrat a été perdue par la faute de la partie cocontractante⁸²⁷. L'affaire *Gem. Heesch/Reijs*⁸²⁸ en est un bon exemple. Le collège de la commune de Heesch promet par écrit à Reijs, l'épouse d'un promoteur immobilier, de soumettre au conseil communal un contrat accompagné d'un préavis favorable concernant un échange de propriétés entre elle et la commune. Après avoir longtemps tardé à exécuter cette promesse, le collège arrive finalement à la conclusion que la transaction prévue est financièrement désavantageuse pour la commune. Plus tard, le conseil communal notifie à Reijs sa décision d'exproprier les terrains objets de la promesse d'échange. Reijs demande des dommages-intérêts d'environ FL 109 000, somme équivalant au bénéfice que lui aurait procuré la construction et la location d'une vingtaine d'appartements sur cette parcelle. La commune reconnaît que ce préjudice a été causé par l'inexécution de la promesse, mais elle explique que le conseil communal n'a jamais été d'accord avec cette proposition et qu'il n'aurait jamais conclu un tel contrat. Comme ce dernier fait ne peut pas être établi avec certitude, la *Rechtbank* considère qu'elle doit estimer le dommage *ex aequo et bono*. Elle tient compte dans sa décision de la chance, évaluée équitablement, que le contrat proposé par Reijs aurait été conclu par le conseil communal. Après une analyse de l'importance de la chance perdue par Reijs, la *Rechtbank* estime la valeur pécuniaire de cette dernière à FL 35 000⁸²⁹. Un appel puis un recours en cassation contre ce jugement sont rejetés.

- 204 Doctrine.** – La doctrine néerlandaise n'adopte pas d'attitude unanime envers la théorie de la perte d'une chance, mais elle l'accueille en général de façon positive⁸³⁰. La déci-

demandeur la moitié de la valeur litigieuse (*Rechtbank Utrecht* 28 octobre 1942, *X/Y*, NJ [1943] n° 231). Voir aussi HR 17 octobre 1997, *S./B.*, NJ (1998) n° 508; Hof Den Haag 10 avril 1996, *M./Mr Y.*, S A&V (1997) p. 132.

⁸²⁵ HR 24 octobre 1997, *Baijings/Mr H.*, *Rechtspraak van de Week* (1997) n° 207.

⁸²⁶ HR 25 septembre 1981, *van Veen/X*, NJ (1982) p. 255; Hof Den Haag 10 avril 1996, *M./Mr Y.*, S A&V (1997) p. 132, où un avocat a commis une faute professionnelle en ne respectant pas un délai pour faire recours. Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas une chance réelle ("*reële kans*") que le recours aurait amené un meilleur résultat et n'a ainsi pas procédé à une évaluation des chances perdues.

⁸²⁷ HR 23 octobre 1987, *Vaessen-Schoemaker Holding BV/Shell Nederland Chemie BV, Shell Petroleum NV*, NJ (1988) n° 1017.

⁸²⁸ HR 13 février 1981, *Heesch/Reijs*, NJ (1981) n° 456.

⁸²⁹ HR 13 février 1981, *Heesch/Reijs*, NJ (1981) n° 456.

⁸³⁰ AKKERMANS, p. 114; F.J. DE JONG, *Het verlies van een kans als schade-factor*, *NJB* (1944) p. 87 ss; STOLKER, p. 123 ss; Carl Jan Jozef Marie STOLKER, *Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies*, *NJB* (1995) p. 690; H.M. STORM/H.P.A.J. KAMP/E.W. SCHÖN, *Personenschade*, in: J. M. Barendrecht/H. M. Storm (éd.), *Berekening van schadevergoeding* (Zwolle 1995), p. 184 ss; J. M. VAN DUNNE, *Psychisch letsel als vorm van schade*, in: *Bijzonder letsel: Aansprakelijkheid voor psychisch letsel en psycho-somatische gevolgen van letsel*, Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1995, p. 51 ss; VAN, p. 261 ss; DE RIDDER, p. 548 ss; C.J.H. BRUNNER, *Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?*, 44 *AA* (1995) p. 932 ss; Ernst-Hugo HULST, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, thèse (Amhem 1993), p. 395 ss; Lambertus Hinde-

sion de la *Rechtbank* d'Utrecht de 1942 (note 824) avait donné lieu à certaines critiques⁸³¹ qui visaient cependant principalement la façon peu convaincante dont ce tribunal avait déterminé l'ampleur de la chance perdue⁸³². Même si le principe de l'indemnisation de chances perdues n'a été rejeté par personne de façon générale⁸³³, l'approche du tout-ou-rien représente toujours la règle de base et la théorie de la perte d'une chance ne s'applique qu'exceptionnellement⁸³⁴. SLUYTERS a des réticences à l'égard de l'indemnisation d'une chance perdue et estime, dans son étude de droit comparé sur la responsabilité médicale, que la violente critique de la doctrine française à l'endroit de la théorie est "compréhensible"⁸³⁵. BLOEMBERGEN n'est pas non plus favorable à l'introduction de la théorie, car la tâche de la juge serait justement en pareil cas de déterminer si l'avantage que la victime ne peut plus obtenir à cause de la faute de la responsable, aurait ou non été atteint sans le fait dommageable⁸³⁶. PALS estime que l'acceptation de la théorie dépend de la réponse à la question de savoir si la chance peut ou non être intégrée dans la notion de dommage⁸³⁷. Selon lui, seul un système juridique qui considère la perte ou la diminution d'une chance comme un dommage réparable, peut reconnaître cette théorie de manière cohérente⁸³⁸. DE RIDDER estime à ce propos que la notion de dommage prévalant aux Pays-Bas ne s'oppose pas à l'indemnisation de chances perdues⁸³⁹. STOLKER est également d'avis que la jurisprudence peut sans autre reconnaître la théorie de la perte d'une chance parce que la juge néerlandaise jouit d'une grande liberté dans la détermination de l'étendue de l'indemnité⁸⁴⁰. Dans la discussion récente sur la problématique de la responsabilité proportionnelle en cas de causalité in-

rikus PALS, *Onrechtmatige doodslag: Van beperkte naar volledige schadevergoeding*, thèse (Deventer 1983), p. 183 ss; Jan VAN SCHELLEN, *Juridische causaliteit: Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, thèse (Deventer 1972), p. 47; Gerhardus Hendrik Adriaan SCHUT, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, thèse (Zwolle 1963), p. 160;

⁸³¹ Gerhardus Hendrik Adriaan SCHUT, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, thèse (Zwolle 1963), p. 160; A. WOLFSBERGEN, *Onrechtmatige daad* (Leiden 1946), p. 172.

⁸³² AKKERMANS, p. 115.

⁸³³ AKKERMANS, p. 115. La prise de position la plus critique vient de A. WOLFSBERGEN, *Onrechtmatige daad* (Leiden 1946), p. 171 s. La critique de F.J.F.M. DUYNSTEE (*Het verliezen van een kans en het verliezen van een proces als schadefactor*, *NJB* [1944] p. 184 s.) se dirige uniquement contre l'application de la théorie à des chances perdues lors d'un procès.

⁸³⁴ *Onrechtmatige Daad II* (Schadevergoeding; A.R. Bloembergen) (vieux), n° 154; VANSWEEVELT, n° 454.

⁸³⁵ B. SLUYTERS, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking n° 34 (Deventer 1984), p. 16.

⁸³⁶ *Onrechtmatige Daad II* (Schadevergoeding; A.R. Bloembergen) (vieux), n° 154. En ce qui concerne la preuve du rapport causal, une certitude absolue ne serait pas exigée, mais un degré raisonnable de certitude suffirait.

⁸³⁷ Lambertus Hinderikus PALS, *Onrechtmatige doodslag: Van beperkte naar volledige schadevergoeding*, thèse (Deventer 1983), p. 186.

⁸³⁸ Pour une telle définition du dommage, voir Hofmann-VAN OPSTALL, *Het Nederlands verbintenissenrecht: De algemene leer der verbintenissen*, première partie, 9^e éd. (Groningen 1976), p. 174 ss: «Onder schade zou ik in het algemeen willen verstaan de ontneming of vermindering van gunstige mogelijkheden en/of van gunstige kansen van de schuldeiser ingevolge een bepaalde positief of negatief feit».

⁸³⁹ DE RIDDER, p. 551.

⁸⁴⁰ STOLKER, p. 127.

certaine, divers auteurs ont plaidé en faveur d'une application large de la théorie⁸⁴¹. L'analyse la plus complète se trouve chez AKKERMANS⁸⁴². Par une étude de droit comparé, cet auteur arrive à la conclusion que la théorie de la perte d'une chance devrait trouver application sans retenue en droit néerlandais⁸⁴³. Il estime que le concept du dommage de chance ("kansschade") est une méthode efficace, même si la mise en œuvre de cette approche peut demander plus d'imagination selon les problèmes concrets à résoudre. Des difficultés dans l'estimation de ce type de dommage ne seraient cependant pas insurmontables et ne pourraient dès lors pas empêcher son indemnisation⁸⁴⁴. Il estime en revanche que la théorie de la perte d'une chance ne peut pas être rattachée de manière cohérente à la problématique de la causalité⁸⁴⁵. GIESEN considère que la jurisprudence du *Hoge Raad* indemnisant les chances perdues par la faute d'une avocate s'applique à tous les cas de responsabilité professionnelle⁸⁴⁶.

5.5.3. Création d'un risque durable

205 Indemnisation possible. – La jurisprudence néerlandaise est disposée à appliquer la théorie de la perte d'une chance aussi à la création d'un risque durable⁸⁴⁷. AKKERMANS explique que si l'on considère la création d'un risque durable comme un dommage futur, son existence est incertaine et hypothétique et ne peut dès lors que difficilement entrer en ligne de compte pour une indemnisation⁸⁴⁸. Si l'on considère par contre la création d'un risque durable comme un dommage actuel, son indemnisation serait bien possible. La menace d'un dommage aurait en effet souvent des répercussions dans le présent sous forme du risque, estimable en argent, de sa réalisation⁸⁴⁹.

206 Précédent. – Dans *Oranje Nassau Mijnen/van den Broek*⁸⁵⁰, la valeur du risque actuel de réalisation d'un préjudice futur a été appréciée et indemnisée en argent: van den Broek réclame à Oranje Nassau Mijnen la réparation du dommage causé à sa propriété par l'exploitation d'une mine. Le *Hof* accorde non seulement des dommages-intérêts de FL 150 000 pour la diminution de la valeur de l'immeuble en raison des fissures, mais aussi un montant de FL 40 000 correspondant au risque que par l'effet de l'exploitation de la mine qui a entre-temps cessé, de nouveaux dégâts puissent apparaître sur l'immeuble. Le *Hof* suit en effet le raisonnement suivant: les experts estiment possible qu'environ dix ans après la publication de leur rapport, de nouveaux dégâts de mine puissent apparaître sur l'immeuble. Ce risque a d'emblée une influence négative sur la valeur de vente de l'immeuble et constitue donc un facteur actuel et non futur du dom-

⁸⁴¹ AKKERMANS, p. 115 et note sous *Hof* Amsterdam 4 janvier 1996, *Wever/De Kraker c.s.*, 4 A&V (1996) p. 67 ss; Carl Jan Jozef Marie STOLKER, Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies, *NJB* (1995) p. 690; VAN, p. 261 ss; M.J.J. DE RIDDER, note sous *Hof* Amsterdam 4 janvier 1996, *TvG* (1997) p. 64 ss; Niels FRENK, Toerekening naar kansbepaling, *NJB* (1995) p. 482 ss; Michael G. FAURE, *(G)een schijn van kans: Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade* (Antwerpen 1993), p. 40.

⁸⁴² AKKERMANS, chapitre 3 ("Het verlies van een kans"), p. 107 ss.

⁸⁴³ AKKERMANS, p. 217 s.

⁸⁴⁴ AKKERMANS, p. 218.

⁸⁴⁵ AKKERMANS, p. 218.

⁸⁴⁶ Ivo GIESEN, *Bewijstlastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid* (Deventer 1999), p. 138 ss.

⁸⁴⁷ AKKERMANS, p. 119 ss.

⁸⁴⁸ AKKERMANS, p. 121. Voir aussi *Schadevergoeding* (BOLT), art. 105 n° 1.

⁸⁴⁹ Voir aussi *Monografieën Nieuw BW B-36* (SPIER), n° 43; *Schadevergoeding* (BOLT), art. 105 n° 1.

⁸⁵⁰ HR 23 mai 1980, *NJ* (1980) n° 466.

mage. Cette influence négative est indépendante de la question de savoir si le risque se réalise effectivement dans dix ans. Comme van den Broek se déclare d'accord de considérer les FL 40 000 comme une somme pour solde de tout compte et de s'abstenir d'intenter d'autres actions en justice, le *Hof* estime que rien n'empêche l'allocation de ce montant. Cette décision est confirmée par le *Hoge Raad*. Même si AKKERMANS voit dans cet arrêt la preuve que le droit néerlandais admet la réparation pour la simple création d'un risque durable, il concède qu'il est parfois mieux d'attendre l'évolution du risque créé dans le futur⁸⁵¹.

5.5.4. Perte d'une chance dans le domaine médical

207 **Jurisprudence: précédent du *Gerechtshof* Amsterdam.** – Même si le *Hoge Raad* n'a pas encore eu la possibilité de clarifier la question de savoir si des chances médicales perdues doivent être indemnisées en droit néerlandais, les juges inférieurs sont de plus en plus enclins à appliquer la théorie de la perte d'une chance aussi en matière de responsabilité médicale⁸⁵². Selon AKKERMANS, les tribunaux inférieurs ont reconnu une seule fois la perte d'une chance de guérison ou de survie comme un préjudice susceptible de réparation⁸⁵³. Il s'agit de la décision du *Gerechtshof* Amsterdam dans *Wever/De Kraker c.s.*⁸⁵⁴: à la suite d'une erreur de diagnostic, une hémorragie cérébrale chez un bébé de trois semaines n'est pas découverte à temps. Cette faute professionnelle retarde d'un jour l'intervention chirurgicale. La mère du bébé demande des dommages-intérêts pour les anomalies durables résultant des lésions cérébrales consécutives à l'hémorragie. Les experts estiment que la chance de diminuer considérablement les séquelles pathologiques durables par un diagnostic correct plus rapide, n'était pas grande ("*niet groot*"). Le tribunal de première instance juge que le bébé a perdu à la suite de l'erreur une chance de recevoir un traitement meilleur et que cette chance n'était, en l'occurrence, pas négligeable, mais qu'elle était de 25%. Les défenderesses sont donc responsables à hauteur de ce pourcentage des dommages causés par l'hémorragie cérébrale. Cette décision est confirmée par le *Gerechtshof* Amsterdam. Comme ce jugement n'a pas fait l'objet d'un recours auprès du *Hoge Raad*, la question de l'indemnisation de chances médicales perdues attend toujours une décision de la part de la plus haute juridiction néerlandaise⁸⁵⁵.

208 **Doctrine.** – La littérature néerlandaise est partagée sur la question du traitement juridique approprié en cas d'incertitude sur le lien de causalité entre la faute médicale et le dommage⁸⁵⁶. Contrairement à d'autres pays cependant, une véritable discussion doctrinale vient à peine de s'amorcer. Des auteurs récentes s'expriment en faveur de l'application de la théorie de la perte d'une chance au domaine de la responsabilité médicale⁸⁵⁷. Ne voyant pas de différences fondamentales entre *Wever/De Kraker c.s.* et

⁸⁵¹ AKKERMANS, p. 122.

⁸⁵² VAN, p. 263.

⁸⁵³ AKKERMANS, p. 117.

⁸⁵⁴ *Gerechtshof* Amsterdam 4 janvier 1996, *Wever/De Kraker c.s.*, NJ (1997) n° 213, TvG (1997) p. 58.

⁸⁵⁵ Voir aussi *Rechtbank Middelburg* 11 mars 1998, *S/X-ziekenhuizen*, 46 *Verkeersrecht* (1998) n° 170.

⁸⁵⁶ AKKERMANS, p. 117.

⁸⁵⁷ AKKERMANS, p. 168 ss; A.J. AKKERMANS, note sous *Hof* Amsterdam 4 janvier 1996, *Wever/De Kraker c.s.*, 4 *A&V* (1996) p. 67 ss; *Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, in: W.H. van Boom/C.E.C. Jansen/J.G.A. Linssen (éd.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*

Gem. Heesch/Reijs (n° 203), KERKMEESTER estime que le *Hoge Raad* aurait confirmé l'arrêt du *Gerechtshof* Amsterdam reconnaissant l'indemnisation de la perte d'une chance dans le domaine médical. Il craint cependant que la problématique du rapport causal incertain ne puisse pas toujours être résolue par la juge en allouant des dommages-intérêts en fonction de la valeur des chances perdues. KERKMEESTER souhaite plutôt que la juge arrive à une décision médiatrice fondée sur l'équité dans laquelle une détermination subjective de la chance jouerait un rôle important⁸⁵⁸. AKKERMANS est d'avis qu'il n'existe aucune raison de refuser l'application de la théorie à la responsabilité médicale⁸⁵⁹.

209 Renversement du fardeau de la preuve. - D'autres auteurs plaident en faveur d'un renversement du fardeau de la preuve du lien de causalité naturelle dans certains domaines⁸⁶⁰. ASSER estime ainsi que l'exécution d'actes médicaux doit généralement aller de pair avec l'observation de certaines normes de sécurité médicales. S'il est établi qu'une faute a été commise, la victime n'aurait alors pas à prouver la cause exacte des dommages subis lors de l'intervention, mais ce serait au contraire à la doctoresse de prouver l'inexistence du lien entre sa faute et le dommage⁸⁶¹. Comme ASSER ne rejette pas explicitement l'indemnisation de chances perdues, AKKERMANS estime que l'approche de ce courant doctrinal pourrait être compatible avec la théorie de la perte d'une chance, à condition toutefois que l'on ne veuille pas à tout prix maintenir le système du tout-ou-rien⁸⁶². La méthode du renversement du fardeau de la preuve n'est en tout cas pas étrangère à la jurisprudence. Le *Gerechtshof* Amsterdam a ainsi jugé, dans une affaire antérieure à *Wever/De Kraker c.s.*, mais concernant également un diagnostic tardif, qu'il incombait à la doctoresse de prouver que le dommage se serait réalisé même si un diagnostic correct avait été posé et si les mesures adéquates avaient été prises. En l'occurrence, les expertes avaient estimé que les chances de rétablissement dans l'hypothèse d'un diagnostic correct et d'un traitement pratiqué à temps auraient été

(Deventer 1997), p. 105 ss; Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?, 47 *Verkeersrecht* (1999) p. 65 ss; D. PEEPERKORN, Het oordeel van Paris - Over medische kunstfouten en kansen op schade, 46 *Verkeersrecht* (1998) p. 321 ss; Jaap SPIER, *Schade en loss occurrence-verzekeringen* (Deventer 1998), p. 28 ss; Maarten F.J. HAAK, Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan, 47 *AA* (1998) p. 138 ss; STOLKER, p. 123 ss; Carl Jan Jozef Marie STOLKER, Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies, *NJB* (1995) p. 690; Jan VAN SCHELLEN, *Juridische causaliteit: Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, thèse (Deventer 1972), p. 47; VAN, p. 261 ss; DE RIDDER, p. 548 ss; note sous *Hof* Amsterdam 4 janvier 1996, *Wever/De Kraker c.s.*, *TvG* (1997) p. 58.

⁸⁵⁸ KERKMEESTER (1998), p. 435 s.

⁸⁵⁹ AKKERMANS, p. 193 ss, 218.

⁸⁶⁰ Wilhelm Daniël Hendrik ASSER, *Medisch feit en juridische causaliteit*, in: Medische en juridische causaliteit, Inleidingen, gehouden voor het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1990, p. 54; (1991), p. 75; J. M. BEER, *Medische aansprakelijkheid gezien vanuit de juridische praktijk*, in: Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit juridisch oogpunt gezien, Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1991, p. 10 ss; L. H. PALS, *De positie van jurist en medicus bij letselschaden*, *Advocatenblad* (1989) p. 72. Ivo GIESEN (Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!, 45 *AA* [1996] p. 534 ss) est en faveur d'un renversement du fardeau de la preuve notamment en cas de violation du devoir d'information par la doctoresse.

⁸⁶¹ Wilhelm Daniël Hendrik ASSER, *Medisch feit en juridische causaliteit*, in: Medische en juridische causaliteit, Inleidingen, gehouden voor het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1990, p. 54; (1991), p. 75.

⁸⁶² AKKERMANS, p. 118.

grandes ("groof")⁸⁶³. AKKERMANS relève cependant que la méthode du renversement du fardeau de la preuve n'a jamais été explicitement reconnue comme règle générale⁸⁶⁴.

5.5.5. Chances indemnifiables

210 Seuil minimal. - Selon SCHUT, la perte d'une chance sérieuse ("ernstige") peut en général être considérée comme un dommage certain⁸⁶⁵. STOLKER estime que l'indemnisation de n'importe quelle chance minime serait une solution farfelue. En ce qui concerne les chances médicales, il est d'avis que 10 à 15% sont suffisantes pour justifier une prise en compte. Une responsabilité pour la perte de chances plus petites ne lui semble toutefois pas problématique, car l'obligation de réparer le dommage serait diminuée en proportion⁸⁶⁶. FAURE qui traite de la question en relation avec les dommages de masse, estime par contre que la demande en dommages-intérêts doit être rejetée si la probabilité de causalité est très petite ("zeer laag"). Il craint que les frais occasionnés par la procédure deviennent trop importants par rapport à l'enjeu du procès⁸⁶⁷ et suggère pour cette raison un seuil d'environ 10%⁸⁶⁸. DE RIDDER est d'avis que la chance, pour être indemnifiable, doit représenter une certaine valeur substantielle ("enige substantiële waarde")⁸⁶⁹. Selon cet auteur, une petite chance avec des grandes conséquences pécuniaires peut être d'une importance considérable. C'est pourquoi il s'oppose à la fixation de pourcentages minimaux. Une exigence particulière est proposée par KERKMEESTER qui estime qu'un pourcentage minimal fixe ne peut pas être indiqué, mais que ce dernier doit dans tous les cas être largement supérieur à 50% ("wel ruim boven de vijftig")⁸⁷⁰. AKKERMANS craint cependant que si l'on maintient l'approche du tout-ou-rien, la tentation devienne d'autant plus forte de diminuer les exigences concernant la certitude du lien de causalité nécessaire à une indemnisation complète⁸⁷¹. AKKERMANS estime également qu'il est impossible de fixer, de manière rationnelle, des limites minimales et maximales pour l'indemnisation de chances perdues, mais il est d'avis que ce fait n'expose pas les justiciables à l'arbitraire dans la pratique⁸⁷². Dans les cas concrets, il existerait souvent des éléments de rattachement objectifs qui décideraient si une petite chance doit être prise en considération, respectivement si une grande chance doit "être arrondie vers le haut"

⁸⁶³ *Gerechtshof Amsterdam* 13 juin 1985, TvG (1986) n° 38. Voir aussi *Gerechtshof Amsterdam* 4 avril 1985, TvG (1986) n° 54; *Gerechtshof Amsterdam* 12 février 1987, TvG (1990) n° 84.

⁸⁶⁴ AKKERMANS, p. 119. D'un avis contraire, L. H. PALS, *De positie van jurist en medicus bij letselschaden*, *Advocatenblad* (1989) p. 72.

⁸⁶⁵ Gerhardus Hendrik Adriaan SCHUT, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, thèse (Zwolle 1963), p. 160.

⁸⁶⁶ STOLKER, p. 126. Voir aussi H.M. STORM/H.P.A.J. KAMP/E.W. SCHÖN, *Personenschade*, in: J. M. Barendrecht/H. M. Storm (éd.), *Berekening van schadevergoeding* (Zwolle 1995), p. 186.

⁸⁶⁷ Michael G. FAURE, (*Geen schijn van kans: Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade* (Antwerpen 1993), p. 41. AKKERMANS (p. 124 n° 52) admet que cet auteur ne se base pas sur la théorie de la perte d'une chance pour plaider en faveur d'une responsabilité proportionnelle, mais il estime que les problématiques sont tout à fait comparables.

⁸⁶⁸ Michael G. FAURE, (*Geen schijn van kans: Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade* (Antwerpen 1993), p. 38.

⁸⁶⁹ DE RIDDER, p. 553.

⁸⁷⁰ KERKMEESTER (1993), p. 773.

⁸⁷¹ AKKERMANS (p. 125, note 58) précise que la limite des possibilités pour le relâchement des exigences semble être atteinte à 50% + 1 et renvoie à la règle de la "balance of probabilities" de la common law (n° 180).

⁸⁷² AKKERMANS, p. 253.

pour que le lien de causalité entre la faute et le dommage final soit tenu pour certain⁸⁷³. Le maniement des seuils inférieur et supérieur des chances indemnifiables permettrait de limiter le champ d'application de la théorie et de contrecarrer les craintes d'un élargissement sans bornes de cette approche. Il serait notamment faux de craindre que l'exigence d'un rapport causal soit complètement sacrifiée, car l'indemnisation selon la vraisemblance de la causalité resterait ainsi une exception⁸⁷⁴.

- 211 **Seuil maximal.** – STOLKER estime que n'importe quel pourcentage inférieur à 100% ne devrait pas avoir pour conséquence que la défenderesse puisse seulement être rendue responsable d'un dommage correspondant à la chance perdue. La certitude ne serait en effet pas exigée en matière de causalité et la question serait donc de savoir si le dommage définitif (soit, en matière médicale, la mort ou l'invalidité permanente) se serait produit avec une vraisemblance suffisante (*"voldoende waarschijnlijkheid"*)⁸⁷⁵. FAURE est d'avis que la responsable doit indemniser la totalité du dommage si une certitude quasi complète (*"bijna volledige zekerheid"*) existe concernant le lien de causalité et estime qu'une vraisemblance de 80% est suffisante pour remplir cette exigence⁸⁷⁶.

5.6 Droit canadien

5.6.1 Introduction

- 212 **Situation ambiguë.** – Il est difficile de dégager une constante dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes au sujet de l'indemnisation de chances perdues. Certaines auteures voient dans les décisions des différents tribunaux une reconnaissance plus ou moins large de la théorie. Cette ambivalence est en partie due au fait que le droit canadien se trouve à l'intersection des traditions de la *common law* et du droit civil⁸⁷⁷. La situation est encore plus compliquée en ce qui concerne le droit civil québécois car il est souvent sous l'influence directe du droit civil français⁸⁷⁸ qui, lui, reconnaît la théorie de la perte d'une chance depuis longtemps et dans de nombreux domaines (n° 50 ss). La citation suivante montre bien le dilemme des juges québécois:

«Si les comparatistes s'intéressent à plusieurs systèmes juridiques, les juges du Québec doivent statuer selon le système juridique du Québec en matière civile. Il ne s'agit pas d'être puriste, encore moins chauvin. Il s'agit d'être conséquent et de manifester notre maturité. Cela ne fait pas obstacle, toutefois, à ce que nous nous inspirions du Droit civil français qui est la source de notre Code civil»⁸⁷⁹.

⁸⁷³ AKKERMANS, p. 253.

⁸⁷⁴ AKKERMANS, p. 254. Pour le manque de pertinence général de cette crainte, n° 319 ss.

⁸⁷⁵ STOLKER, p. 126.

⁸⁷⁶ Michael G. FAURE, (*Gleen schijn van kans: Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade* (Antwerpen 1993), p. 41.

⁸⁷⁷ MIRANDOLA, p. 269: «Taken as a whole, the Anglo-Canadian caselaw is fairly uncritical of the all-or-nothing approach to causation [...], and regards loss of chance analysis with suspicion».

⁸⁷⁸ MEMETEAU (1990), p. 604.

⁸⁷⁹ *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2627, une affaire de responsabilité médicale. Voir aussi *Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 30 (CA): «Il est toujours intéressant, souvent utile, parfois nécessaire de considérer les avis de la Cour de cassation [française]. En revanche, il va de soi que les arrêts de la haute instance n'engagent pas le droit civil du Québec».

La Cour suprême du Canada a considérablement limité le champ d'application de la théorie de la perte d'une chance dans *Laferrière c. Lawson* de 1991⁸⁸⁰ et a complètement exclu le recours à cette méthode pour le domaine de la responsabilité médicale. En ce qui concerne l'indemnisation de la création d'un risque durable, une partie de la doctrine estime que ce dommage est réparable en droit canadien. Pour être indemnisables en cas de perte, les chances doivent se réaliser avec une probabilité raisonnable ("reasonable probability"). Ce chapitre traitera essentiellement du droit de la Province du Québec.

5.6.2 Jurisprudence et doctrine

213 Jurisprudence en matière contentieuse. — BAUDOUIN estime que la théorie de la perte d'une chance trouve application lorsqu'une avocate laisse passer le délai de prescription et perd ainsi le recours que sa cliente aurait pu interjeter⁸⁸¹. Ainsi, dans *Lacourcière c. Laplante*⁸⁸², un avocat a reçu mandat de sa cliente de poursuivre deux personnes, mais imprudemment, il n'en poursuit qu'une. Le tribunal décide cependant que la personne qui n'a pas été poursuivie est seule responsable. La cliente intente alors une action en responsabilité contre son avocat. Le tribunal conclut que si la bonne défenderesse avait été poursuivie, la cliente aurait eu gain de cause dans la première action. Le lien de causalité entre la négligence de l'avocat et la chance pour la demanderesse d'obtenir des dommages-intérêts dans la première action est donc clairement établi. Il faut cependant relever, d'une part, que cet arrêt ne parle pas explicitement de la théorie de la perte d'une chance et, d'autre part, que la cliente a obtenu l'intégralité de la valeur litigieuse du premier procès dans l'action en responsabilité professionnelle contre son avocat. Selon MOLINARI, le raisonnement de ce tribunal est typique de la façon dont les juges québécois abordent la perte d'une chance en matière contentieuse: «[...] si le demandeur allègue qu'il a perdu son recours à cause de la négligence de son avocat, le tribunal devra se pencher sur le sort éventuel du premier recours et déterminer si le plaignant aurait réussi»⁸⁸³. MOLINARI souligne cependant que les tribunaux n'accordent pas toujours le plein montant réclamé dans la première action. Ce qu'ils allouent semble dépendre davantage de la mesure dans laquelle la cause est bien fondée que de la chance de succès. La distinction entre "mesure où la cause est bien fondée" et "chance de succès" est peu claire et la Cour suprême du Canada a essayé de la rendre plus compréhensible:

«Cette distinction peut sembler excessivement subtile, mais elle est importante. Nous sommes intéressés à déterminer si les cas de perte d'une chance sont traités comme des questions de probabilité ou comme des questions qui exigent l'évaluation de ce qui s'est effectivement produit. Les tribunaux du Québec semblent préférer la deuxième façon de procéder»⁸⁸⁴.

Dans *Prior et al. v. McNab*⁸⁸⁵ par contre, jugée dans la *common law* canadienne, l'Ontario High Court of Justice est arrivé à une autre conclusion: un policier appréhende une personne si rudement que la tête de cette dernière heurte la chaussée. Cette

⁸⁸⁰ [1991] 1 R.C.S. 541 (n° 224 ss).

⁸⁸¹ BAUDOUIN (1994), n° 1285.

⁸⁸² [1976] C.A. 433.

⁸⁸³ Patrick A. MOLINARI, La responsabilité civile de l'avocat, 37 *R. du B.* (1977) p. 292. Le droit américain utilise la même méthode ("trial-within-the-trial-method") sans considérer qu'il s'agit d'un cas d'application de la théorie de la perte d'une chance (n° 478).

⁸⁸⁴ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 588d-f (n° 224 ss).

⁸⁸⁵ [1977] 78 D.L.R. (3d) 319.

chute provoque des lésions permanentes au cerveau de la personne interpellée. L'avocat omet d'introduire une action en responsabilité contre le policier dans le délai de six mois prévu par le *Public Authorities Protection Act*. La victime introduit alors une action en responsabilité professionnelle contre son mandataire. Le tribunal reconnaît que la méthode du "trial-within-a-trial" (n° 478 ss) ne permet pas toujours de connaître l'issue de la première procédure. Il estime cependant que le mandant a quand même perdu quelque chose et que la cour doit attribuer une valeur à cette perte malgré ces difficultés:

*"There is a scale of possibilities, from certainty of victory at the top, through a probability of success, some prospects of success, to certainty of failure at the bottom. Anything above certainty of failure gives a right to damages. Therefore, even if the plaintiff could not establish that he probably would have succeeded against the policeman, and even if the Court were unable to conduct a substitute trial of such an action, the question the Judge must nevertheless ask and answer is: did the plaintiff have a right of value, a chose in action of reality and substance, arising out of his injury at the hands of the policeman?"*⁸⁸⁶ (mise en évidence ajoutée).

La théorie de la perte d'une chance a également trouvé application dans le domaine de la responsabilité des notaires. Dans *Brabander c. Goulet*⁸⁸⁷, un notaire, membre d'une entreprise œuvrant dans le domaine de l'immobilier, avait sollicité et reçu un prêt de \$CAN 27 000 d'un de ses clients. Il a cependant omis de rédiger et de signer l'acte créant une hypothèque sur des immeubles de l'entreprise pour garantir le prêt consenti. Le notaire a été tenu pour conjointement et solidairement responsable de la totalité des dommages-intérêts résultant de ce prêt obtenu dolosivement. La Cour suprême du Canada relève cependant que les juges inférieures avaient considéré que le lien de causalité était entièrement prouvé et que ce n'était donc pas une affaire à laquelle on avait appliqué une analyse fondée sur la perte d'une chance⁸⁸⁸.

- 214 **Jurisprudence en matière de perte de soutien futur.** – BAUDOUIN fait état du cas des parents qui, à la suite du décès d'une enfant, réclament une somme pour la perte de soutien futur⁸⁸⁹. Ainsi, dans *Grenier c. Gervais*⁸⁹⁰, le juge de première instance avait accordé la somme de \$CAN 2 000 pour la privation de "services futurs" en raison du décès d'un enfant de 15 ans qui était sur le point de travailler. La Cour d'appel a approuvé le montant des dommages-intérêts accordés, soulignant que "selon toute probabilité" et d'après les preuves administrées, le garçon aurait gagné un salaire semblable à celui de ses frères aînés. Le *quantum* des dommages-intérêts a cependant fait l'objet d'opinions dissidentes⁸⁹¹.
- 215 **Jurisprudence en matière contractuelle.** – Le premier arrêt d'une certaine importance appliquant la théorie de la perte d'une chance pour la détermination du préjudice subi

⁸⁸⁶ *Prior et al. v. McNab*, [1977] 78 D.L.R. (3d) 319.

⁸⁸⁷ [1985] C.A. 36.

⁸⁸⁸ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 589h-i (n° 224 ss).

⁸⁸⁹ BAUDOUIN (1990), n° 183. Voir aussi, pour le manque à gagner futur, *Should a claim for the loss of a chance of future earnings survive death?*, Alberta Law Reform Institute, Report No. 76, (Edmonton 1998).

⁸⁹⁰ [1950] Rapports judiciaires du Québec 60.

⁸⁹¹ La Cour suprême du Canada souligne pourtant qu'en l'occurrence, la responsabilité du défendeur pour le décès de l'enfant était déjà établie (*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 587b). Cette précision est difficilement compréhensible car la question du *quantum* des dommages-intérêts se pose de toute manière seulement une fois que le principe de la responsabilité est établi.

est *Toronto Hockey Club v. Arena Gardens of Toronto Ltd.*, décidée en 1925 par la Cour d'appel de l'Ontario⁸⁹². Cinq ans plus tard, cette cour a utilisé le même raisonnement dans une affaire impliquant des chances (ou plutôt des risques) d'inexécution d'un contrat portant sur des forages de pétrole⁸⁹³. Citons également *Hôpital St-Luc v. Beauchamp*⁸⁹⁴: un hôpital confie à un architecte l'établissement des plans et la supervision de la construction pour l'agrandissement de l'hôpital ainsi que d'une résidence pour les infirmières. Le mandataire doit être rémunéré conformément au tarif des architectes, mais seulement "pour le montant des travaux exécutés". Sans savoir que l'architecte a effectivement préparé des plans provisoires pour les deux projets de construction, l'hôpital révoque ultérieurement le mandat et le confie à un autre architecte. Après que la construction de la résidence des infirmières est achevée selon ses propres plans, le premier architecte intente une action pour récupérer les frais occasionnés par leur établissement. La Cour suprême du Canada accorde des dommages-intérêts non seulement pour les frais d'établissement des plans pour la résidence des infirmières, mais également pour la perte de la chance que l'agrandissement de l'hôpital ait été mené selon les plans et sous la direction du premier architecte. Dans une autre affaire, décidée en dernière instance par la Cour d'appel du Québec, une entreprise aérienne confie des vols à un nouveau pilote. Par la négligence du courtier d'assurance, le nouveau pilote ne se trouve cependant pas encore sur la liste des personnes autorisées à piloter au moment où un de ses vols se termine par l'écrasement et la destruction totale d'un avion. La compagnie aérienne demande la pleine valeur de l'avion en invoquant la négligence du courtier comme cause de la perte. Le juge de première instance et la majorité de la Cour d'appel considèrent que le courtier a effectivement fait preuve de négligence. Ils estiment cependant que c'est la négligence de l'entreprise aérienne elle-même résidant dans la permission donnée au pilote de voler avant d'avoir reçu confirmation de la couverture d'assurance qui est véritablement à l'origine de la perte en question. Le juge JACQUES, dissident au sein de la Cour d'appel du Québec, affirme que le juge de première instance n'a pas tenu compte de la conséquence directe et immédiate de la négligence du courtier, à savoir "la perte d'une chance réelle et sérieuse d'obtenir la couverture d'assurance requise"⁸⁹⁵. La Cour suprême du Canada estime cependant à propos de l'opinion dissidente:

«[L]'analyse fondée sur la perte d'une chance ajoute inutilement de la confusion à pareille affaire surtout parce qu'elle fait porter l'attention sur autre chose que le lien complet et véritable qui doit exister entre la faute et le préjudice. [...] L]'analyse fondée sur la perte d'une chance est ici artificielle et dissimule, en réalité, une rupture du lien de causalité. Une analyse complète exige, dans la mesure où elle est possible, la considération de toute la suite des faits, de la faute au préjudice réel lui-même»⁸⁹⁶.

La Cour suprême a en outre décidé que la théorie de la perte d'une chance était inapplicable à l'évaluation des dommages-intérêts pour la perte de revenus futurs subie par un professeur congédié sans juste motif⁸⁹⁷. Dans *Eastwalsh Homes Ltd. v. Anatol Deve-*

⁸⁹² Rapporté et discuté par COOPER (p. 226 ss).

⁸⁹³ Rapporté et discuté par COOPER (p. 228).

⁸⁹⁴ [1950] R.C.S. 3.

⁸⁹⁵ *Sol-Air B.G. Inc. c. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206, 208.

⁸⁹⁶ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 591b-e (n° 224 ss).

⁸⁹⁷ *Cohnstaedt c. Université de Regina*, [1996] 3 R.C.S. 451. Pour une critique du raisonnement de la Cour suprême et un plaidoyer en faveur de l'application de la théorie de la perte d'une chance, voir

*lopments Ltd.*⁸⁹⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le raisonnement du juge de première instance fondée sur la perte d'une chance. Ce dernier avait accordé 50% du préjudice à un promoteur immobilier pour la chance perdue en raison de la négligence d'un constructeur de faire enregistrer ses plans de construction⁸⁹⁹.

- 216 **Doctrine.** — COOPER estime que l'arrêt de principe anglais *Chaplin v. Hicks* (n° 179) a aussi influencé le droit canadien, notamment celui des contrats⁹⁰⁰. Il est d'avis que les cours canadiennes appliquent de manière constante la théorie de la perte d'une chance pour l'évaluation de préjudices dépendant de l'appréciation hypothétique de ce qui se serait passé en l'absence du fait dommageable⁹⁰¹. Il estime que le même raisonnement s'applique en droit des *faits*⁹⁰². NOOTENS pour sa part considère que la même chose vaut depuis longtemps pour le droit québécois⁹⁰³. Selon BAUDOUIN, les tribunaux canadiens qui reconnaissent que la simple privation d'une possibilité constitue un préjudice direct font ainsi application de la perte d'une chance⁹⁰⁴. Cet auteur analyse l'indemnisation de chances perdues en relation avec les problèmes liés à la certitude du dommage et à la permanence du préjudice futur⁹⁰⁵. Il estime que lorsque le rapport causal est établi et que le dommage satisfait au critère de probabilité, c'est-à-dire que la perte de la chance est réelle et sérieuse, il n'y a aucune raison de refuser son indemnisation⁹⁰⁶. Il insiste cependant sur le fait que la perte d'une chance doit s'examiner au niveau du préjudice et non au niveau du lien de causalité⁹⁰⁷. Il explique que dans les cas de perte d'une chance, ce n'est pas tant la perte effective que le tribunal cherche à compenser, mais plutôt la disparition, en raison de la survenance de l'acte fautif, de la chance soit d'éviter une perte, soit de réaliser un profit. Selon lui, la difficulté théorique tient au fait que ce type de préjudice est non seulement futur, mais, par définition, aléatoire. TANCELIN note également la difficulté de distinguer entre le préjudice réel et certain et le préjudice futur et simplement éventuel⁹⁰⁸. NOOTENS estime que l'indemnisation d'une chance perdue est un problème de préjudice et que la perte d'une chance, en tant que substitut au lien de causalité, devrait rester bannie du droit québécois de la responsabilité civile⁹⁰⁹. La plupart de ces auteurs s'étant prononcées en faveur de la théorie de la perte d'une chance avant que la Cour suprême du Canada, en 1991, n'en restreigne drastiquement le

Donald H. CLARK, *Loss of a chance in (and by) the Supreme Court of Canada*, 75 *Can. Bar Rev.* (1996) p. 564 ss.

⁸⁹⁸ [1993] 100 D.L.R. (4th) 469.

⁸⁹⁹ [1980] 108 D.L.R. (3d) 399 (la décision de première instance a été cassée car la Cour d'appel estimait que le contrat entre les deux parties n'aurait de toute façon pas été exécuté pour d'autres raisons), confirmé: 128 D.L.R. (3d) 192n, recours à la Cour suprême du Canada refusé: [1982] 1 R.C.S. xiii.

⁹⁰⁰ COOPER, p. 226 ss.

⁹⁰¹ COOPER, p. 230.

⁹⁰² COOPER, p. 230 s.

⁹⁰³ NOOTENS, p. 613.

⁹⁰⁴ BAUDOUIN (1990), n° 183 s., 928.

⁹⁰⁵ BAUDOUIN (1994), n° 213 s.

⁹⁰⁶ BAUDOUIN (1990), n° 183a.

⁹⁰⁷ BAUDOUIN (1990), n° 183a.

⁹⁰⁸ Maurice TANCELIN, *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd. (Montréal 1988), p. 336: «Mais l'opposition n'est pas aussi simple à faire en pratique entre un préjudice réel et un préjudice éventuel. La jurisprudence présente des cas limites où la perte d'une chance est considérée comme un dommage indemnisable».

⁹⁰⁹ NOOTENS, p. 625.

champ d'application et l'exclue complètement du domaine de la responsabilité médicale (n° 224 ss), le poids de cette doctrine est aujourd'hui considérablement limité.

5.6.3 Création d'un risque durable

- 217 *Janiak v. Ippolito*⁹¹⁰. - GERECKE et PARDY considèrent que la Cour suprême a reconnu dans cet arrêt une méthode fondée sur de simples probabilités pour l'indemnisation de dommages futurs⁹¹¹. Mais d'autres auteurs sont d'avis que la situation est plus compliquée que cela⁹¹². Dans cette affaire, la demanderesse a été blessée par la conduite négligente de la défenderesse dans un accident de voiture. Les expertes estimaient qu'une intervention chirurgicale pour corriger la blessure au dos avait une chance de succès de 70%, mais la victime a refusé l'opération. Comme la Cour suprême du Canada est arrivée à la conclusion que le refus de la blessée n'était pas raisonnable, cette dernière ne pouvait pas obtenir une indemnité pour l'ensemble de son préjudice, car elle a ainsi violé son devoir de limiter le préjudice ("duty to mitigate the loss"). Comme il restait 30% de chance que l'opération ne soit pas couronnée de succès, le montant des dommages-intérêts a été diminué de 70%. La Haute Cour n'était donc pas prête à reconnaître les chances de succès de 70% comme une certitude juridique et elle a indemnisé la demanderesse pour le risque durable de 30% d'un préjudice persistant⁹¹³. La Cour suprême du Canada a été influencée par l'opinion de Lord DIPLOCK de la *House of Lords* anglaise dans *Mallett v. McMonagle*:

*"In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend on its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages it awards"*⁹¹⁴.

- 218 *Athey v. Leonati*⁹¹⁵. - Dans cet arrêt de 1996, la Cour suprême du Canada ne devait pas examiner la "théorie de la perte de possibilités"⁹¹⁶. La Haute Cour précise néanmoins

⁹¹⁰ [1985] 16 D.L.R. (4th) 1.

⁹¹¹ GERECKE, p. 836 s; PARDY, p. 291: *"proportional recovery for a risk of future loss [...] is now the law in Canada"*. Pour une autre décision relevant du domaine médical où la création d'un risque a été considérée comme un dommage susceptible de réparation, voir l'arrêt de la *Supreme Court* du British Columbia dans *Meyer v. Gordon*, [1981] 17 C.C.L.T. 1. Pour une autre manière créative de résoudre le problème de la responsabilité pour la création d'un risque durable, voir *Wilson v. Rowsell*, [1970] 11 D.L.R. (3d) 737, [1970] R.C.S. 865, analysé dans ce sens par COOPER, p. 247 s. Voir, pour une décision semblable de la Cour d'appel de l'Ontario, *Schrump v. Koot*, [1977] 82 D.L.R. (3d) 553.

⁹¹² COOPER, p. 231 ss: *"With regard to valuing future possibilities - where the defendant has created a risk that loss may occur - the Canadian cases are not so decisive in support of simple probability. [...] The weight of authority is in favour of that approach, but there is a significant line of authority which appears to suggest that a plaintiff must prove that a future loss will occur on a balance of probabilities before he may recover in respect of that loss"*. Cet auteur discute surtout la décision de la Cour suprême dans *Corrie v. Gilbert*, [1965] 52 D.L.R. (2d) 1, comme arrêt difficilement conciliable avec l'application de la perte d'une chance. Voir aussi GERECKE, p. 797 ss.

⁹¹³ [1985] 16 D.L.R. (4th) 20 s.

⁹¹⁴ [1969] 2 All E.R. 178, 191a - 191b (HL).

⁹¹⁵ [1996] 3 R.C.S. 458, 140 D.L.R. (4th) 235.

⁹¹⁶ C'est par ces termes que les juges ont traduit l'expression "*Loss of Chance Doctrine*" de la version originale anglaise ([1996] 3 R.C.S. 458, 474).

que contrairement aux événements passés, les événements hypothétiques ou futurs n'ont pas à être prouvés selon la prépondérance des probabilités, mais doivent se voir accorder simplement un certain poids en fonction de leur probabilité relative⁹¹⁷.

5.6.4 Perte d'une chance dans le domaine médical

219 *Tardif c. Laverrière*⁹¹⁸. — Un jeune garçon hydrocéphale⁹¹⁹ est traité par un chiropraticien pendant sept ans. Les traitements administrés sont cependant douteux sur le plan médical. Ils n'ont ni détérioré ni amélioré l'état de l'enfant, mais ils lui ont occasionné certaines souffrances. La question se pose alors de savoir si, pendant ces sept années, le garçon aurait pu profiter d'une opération à même de le guérir ou d'autres traitements susceptibles d'apporter une amélioration de son état. La cour considère que le chiropraticien a commis une faute et qu'il est responsable du préjudice qu'il peut avoir causé. Comme il est difficile de savoir si une opération aurait été entreprise et quels en auraient été les bienfaits, le juge de première instance décide qu'il faut indemniser le demandeur de la manière suivante: «[T]enant compte, suivant la preuve, de tous les inconvénients, ennuis, retardements, inforts, souffrances [...], perte de chance d'une minime amélioration dont la présence du défendeur a pu être la cause, je crois juste d'évaluer à \$ 5,000 les dommages résultant à l'enfant»⁹²⁰. La Cour suprême du Canada admet que «cette affaire reconnaît manifestement l'existence d'une perte de chance»⁹²¹. Mais elle estime laconiquement:

«Il est cependant clair que le juge de première instance a refusé de reconnaître les avantages potentiels, ou la chance perdue, de l'opération, bien que, manifestement, ces avantages aient été possibles. S'il l'avait fait, cette décision aurait constitué un solide précédent en faveur de l'utilisation de la perte d'une chance dans les affaires médicales à l'instar du modèle français. En réalité, le juge de première instance a

⁹¹⁷ [1996] 3 R.C.S. 458, 470. Voir aussi un autre arrêt de la Cour suprême du Canada, *Snell v. Farrell* ([1990] 2 R.C.S. 311, 313; [1990] 72 D.L.R. [4th] 289): «Bien qu'il soit souvent difficile pour le patient de faire la preuve du lien de causalité dans les cas de faute médicale, il n'est pas nécessaire d'adopter l'une des possibilités qui découlent de l'arrêt *Ghee* [n° 189] — c'est-à-dire, que le demandeur démontre simplement que le défendeur a créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise, ou que le défendeur a le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité — puisque, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement». Cependant, la Cour est ensuite obligée de baisser considérablement ses exigences en matière de preuve en disant qu'«une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite» (p. 312 s.). Pour un commentaire de cet arrêt, voir FLEMING (1991), p. 138 ss. Pour un arrêt rendu par la *High Court of Australia* en 1990, voir *Malec v. J.C. Hutton Proprietary Ltd.* ([1990] 64 Australian Law Journal Reports 316), où une victime a obtenu une réparation proportionnelle aux probabilités que ses souffrances neurologiques soient dues à la négligence de l'ancienne employeuse dans la protection de ses employés. Pour un commentaire de cet arrêt, voir FLEMING (1991), p. 140 s.

⁹¹⁸ [1976] C.S. 1803.

⁹¹⁹ L'hydrocéphalie est une accumulation de liquide céphalo-rachidien dans les ventricules cérébraux et/ou dans les espaces sous-arachnoïdiens péricérébraux, du fait d'une affection acquise ou congénitale (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 430).

⁹²⁰ *Tardif c. Laverrière*, [1976] C.S. 1803, 1804.

⁹²¹ *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 593b. La plupart des arrêts évoqués dans ce chapitre ont été discutés par la Cour suprême du Canada dans la décision de principe *Laferrrière c. Lawson* (n° 224 ss). C'est pourquoi son interprétation est ajoutée à la fin des espèces concernées.

considéré ce préjudice trop "aléatoire", ce qui indique qu'il n'était pas tenté d'utiliser ce modèle⁹²².

- 220 *Lachambre c. Perreault*⁹²³. - Le demandeur a la jambe écrasée dans un accident de travail et le médecin traitant l'immobilise dans un plâtre. Quelques jours plus tard, le patient est transporté dans un autre hôpital mieux équipé pour traiter les problèmes vasculaires liés à cette blessure. Les doctresses constatent alors que la revascularisation de la partie inférieure de la jambe est impossible et que l'amputation s'impose. Le patient soutient que l'amputation est due à la faute du médecin, qui aurait dû constater le problème de circulation sanguine et le traiter plus tôt. Pour le juge de première instance, le médecin n'a pas commis de faute et, à supposer que faute il y eût, il n'y aurait de toute façon pas de rapport causal entre la faute reprochée au médecin et le préjudice subi par le patient. Sur recours, la Cour d'appel rappelle d'abord que le droit du Québec exige la preuve du lien de causalité selon la prépondérance des probabilités. En se fondant sur les rapports d'experts, elle arrive à la conclusion que les soins médicaux les plus pressés et les plus adéquats n'auraient pas permis au patient de conserver sa jambe, bien qu'elle ne puisse exclure cette possibilité de façon absolue. Elle rejette finalement l'argumentation fondée sur la perte d'une chance:

«La preuve me paraît donc loin de démontrer par probabilité prépondérante une relation de causalité entre une faute de Perreault, s'il y en avait, et le dommage dont se plaint Lachambre. Peut-on néanmoins dire, toujours en présumant que Perreault aurait dû s'occuper beaucoup plus tôt du problème de circulation sanguine, que telle faute a privé Lachambre de la chance, si minime qu'elle ait été, d'éviter l'amputation et qu'il doit y avoir dédommagement pour la privation de cette chance? Je ne le crois pas, malgré une certaine jurisprudence et une certaine doctrine française. [...] Puisque Lachambre a effectivement subi l'amputation, il n'est plus question, à mon avis, de le dédommager pour la privation de la chance de l'éviter. Il est question seulement de le dédommager pour l'amputation elle-même si la preuve démontre qu'elle est probablement due à la faute de Perreault. Or, [...] cette condition n'a pas été remplie»⁹²⁴.

La Cour suprême du Canada estime que cette méthode est celle couramment suivie par les tribunaux du Québec⁹²⁵.

- 221 *Lapointe c. Hôpital Le Gardneur*⁹²⁶. - Dans cette affaire, le juge MONET de la Cour d'appel du Québec énonce une acceptation prudente de la théorie⁹²⁷. Pourtant, trois juges sont finalement d'avis qu'en l'occurrence la causalité était établie selon la prépondérance des probabilités, et ils accordent le plein montant des dommages-intérêts. Seul le juge JACQUES est en partie dissident et considère qu'une chance de guérison a bel et bien été perdue. Il estime la probabilité de cette chance à 50% et accorde, en conséquence, la moitié des dommages-intérêts qui auraient été dus si la causalité avait été certaine. La majorité de la cour ne s'est cependant pas ralliée à cette analyse. Dans un autre arrêt de

⁹²² *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 593j - 594a (n° 224).

⁹²³ [1990] R.R.A. 397.

⁹²⁴ [1990] R.R.A. 399.

⁹²⁵ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 595e (n° 224 ss).

⁹²⁶ [1989] R.J.Q. 2619.

⁹²⁷ [1989] R.J.Q. 2625. Le juge MONET était prudent car il savait que l'affaire *Laferrière c. Lawson* était alors pendante devant la Cour suprême du Canada. L'arrêt de la Cour d'appel québécoise a ensuite également été cassé, mais pour des motifs étrangers à la question de l'acceptation de la perte d'une chance (*Lapointe c. Hôpital Le Gardneur*, 90 D.L.R. [4th] 27).

la Cour d'appel du Québec, *Gburek c. Cohen*⁹²⁸, un seul juge se pose la question de l'adoption du modèle français de la perte d'une chance pour finalement l'écarter⁹²⁹.

- 222 *Zuk v. Mihaly*⁹³⁰. – Dans cette affaire, décidée par la Cour suprême du Québec, l'épouse et la fille du patient défunt réclament des dommages-intérêts pour un préjudice causé par la faute d'un médecin âgé. Le patient ressent un malaise et se rend au cabinet du médecin. L'épouse du praticien reçoit le patient et l'informe que le cabinet est fermé. Le malade repart et s'affaisse devant la maison du médecin, victime d'une attaque cardiaque. Le praticien est prévenu et vient auprès du malade, sans toutefois lui administrer d'autre traitement que celui de lui placer les mains sur la poitrine. L'ambulance arrive environ 25 minutes plus tard et les ambulancières administrent immédiatement de l'oxygène, mais le patient est déclaré mort à son arrivée à l'hôpital. Le juge de première instance estime que le médecin a manifestement commis une faute en ne donnant pas d'oxygène à la victime. Au sujet de la causalité du préjudice, le juge précise: «Cependant [...], malgré sa présence [...], malgré la connaissance que, professionnellement, il ne pouvait ignorer des besoins immédiats et des soins qui seuls auraient pu donner une chance dans les cinq à six minutes à la victime de survivre son attaque, l'inaction du médecin défendeur a enlevé à M. Zuk sa seule chance de survivre»⁹³¹. La Cour suprême du Canada concède que cette analyse est fondée sur la perte d'une chance selon le modèle français⁹³², mais elle limite la portée de l'arrêt en disant qu'il a été rendu au cours du débat de la fin des années 80 sur l'acceptation du modèle français de la perte d'une chance au Québec. Elle soupçonne que cette affaire avait été décidée par anticipation de l'issue du débat en faveur de l'introduction de la théorie française⁹³³.

- 223 *Seyfert v. Burnaby Hospital Society c. a.*⁹³⁴. – La *British Columbia Supreme Court* a accordé une indemnité au patient pour la perte d'une chance de 25% d'éviter les risques de colostomie⁹³⁵, d'une seconde opération et d'une période de convalescence plus longue. Le tribunal a renvoyé au raisonnement du juge BROWN de la *Queen's Bench Division* anglaise dans *Hotson v. Fitzgerald*⁹³⁶. Cette décision a cependant été cassée en dernière instance par la *House of Lords*⁹³⁷.

⁹²⁸ [1988] R.J.Q. 2424.

⁹²⁹ «Il est difficile pour un juriste québécois de savoir quel est le sentiment exact de la Cour de Cassation [française] sur la question [...]. Quant à moi, humblement, je partage l'opinion de ceux qui pensent que, si le lien de causalité entre une faute et un préjudice n'est pas prouvé, la victime ne peut pas recevoir une indemnité partielle au motif qu'il existe une possibilité que la faute ait pu causer le préjudice» ([1988] R.J.Q. 2445).

⁹³⁰ [1989] R.R.A. 737.

⁹³¹ [1989] R.R.A. 738.

⁹³² *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 596h (n° 224 ss).

⁹³³ *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 597c (n° 224 ss).

⁹³⁴ [1986] 27 D.L.R. (4th) 96.

⁹³⁵ La colostomie est un anus artificiel (*Dictionnaire de Médecine Flammarion*, 4^e éd. [Paris 1991], p. 204).

⁹³⁶ [1985] 3 All E.R. 167 (QBD) (n° 186).

⁹³⁷ *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All E.R. 909 (HL) (n° 186). Pour un arrêt dans lequel la *Court of Appeal* du British Columbia a considéré qu'il n'y avait pas de dommage malgré un retard dans le traitement d'un cancer, voir *Wilson v. Vancouver Hockey Club*, [1985] 22 D.L.R. (4th) 516, confirmant une décision de la *Supreme Court*, [1983] 5 D.L.R. (4th) 282.

- 224 *Laferrière c. Lawson* de 1991⁹³⁸. - Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a rendu une véritable jurisprudence de principe en rejetant l'incorporation de la théorie de la perte d'une chance dans le droit québécois de la responsabilité médicale⁹³⁹.
- 225 **Faits.** - En 1970, une dame, alors âgée de 48 ans, consulte un gynécologue au sujet d'une masse anormale dans son sein. Le médecin pratique une biopsie⁹⁴⁰ et, après confirmation d'un diagnostic de cancer du sein, procède à une excision de la masse cancéreuse. Le praticien n'a cependant jamais révélé à la patiente l'existence du cancer dépisté et traité en 1971 et il n'a jamais recommandé de traitements postopératoires ou de suivi à long terme. Trois ans plus tard, la santé de la patiente se détériore rapidement et elle présente à ce moment les symptômes d'un cancer qui se généralise. Une doctoresse examine ses antécédents médicaux et découvre alors le diagnostic de cancer formulé quelques années auparavant. La patiente apprend finalement en 1975 qu'elle avait le cancer depuis 1971. Elle est alors fortement perturbée et convaincue d'avoir été privée d'un renseignement crucial pour elle et d'un suivi médical approprié à son état.
- 226 **Procédure.** - La patiente intente une action en responsabilité civile contre le médecin fin 1975. Elle a le temps de témoigner contre le médecin avant son décès début 1978. Son exécutrice testamentaire est autorisée à reprendre l'instance en 1981. L'action est rejetée sur le fond par la juge de première instance, mais la Cour d'appel du Québec casse cette décision en concluant que la faute du médecin a entraîné la perte d'une chance réelle et sérieuse de profiter de soins médicaux appropriés et elle accorde une indemnité de \$CAN 50 000⁹⁴¹. La Cour suprême du Canada accueille le pourvoi en partie. Elle accorde des dommages-intérêts de \$CAN 7 500 pour "la diminution de qualité de vie"⁹⁴² et de \$CAN 10 000 pour "préjudice psychologique"⁹⁴³.
- 227 **Conclusions.** - Cela étant, la majorité de la Cour rejette l'analyse fondée sur la perte d'une chance après un examen approfondi des doctrines et jurisprudences française et belge concernant l'application de la perte d'une chance dans le domaine de la responsabilité médicale:

«L'analyse fondée sur la perte d'une chance proposée comme fondement de dommages-intérêts pour souffrances physiques et mort prématurée ne convient pas, du moins quand la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, les principes classiques en matière de causalité suffisent et constituent les fondements essentiels de la responsabilité individuelle. La reconnaissance distincte d'une perte de chance est douteuse, sauf dans les cas exceptionnels, et il n'y a certainement aucune raison d'étendre une forme aussi artificielle d'analyse au contexte médical lorsqu'il faut tenir compte de fautes d'omission ou de fautes résultant d'une action concurrentement

⁹³⁸ [1991] 1 R.C.S. 541.

⁹³⁹ Voir aussi l'analyse de KASCHE, p. 206 ss.

⁹⁴⁰ Une biopsie est un prélèvement, *in vivo*, d'un fragment d'organe, de tissu ou de néoplasme, dans le but de le soumettre à un examen histologique, microbiologique ou immunologique (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 121).

⁹⁴¹ *Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27, 49 C.C.L.T. 309. Cette décision a été critiquée par Isabelle PARIZEAU, Le lien de causalité... au bord du gouffre, 49 *R. du B.* (1989) p. 514 ss.

⁹⁴² *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 612h.

⁹⁴³ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 611c.

avec d'autres facteurs de causalité identifiables pour déterminer ce qui a engendré le résultat particulier, qu'il s'agisse de maladie ou de décès»⁹⁴⁴.

228 Première explication: règles moins strictes du droit québécois en matière de causalité. - La Cour suprême estime que les tribunaux québécois ont porté leur attention en matière de responsabilité médicale sur le préjudice réel qui est survenu et sur l'avantage effectif qui aurait été obtenu plutôt que sur la chance elle-même:

«En France et en Belgique, le juge peut préférer concentrer son attention sur la chance elle-même et indemniser selon son degré de probabilité. Au Québec, le juge s'attachera plus généralement au résultat concret de la perte de chance, s'étant d'abord convaincu que ce préjudice peut être tenu pour présent et certain, au moins selon son évaluation du contexte factuel et selon la prépondérance des probabilités, ou que ce préjudice est la conséquence d'un préjudice initial concret dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts (dans laquelle le degré de probabilité sera considéré en même temps que d'autres facteurs pertinents)»⁹⁴⁵.

Cette différence par rapport aux pratiques française et belge serait due aux règles moins strictes du droit québécois en matière de causalité. La Cour préfère la méthode qui permet d'assurer l'existence d'un rapport causal entre la faute et la situation réelle de la patiente (le décès ou l'invalidité permanente) au moins selon la prépondérance des probabilités. Dans certains cas où la faute peut entraîner un danger manifeste pour la santé de la patiente et où ce danger s'est réalisé, le juge pourrait cependant présumer l'existence du lien de causalité, sous réserve d'une forte indication du contraire. Même si les preuves ne justifieraient pas, selon la prépondérance des probabilités, d'admettre l'existence d'un lien de causalité avec le décès ou l'invalidité permanente, ces mêmes preuves pourraient justifier la reconnaissance d'un lien de causalité avec un préjudice moindre, comme l'abrégement de la vie ou l'augmentation de la souffrance. Les régimes français et belges de responsabilité civile se seraient fondés sur les théories de l'équivalence des conditions ou de la *conditio sine qua non*, tandis que le droit québécois s'inspirerait plutôt de la théorie de la causalité adéquate⁹⁴⁶. Bien que, comme en France et en Belgique, la certitude de la causalité soit généralement exigée en droit québécois, cette condition deviendrait à la fois permissive (en admettant même les facteurs mineurs comme causes pourvu que leur rôle causal soit certain) et restrictive (en refusant même les facteurs majeurs dont le rôle causal est moins que certain)⁹⁴⁷. La sensibilité particulière des juges françaises et belges au caractère aléatoire des chances perdues serait due à leur insistance sur la certitude de la causalité⁹⁴⁸. Vu la notion qu'elles ont de la causalité, il serait plus cohérent pour les juges françaises et belges d'admettre un lien de causalité certain avec la perte d'une chance, considérée elle-même comme un préjudice, qu'un lien de causalité incertain avec un préjudice physiquement palpable (le décès, l'invalidité permanente)⁹⁴⁹. Les tribunaux québécois par contre accepteraient la preuve de la causalité selon la prépondérance des probabilités, ce qui serait dû à la plus grande in-

⁹⁴⁴ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 542d-1.

⁹⁴⁵ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 601a-c.

⁹⁴⁶ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 601h-i.

⁹⁴⁷ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602a.

⁹⁴⁸ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602b.

⁹⁴⁹ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602c-d.

fluence de la théorie de la causalité adéquate⁹⁵⁰. Le fait qu'il n'est pas certain que la faute alléguée ait causé le préjudice ne ferait ainsi pas obstacle à l'obtention d'une indemnité, vu que la probabilité est déjà prise en compte dans le cadre de cette théorie⁹⁵¹. Il suffirait dans ce cas que l'enchaînement causal soit rendu réel et crédible par les preuves. Une juge pourrait ainsi rattacher la faute à un préjudice aléatoire sans violer les règles générales de la causalité, pourvu qu'elle soit convaincue que ce lien est établi par suffisamment d'éléments de preuve sur ce qui se produit selon le cours normal des choses⁹⁵². C'est pour ce motif que les situations de perte d'une chance, du moins dans leurs contextes classiques, seraient, sur le plan théorique, plus faciles à résoudre au Québec qu'en France ou en Belgique⁹⁵³.

229

Deuxième explication: pas de préjudice intermédiaire en droit québécois. - Bien qu'il soit admis que les situations de perte de chance doivent s'analyser à l'aide de l'évaluation des probabilités, on ne considérerait pas nécessaire au Québec d'avoir recours à la notion artificielle d'un préjudice intermédiaire appelé "chance perdue"⁹⁵⁴. La Cour suprême admet que les situations de perte de chance présentent toujours des difficultés au niveau de la preuve, mais elle estime que si suffisamment de faits et de statistiques sont soumis en preuve, la juge tentera d'évaluer le préjudice réel ou final, c'est-à-dire la chance réalisée dans un sens ou dans l'autre⁹⁵⁵. Ce ne serait que dans des cas exceptionnels de perte d'une chance qu'une juge se trouvera dans la situation où le préjudice peut seulement se comprendre sous le rapport de probabilités ou de statistiques et où il sera presque impossible de dire si et comment la chance se serait réalisée dans un cas particulier⁹⁵⁶. La Haute Cour admet que lorsque la faute est déjà prouvée et que le tribunal n'a identifié aucun autre facteur causal concomitant, il est loisible d'évaluer les dommages-intérêts uniquement en fonction de la chance⁹⁵⁷. Elle s'oppose cependant à ce que le droit québécois fasse de ces cas d'exception le fondement théorique de l'indemnisation dans tous les cas de perte d'une chance. Elle juge en effet que cela serait inutilement abstrait et, surtout, donnerait la fausse impression que les tribunaux sont plus intéressés à la certitude des chances statistiques qu'aux résultats probables que ces chances représentent⁹⁵⁸. Ce raisonnement qui aboutit au rejet de l'incorporation dans le droit civil du Québec de la théorie de la perte

⁹⁵⁰ Selon les différentes formulations de cette théorie, un acte ou une omission est une cause si elle est, de par sa nature, apte, d'après l'expérience, à engendrer un préjudice semblable à celui qui est survenu, ou, en d'autres termes, si, dans le cours normal des événements, la conséquence s'ensuit (Anthony M. HONORÉ, *Causation and Remoteness of Damage*, in: A. Tunc [éd.], *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, ch. 7, n° 49).

⁹⁵¹ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602f-g.

⁹⁵² *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602h-i.

⁹⁵³ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602i-j.

⁹⁵⁴ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 602j - 603a.

⁹⁵⁵ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 603a-b.

⁹⁵⁶ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 603c. La Cour suprême estime que l'exemple le plus parfait d'une telle perte d'une chance est celui du billet de loterie qui n'a pas été placé dans le tirage par la négligence du vendeur du billet. Le juge n'aurait pas de contexte factuel pour évaluer le résultat probable et devrait ainsi décider en fonction de la pure chance statistique.

⁹⁵⁷ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 603f.

⁹⁵⁸ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 603g-h.

d'une chance, vaudrait *a fortiori* pour le domaine de la responsabilité médicale⁹⁵⁹. Le juge LA FOREST a émis une opinion dissidente en estimant que le pourvoi devait être rejeté pour les motifs prononcés par le juge JACQUES de la Cour d'appel. Ce dernier était d'avis que le droit civil reconnaissait la perte d'une chance comme un préjudice indemnisable dans ce genre de cas⁹⁶⁰.

- 230 **Jurisprudence ultérieure.** – L'attitude réservée de la Cour suprême du Canada envers l'indemnisation de chances perdues de guérison concernait le droit de la province du Québec. Les objections conceptuelles pourraient cependant être considérées comme pertinentes aussi par d'autres juridictions⁹⁶¹. Ceci est notamment dû au fait que les conditions de la responsabilité médicale sont comparables dans les différentes juridictions et que le degré de preuve de la probabilité prépondérante vaut aussi dans l'ensemble du Canada⁹⁶². Il est donc difficile de voir comment des chances perdues de guérison pourraient être indemnisées sur la base de la jurisprudence actuelle au Canada. C'est pourquoi les tribunaux de droit civil et de la *common law* ne se sont plus posés la question des chances perdues, mais se sont concentrés sur l'appréciation des preuves soumises pour l'établissement de la causalité du préjudice global⁹⁶³.
- 231 **Défaut d'informations.** – Dans le domaine de la responsabilité pour une information insuffisante par la doctoresse, la jurisprudence canadienne ne recourt en général pas non plus à la théorie de la perte d'une chance. La Cour suprême du Canada a jugé dans *Reibl v. Hughes*⁹⁶⁴ qu'une patiente avait le droit d'être renseignée sur tous les risques d'un traitement. À la suite de cet arrêt, la Haute Cour a craint les abus en cas de résultat peu satisfaisant, les patientes mécontentes pouvant être amenées à accuser indûment les doctresses de ne pas les avoir informées correctement avant le début du traitement. Afin de protéger les doctresses, la Cour suprême a introduit le test objectif modifié ("*modified objective test*") ce qui a été confirmé dans *Arndt v. Smith*⁹⁶⁵. Selon ce test, la patiente doit établir qu'une personne raisonnable ayant les mêmes croyances, craintes, désirs et attentes et placée dans la même situation, aurait refusé le traitement si elle avait été informée correctement. WADDAMS suggère d'appliquer la théorie de la perte d'une chance aussi aux cas impliquant des défauts d'informations⁹⁶⁶.
- 232 **Controverses doctrinales.** – Avant que la Cour suprême n'ait définitivement décidé du sort de la théorie de la perte d'une chance en matière médicale, BAUDOUIN estimait que celle qui est privée d'une chance de guérison ou de rémission pouvait réclamer la réparation de ce dommage⁹⁶⁷. Dans son analyse détaillée de l'arrêt fatidique de la juridiction suprême, MASSE arrive pour sa part à la conclusion que «la notion de perte de chance de survie était, dès le départ, une impasse conceptuelle dont nos tribunaux ne pouvaient, de

⁹⁵⁹ *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 605i-j.

⁹⁶⁰ *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 613a-b.

⁹⁶¹ Ainsi par exemple par la *Manitoba CA* dans *Cabral v. Gupta*, [1992] 13 C.C.L.T. (2d) 323, 326 s.

⁹⁶² KASCHE, p. 209.

⁹⁶³ *Briffett v. Gander & District Hospital Board*, [1996] 29 C.C.L.T. (2d) 251 (Newfoundland CA); *Law Estate v. Simice*, [1995] 27 C.C.L.T. (2d) 127 (British Columbia CA); *Kirschenbaum-Green c. Surchin*, [1997] 44 C.C.L.T. (2d) 68 (CA Québec); *Suite c. Cooke*, [1993] 15 C.C.L.T. (2d) 15 (Cour supérieure du Québec); *Cabral v. Gupta*, [1992] 13 C.C.L.T. (2d) 323 (CA Manitoba).

⁹⁶⁴ [1981] 114 D.L.R. (3d) 1.

⁹⁶⁵ [1997] 2 S.C.R. 539.

⁹⁶⁶ WADDAMS, p. 93 ss.

⁹⁶⁷ BAUDOUIN (1990), n° 183a. Voir aussi MEMETEAU (Montréal 1990), n° 300 ss.

toute façon, sortir avec une solution positive»⁹⁶⁸. MIRANDOLA, par contre, estime que l'analyse basée sur la perte d'une chance devrait être reconnue dans la jurisprudence canadienne de la *common law*. La réparation de la perte d'une chance réelle et raisonnable ("*a real and sensible chance*") d'atteindre une issue favorable serait parfaitement compatible avec la théorie traditionnelle de la causalité naturelle et offrirait l'espoir d'aboutir à des décisions plus justes, équitables, précises et honnêtes, spécialement dans des cas de négligence médicale⁹⁶⁹. Cet auteur estime en outre que même si *Laferrière c. Lawson* a été décidée dans un contexte de droit civil, une grande partie du raisonnement de la Cour suprême est également applicable à la *common law*⁹⁷⁰. WADDAMS estime que la Cour suprême du Canada a, en tout cas dans son résultat, suivi l'attitude de la *House of Lords* dans *Holson v. East Berkshire Area Health Authority* (n° 186)⁹⁷¹. Il regrette cette tendance et plaide en faveur de l'approche probabiliste dans une très large mesure⁹⁷². BLACK se demande cependant où devrait être fixée la limite entre la méthode probabiliste et la méthode du tout-ou-rien dans la solution de cas de causalité naturelle incertaine:

*"Since such uncertainties are not confined to causation issues but may be components of most legal questions, those arguments appear to entail that courts might render judgement in a negligence action in the following form: it is 95% likely that the defendant was subject to a duty of care, 85% likely that the duty was breached, 45% likely that the breach caused the plaintiff's loss, 95% likely that the loss was not too remote, 5% likely that the plaintiff failed to mitigate and 90% likely that proper mitigation would have averted the loss"*⁹⁷³.

5.6.5 Chances indemnisables

233 Probabilités raisonnables. - La Cour suprême avait déjà clarifié les caractéristiques nécessaires des chances réparables en cas de perte dans *Kinkel v. Hyman* de 1939⁹⁷⁴. Les juges suprêmes estimaient que l'arrêt anglais *Chaplin v. Hicks* (n° 179) représentait un précédent permettant d'accorder plus que des dommages-intérêts nominaux ("*nominal damages*"⁹⁷⁵) pour la perte de la simple chance de bénéfices possibles. Pour cela il faut qu'il y ait une probabilité raisonnable pour la lésée d'en tirer un avantage d'une valeur pécuniaire réellement substantielle⁹⁷⁶:

"For my part, I can find no authority in [...] Chaplin v. Hicks [...] justifying any Court in awarding any more than a nominal sum as damages for the loss of a mere chance of possible benefit except upon evidence proving that there was some reason-

⁹⁶⁸ Claude MASSE, *Chronique de droit civil québécois 1990-91*, 211 *Supreme Court Law Review* (1992) p. 225.

⁹⁶⁹ MIRANDOLA, p. 259.

⁹⁷⁰ MIRANDOLA, p. 273. Dans ce sens, l'arrêt de la *Manitoba CA* dans *Cabral v. Gupta*, [1992] 13 C.C.L.T. (2d) 323, 326 s.

⁹⁷¹ WADDAMS, p. 88 s., 93.

⁹⁷² WADDAMS, p. 86 ss.

⁹⁷³ BLACK, p. 96 s. La théorie suisse qui sera proposée sous n° 324 ss, permet d'éviter ce risque grâce à des conditions d'application strictes.

⁹⁷⁴ [1939] 4 D.L.R. 1. Voir aussi l'opinion du juge TIDMAN de la *Nova Scotia Supreme Court* dans *Central Guaranty Trust Co. v. Patterson Kitz et al.* ([1995] 139 *Nova Scotia Reports* [2d] 331).

⁹⁷⁵ Sur cette notion, voir note 664.

⁹⁷⁶ Les juges de la Cour suprême renvoient à l'arrêt anglais *Sapwell v. Bass*, [1910] 2 *King's Bench* 486 (KBD) (note 659).

able probability of the plaintiff realizing therefrom an advantage of some real substantial monetary value"⁹⁷⁷ (mise en évidence ajoutée).

BAUDOUIN estime que les chances doivent être réelles et sérieuses pour être indemnisées en cas de perte⁹⁷⁸.

5.7 Résumé et conclusion

- 234 **Image mitigée.** - Le survol des droits allemand, anglais, belge, néerlandais et canadien montre que la théorie de la perte de chance est appliquée dans presque tous les systèmes juridiques examinés, sous une forme ou une autre⁹⁷⁹. L'incorporation de la théorie a toujours été très controversée et les discussions sur son champ d'application et les modalités de sa mise en œuvre persistent partout. Son application dans le domaine médical est particulièrement controversée.
- 235 **Allerago.** - Le droit allemand ne connaît pas l'indemnisation de chances perdues. Trois raisons principales sont invoquées pour ce fait: les juges sont, de par la loi, liés à un calcul précis des divers postes du dommage; le catalogue exhaustif des biens juridiques protégés interdit aux tribunaux de considérer la chance perdue comme un nouveau type de dommage; selon le § 252 BGB, le gain manqué ne donne droit à réparation que si sa réalisation est prouvée avec vraisemblance. En matière médicale, les juges allemands tentent d'améliorer la situation des patientes par un allègement du fardeau de la preuve pour la causalité naturelle et un renversement de ce fardeau en présence d'une faute grave.
- 236 **Grande-Bretagne.** - Le droit anglais est familier avec l'indemnisation de chances perdues depuis le début du siècle passé déjà. Il applique la théorie non seulement dans le domaine de la responsabilité des auxiliaires de la justice, mais aussi dans d'autres cas de responsabilité contractuelle et en matière de perte de soutien. La création d'un risque durable ne donne lieu à réparation qu'à des conditions strictes et le régime varie selon le type de préjudice et la nature de l'action. En matière médicale, la *House of Lords* a considérablement restreint le champ d'application de la théorie par une décision de 1987. Pour être indemnisables les chances perdues ne doivent pas être "too remote", mais ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont fixé un pourcentage précis minimal ou maximal.
- 237 **Belgique.** - Le droit belge suit de manière fidèle l'évolution de la théorie en droit français. En matière médicale, la Cour de cassation belge a reconnu l'indemnisation de chances de survie ou de guérison perdues par un arrêt de 1984.
- 238 **Pays-Bas.** - Les tribunaux néerlandais n'appliquent la théorie que sporadiquement, mais la tendance générale va vers une acceptation toujours plus large de cette approche. Même si le *Hoge Raad* n'a pas encore eu la possibilité de se prononcer sur l'application de la théorie en matière médicale, les décisions des instances inférieures ainsi que la discussion récente dans la doctrine font penser que le droit néerlandais pourra prochainement indemniser les chances perdues aussi dans le domaine médical.

⁹⁷⁷ *Kinkel v. Hyman*, [1939] 4 D.L.R. 7. Voir aussi l'analyse faite par COOPER (p. 229).

⁹⁷⁸ BAUDOUIN (1990), n° 183a.

⁹⁷⁹ AKKERMANS, p. 168; Thierry VANSWEEVELT, *Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de medische aansprakelijkheid: evolutie en hervorming*, 6 *Rev. Dr. Santé* (2000) p. 118.

- 239** Canada. — La situation canadienne, et notamment québécoise, est peu claire. Même si certaines décisions en matière contentieuse, de perte de soutien futur et de responsabilité contractuelle en général font application de la théorie, la jurisprudence et la doctrine montrent des jugements et des commentaires contradictoires à ce sujet. Par un arrêt de 1991, la Cour suprême du Canada a en tous les cas exclu la théorie de la perte d'une chance du domaine médical.

6 Situation en Suisse *de lege lata*

240 Plan. – Ce chapitre a pour but de présenter la situation actuelle de l'indemnisation de chances perdues en droit suisse, d'abord selon la législation (6.1) et ensuite en jurisprudence (6.2).

6.1 Législation

6.1.1 Législation interne

241 Absence de disposition légale. – Le droit interne actuel ne connaît aucune disposition permettant expressément la réparation de la perte d'une chance.

6.1.2 Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international

242 Article 7.4.3(2). – L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome. Sa vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé d'Etats ou de groupe d'Etats et de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats de règles uniformes de droit privé. UNIDROIT compte actuellement 58 Etats membres dont la Suisse⁹⁸⁰. En 1994, cette organisation a publié des Principes relatifs aux contrats du commerce international⁹⁸¹. Le préambule explique que «[l]es principes d'UNIDROIT reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous, [...] [mais] ils renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale». Selon le préambule, les Principes trouvent application dans le commerce international lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat ou lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable. Ils servent également à interpréter ou à compléter d'autres instruments du droit international uniforme et constituent un modèle pour les législatures nationales et internationales. Ces buts ambitieux ne doivent cependant pas faire oublier que les principes d'UNIDROIT n'ont aucune valeur contraignante et ne peuvent trouver application que si, en présence des autres conditions, la *lex loci arbitrii*

⁹⁸⁰ Voir arrêté fédéral du 21 février 1964 approuvant le statut organique de l'institut international pour l'unification du droit privé, FF 1963 II 349, RO 1964 465. Le texte du Statut organique est publié au RO 1964 466 et au RS 0.202.

⁹⁸¹ Ces principes peuvent être consultés sur Internet à l'adresse suivante: <<http://www.unidroit.org/french/principles>>. Voir aussi Ernst A. KRAMER, *Die Europäisierung des Privatrechts*, 19 *recht* (2001) p. 102 ss; Franz WERRO/Eva Maria BELSER, *Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge – Eine Würdigung aus schweizerischer Sicht*, in: *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé* (Zürich 1998), p. 511 ss; Ulrich C. MAYER, *Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge – Zielsetzung, Anwendungsbereich und ihre Bedeutung für die schweizerische Rechtspraxis*, 7 *PJA* (1998) p. 499 ss; Paolo Michele PATOCCHI/Xavier FAVRE-BULLE, *Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – Une introduction*, 120 *SL* (1998) p. 569 ss.

ou la *lex fori* le permettent⁹⁸². Sous la section 4 ("Dommages-intérêts") du chapitre 7 ("Inexécution"), l'article 7.4.3, intitulé "Certitude du préjudice", stipule:

«(1) N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude.

(2) La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

(3) Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal».

Cet article affirme donc l'exigence de la certitude du préjudice, car il n'est pas possible d'imposer à la débitrice la réparation d'un préjudice purement hypothétique ou éventuel. La certitude exigée porte en outre non seulement sur l'existence du préjudice, mais aussi sur son étendue. L'alinéa 2 permet expressément la réparation de la perte d'une chance dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

- 243 **Importance.** - Les Principes sont de plus en plus invoqués comme instrument pour interpréter ou compléter le droit national applicable à des disputes à caractère international, notamment dans le contexte de l'arbitrage⁹⁸³. En ce qui concerne la perte d'une chance, un tribunal arbitral s'est par exemple basé sur l'article 7.4.3(2) pour réparer ce préjudice en droit algérien, même si le Code civil algérien ne contient aucune disposition en ce sens. Dans cette affaire, les arbitres ont expliqué que les Principes d'UNIDROIT «consacrent [...] des règles très largement admises à travers le monde dans les systèmes juridiques et la pratique des contrats internationaux»⁹⁸⁴. Conformément à son engagement dans le cadre d'UNIDROIT, la Suisse a donc intérêt, pour des raisons de compatibilité avec d'autres systèmes juridiques en matière de commerce international, à introduire l'indemnisation de la perte d'une chance.

6.2 Jurisprudence

6.2.1 Absence de décision

- 244 **Aucune référence expresse.** - Jusqu'à présent, aucun tribunal cantonal ou fédéral n'a appliqué expressément la théorie de la perte d'une chance. L'arrêt de l'*Obergericht* zurichois de 1988, dans lequel le tribunal ne mentionne d'ailleurs pas non plus la théorie de la perte d'une chance, représente un précédent isolé⁹⁸⁵.

⁹⁸² Ulrich C. MAYER, Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge – Zielsetzung, Anwendungsbereich und ihre Bedeutung für die schweizerische Rechtspraxis, 7 *PJA* (1998) p. 502.

⁹⁸³ Michael Joachim BONELL (The UNIDROIT Principles and Transnational Law, *Revue de droit uniforme* [2000] p. 212 ss) cite plusieurs sentences arbitrales interprétant et complétant par ce biais le droit suisse.

⁹⁸⁴ Sentence finale dans l'affaire n° 8264, publiée in: *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* vol. 10/n° 2 (2^e semestre 1999) p. 62 ss. Voir, pour une autre sentence arbitrale faisant application de la perte d'une chance prévue à l'article 7.4.3(2) des Principes, la sentence finale dans l'affaire n° 8331, publiée in: *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* vol. 10/n° 2 – (2^e semestre 1999) p. 65 ss, et 125 *Journal du Droit International* (1998) p. 1041.

⁹⁸⁵ L'auteur français BORE (n° 3) a cru déceler la reconnaissance par le Tribunal fédéral du préjudice découlant de la perte d'une chance dans un arrêt de 1961 (ATF 87 II 364). Cette interprétation est bien évidemment erronée (n° 475).

6.2.2 Arrêt de l'Obergericht zurichoise de 1988

245 Faits⁹⁸⁶. – En avril 1971, un patient est examiné à l'hôpital cantonal (actuellement l'hôpital universitaire) de Zurich pour une suspicion de tumeur au testicule droit. Les deux médecins assistants et le médecin chef qui opèrent le patient ne trouvent rien de suspect. Lors d'exams de contrôle ultérieurs en juin et juillet, un épaississement du testicule est observé. Les médecins attribuent cet épaississement à une hémorragie consécutive à l'opération et non pas à une tumeur. C'est pourquoi les médecins renoncent à une nouvelle ouverture, même si le patient, inquiet, insiste de plus en plus sur la nécessité d'une nouvelle opération. Suite à une intervention du directeur de l'hôpital, le testicule est finalement ouvert une deuxième fois le 3 septembre 1971. Il doit être amputé lors de cette opération car il est déjà gravement atteint par la tumeur. Le 6 octobre, les médecins se voient obligés d'enlever les vaisseaux lymphatiques de la fosse iliaque atteints de métastases. La radiothérapie est commencée début 1972. Le 19 octobre 1972, le patient décède des suites du cancer.

246 Droit. – Saisi d'une action en responsabilité civile de la part de la femme et des enfants du patient, le tribunal de district nie la responsabilité du canton de Zurich. Sur recours, l'Obergericht admet d'abord que le retard dans le diagnostic du cancer constitue, dans les circonstances de l'espèce, un manquement des médecins à leur devoir de diligence. Le tribunal s'interroge ensuite sur le lien de causalité naturelle entre ces manquements et le préjudice subi par les proches (tort moral et perte de soutien consécutive au décès du patient). Il précise que les exigences de preuve à charge des demandereses doivent être atténuées parce que c'est justement la négligence des défendeurs qui empêche la preuve certaine du lien de causalité. Le Tribunal se contente donc de la preuve de l'existence sérieuse de la simple possibilité d'un lien de causalité. L'Obergericht estime que la question de savoir s'il existe une possibilité sérieuse que le traitement inadéquat se trouve avec une probabilité prépondérante dans un lien de causalité avec la mort du patient dépend des chances de survie qui subsistaient début août 1971 (quand la semi-castration aurait dû être pratiquée) ou mi-août 1971 (quand l'ablation des vaisseaux lymphatiques aurait dû avoir lieu). L'Obergericht précise que cette façon de raisonner lui paraît admissible quand les chances de survie sont de 60% ou plus, car la négligence est alors avec une probabilité prépondérante (*"mit überwiegender Wahrscheinlichkeit"*) la cause du dommage. Estimant que le patient aurait eu environ 60% de chances de survie si le cancer avait été diagnostiqué à temps, le tribunal conclut que cela suffit à établir le lien de causalité. Mais il considère que le risque de 40% que le patient serait peut-être décédé même en cas de diagnostic précoce et de traitement diligent doit être pris en compte dans la fixation de la réparation, en vertu de l'article 43 I CO.

247 Commentaires⁹⁸⁷. – GUILLON estime que la théorie de la perte d'une chance a fait son apparition en droit suisse par ce jugement et il précise que les juges zurichois l'ont placée sur le terrain de la causalité, à l'instar de la jurisprudence américaine dominante,

⁹⁸⁶ 87 ZR (1988) n° 66 p. 209 ss, 85 RSJ (1989) p. 119 ss. Ce jugement a fait l'objet d'un recours à la Cour de cassation zurichoise pour une prétendue violation du droit matériel et une constatation inexacte et arbitraire des faits. L'arrêt de la Cour de cassation est publié in 87 ZR (1988) n° 67 p. 216. L'instance de recours a estimé que la décision de la première chambre civile était un acte créateur de droit qui reposait sur une pesée d'intérêts soignée et qui devait être considéré comme un raffinement de la jurisprudence inaugurée par l'ATF 107 II 269 [273].

⁹⁸⁷ Pour une tentative de résoudre les questions posées par cette affaire sur la base du droit positif en tenant compte de la jurisprudence traditionnelle, voir SCHÖNLE, p. 163 s.

mais à l'inverse de la jurisprudence française, qui la prendrait en considération dans le calcul du dommage⁹⁸⁸. Il observe en outre que l'*Obergericht* «semble exclure l'application de la théorie quand les chances perdues étaient faibles (moins de 50%)»⁹⁸⁹. Cet auteur fait aussi remarquer que c'est par l'admission d'un abaissement des exigences de preuve que l'*Obergericht* a ingénieusement échappé à la contradiction inhérente à la causalité⁹⁹⁰. STARK est d'avis que la référence à la doctrine sur l'impossibilité de la preuve par la faute de la défenderesse était peut-être admissible dans le cas d'espèce, mais qu'elle ne satisfait pas du point de vue du droit de la responsabilité civile. Il estime qu'une vue d'ensemble du problème fait apparaître que la question de savoir si c'est la faute des médecins ou d'autres circonstances qui ont rendu impossible la preuve des chances de survie dépend finalement du hasard. Selon lui, l'*Obergericht* zurichois ne voulait pas admettre l'absence de responsabilité des médecins pas assez diligents à cause de la simple possibilité de survie du patient. L'admission de la pleine responsabilité serait satisfaisante pour les proches du patient. Mais elle ferait une place trop importante, décisive pour l'issue du procès, à l'impossibilité de la preuve par la faute des médecins, qui dépendrait du hasard en l'espèce et qui ne serait souvent pas en jeu dans des cas semblables⁹⁹¹. C'est pourquoi il est d'avis que la consécration, en droit suisse, de la jurisprudence française sur la perte d'une chance constituerait une solution plus équitable que la solution trouvée par le tribunal zurichois⁹⁹². HONSELL critique cette jurisprudence en observant que le renversement du fardeau de la preuve auquel l'*Obergericht* a procédé pour la question de la causalité, ne trouve pas de fondement dans la loi. Il estime que la preuve d'un motif justificatif selon l'article 97 I CO ne s'applique qu'à la question de la faute, et non à celle de la violation d'un devoir et encore moins à celle de la causalité⁹⁹³. WEBER considère que le renversement du fardeau de la preuve est problématique. Il estime que si le tribunal voulait vraiment aider le patient, il devrait mettre le fardeau de la preuve à la charge du patient, tout en se contentant d'une preuve par probabilité au lieu d'exiger la preuve stricte⁹⁹⁴. KOZIOL estime que les faits à la base de l'arrêt de l'*Obergericht* ne peuvent pas être analysés à la lumière de la théorie de la perte d'une chance, car il n'est pas question, en l'espèce, de la perte d'une chance représentant une valeur patrimoniale indépendante⁹⁹⁵. Selon GÜNTER, l'arrêt de l'*Obergericht* mérite d'être suivi «lorsqu'il retient, après avoir considéré le problème de la causalité (60% de chances de survie), que la prise en compte du risque de décès (in casu 40%) doit être considérée lors de la fixation de la réparation, au sens de l'art. 43 CO»⁹⁹⁶. LOSER relativise l'importance de cet arrêt en disant que l'*Obergericht* maintient l'exigence d'une probabilité de 50% ou plus. Il estime que les espèces de la perte d'une chance représentent des cas particuliers et voit cette décision plutôt comme le fondement dogmatique d'une réduction des dommages-intérêts selon l'article 43 CO en tant que compensation d'une relation causale incertaine⁹⁹⁷. QUENDOZ

⁹⁸⁸ GUILLOD (1989), p. 78 s.

⁹⁸⁹ GUILLOD (1989), p. 79.

⁹⁹⁰ GUILLOD (1989), p. 79 s.

⁹⁹¹ STARK ([1991], p. 108) semble ne pas réaliser que seule une indemnité réduite, tenant compte de la possibilité d'une cause naturelle alternative, a été allouée en l'espèce.

⁹⁹² STARK (1991), p. 108.

⁹⁹³ HONSELL (1994), p. 15; HONSELL (1990), p. 144.

⁹⁹⁴ Rolf H. WEBER, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, 1 *PJA* (1992) p. 185.

⁹⁹⁵ KOZIOL (1999), p. 99.

⁹⁹⁶ GÜNTER, p. 97.

⁹⁹⁷ LOSER, p. 228.

estime que cette affaire serait considérée comme un cas d'application de la perte d'une chance en droit français. Il précise cependant que l'incertitude concerne seulement la causalité dite "*haftungsausfüllend*" et non pas la causalité dite "*haftungsbegründend*"⁹⁹⁸. L'auteure allemande KASCHE estime que cet arrêt illustre comment des tribunaux de tradition germanique peuvent trouver des solutions qui permettent dans leur résultat également la réparation de chances perdues de guérison⁹⁹⁹.

6.2.3 Sentence arbitrale de 1998

- 248 "*Claim for loss of opportunity*". - Dans une sentence arbitrale non publiée de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI¹⁰⁰⁰, un arbitre unique suisse estime qu'une action pour perte d'une occasion ("*claim for loss of opportunity*")¹⁰⁰¹ est admissible en principe selon le droit suisse applicable en l'espèce. L'arbitre arrive à cette conclusion après avoir analysé la doctrine et la jurisprudence suisses relatives à cette question¹⁰⁰². Il observe notamment que le droit suisse tient compte dans les pertes qui doivent être réparées en cas d'inexécution contractuelle de toute réduction involontaire des actifs de la demanderesse. La perte de profits en ferait partie tout comme la peine conventionnelle pour le retard que la victime d'une inexécution contractuelle devrait, selon toute vraisemblance, payer à une tierce personne¹⁰⁰³. L'arbitre relève également que des créances conditionnelles ou des biens futurs (dont l'existence est incertaine dans le présent) peuvent faire l'objet de contrats de vente. Même une simple expectative (par exemple celle de gagner à une loterie) pourrait être valablement vendue. Il conclut que si de telles expectatives (au sens non juridique du terme) peuvent faire l'objet de contrats de vente, elles doivent aussi être reconnues comme actifs. Le fait d'en être privé constituerait donc une perte qui devrait être réparée. Selon l'arbitre, les demandes pour perte d'une occasion sont soumises à deux conditions, la violation d'une obligation contractuelle (généralement une obligation de diligence) d'une part, et la vraisemblance que l'occasion se matérialisera d'autre part. En ce qui concerne cette dernière condition, l'arbitre estime qu'une très grande vraisemblance n'est pas requise, vu que si la vraisemblance est moins grande, le degré d'incertitude de la matérialisation de l'occasion se refléterait dans le montant des dommages-intérêts alloués pour la perte de l'occasion. C'est sur cette base que l'arbitre condamne la défenderesse à payer à la demanderesse entre autres la somme de US\$ 900 000 pour réparer la perte d'une chance de 20% de conclure un contrat qui aurait valu US\$ 4,5 millions.

6.3 Résumé et conclusion

- 249 Absence de législation ou de jurisprudence en Suisse. - Le droit positif suisse n'envisage pas expressément l'indemnisation de chances perdues. Les Principes

⁹⁹⁸ QUENDDZ, p. 71 note 213.

⁹⁹⁹ KASCHE, p. 173.

¹⁰⁰⁰ CCI N° 8795/BGD.

¹⁰⁰¹ On comprend difficilement pourquoi l'arbitre, tout en se référant dans sa sentence expressément à "la théorie de la perte d'une chance", appelle cette action "*claim for loss of opportunity*" et non "*claim for loss of chance*". Je traduis cette expression ici par "perte d'une occasion" et non par "perte d'une opportunité", car l'emploi du terme "opportunité" dans le sens de circonstance opportune est critiqué en français comme étant un anglicisme (voir Nouveau Petit Robert [Paris 1993], p. 1538).

¹⁰⁰² Les différentes décisions et auteurs analysées par l'arbitre seront toutes examinées dans ce travail.

¹⁰⁰³ Il renvoie à l'ATF I 16 II 441 [444].

d'UNIDROIT prévoient cependant la réparation de la perte d'une chance. Jusqu'à présent, aucun tribunal étatique n'a appliqué expressément la théorie de la perte d'une chance. L'arrêt de l'*Obergericht* zurichois de 1988 qui diminue, en vertu de l'article 43 I CO, la réparation de 40% pour un patient n'ayant que 60% de chances de survie au moment de la faute médicale, ne mentionne pas non plus expressément la théorie et représente un précédent isolé. Un arbitre a cependant considéré, dans une sentence de 1998, que le droit suisse permettait l'indemnisation de la perte d'une occasion.

7 Principe d'une indemnisation *de lege ferenda*

250 Plan. – Comme le droit suisse ne connaît aucune disposition sur la perte d'une chance et qu'aucun tribunal étatique n'a explicitement reconnu la théorie à ce jour, la question se pose s'il est plus cohérent avec le système actuel d'adopter l'idée de la perte d'une chance comme dommage réparable ou, au contraire, de renoncer à l'introduction de cette théorie¹⁰⁰⁴. Pour ce faire, il s'agira d'abord d'examiner le projet de révision du droit de la responsabilité civile (7.1) et les réactions que celui-ci a suscitées au sein de la doctrine (7.2). Ensuite, une analyse des "solutions" actuelles du droit suisse face à la causalité incertaine s'impose (7.3). Une discussion des divers arguments invoqués dans les systèmes juridiques présentés pour et contre l'introduction de la théorie constituera la dernière partie de ce chapitre (7.4).

7.1 Révision totale du droit de la responsabilité civile

7.1.1 Propositions de la commission d'étude

251 Idées directrices. – Une révision totale du droit de la responsabilité civile figure depuis des décennies sur le programme législatif¹⁰⁰⁵. De 1988 à 1991, une commission d'étude a rédigé des propositions de réforme sous forme de thèses dont les suivantes sont intéressantes dans le cadre de ce travail¹⁰⁰⁶: la commission d'étude a sciemment renoncé à donner une définition légale des notions de dommage¹⁰⁰⁷ et de lien de causalité¹⁰⁰⁸. En ce qui concerne le mode et l'étendue de la réparation, la plus grande liberté possible devait être reconnue à la juge d'adapter la compensation du dommage aux circonstances concrètes et aux besoins de la lésée¹⁰⁰⁹. La maxime de la libre appréciation des preuves en matière de responsabilité devait ainsi être fixée dans la loi¹⁰¹⁰. Enfin, la commission d'étude n'a pas jugé opportun de prévoir d'une manière générale la possibilité de renverser le fardeau de la preuve, lorsque la partie qui en supporte la charge (le plus souvent celle qui demande réparation) se verrait confrontée à de sérieuses difficultés, notamment en ce qui concerne le lien de causalité. En revanche, elle a estimé qu'il serait judicieux d'appliquer à la preuve du lien de causalité les mêmes règles que celles que le droit en vigueur admet déjà à l'article 42 CO pour la preuve du dommage. Or, selon une jurisprudence constante, la possibilité laissée à la juge de se contenter d'un degré relativement élevé de probabilité au lieu d'exiger une preuve stricte ne concernerait pas uni-

¹⁰⁰⁴ Pour la maxime de la cohérence pour un système juridique, voir Ronald DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, Mass. 1986), p. 94 ss, 164 ss, 176.

¹⁰⁰⁵ En 1970 déjà, le Conseil national adoptait le postulat CADRUVI (n° 10470) qui demandait l'unification du droit de la responsabilité civile. Voir aussi Pierre WIDMER, La réforme du droit de la responsabilité civile, 1 *PJA* (1992) p. 1086 ss.

¹⁰⁰⁶ Le rapport est publié par l'Office fédéral de la justice. Pour un aperçu des principales options prises par la commission d'étude, voir aussi le Rapport explicatif de Pierre WIDMER et Pierre WESSNER, intitulé "Révision et unification du droit de la responsabilité civile", p. 18 ss.

¹⁰⁰⁷ Rapport explicatif, p. 25.

¹⁰⁰⁸ Rapport explicatif, p. 28.

¹⁰⁰⁹ Rapport explicatif, p. 29.

¹⁰¹⁰ Rapport explicatif, p. 39 s.; VOGEL/SPÜHLER, chap. 10 n° 58 ss.

quement l'étendue mais aussi l'existence même du dommage, les deux éléments étant difficilement séparables l'un de l'autre¹⁰¹¹.

«En partant de cette idée de base que le montant de la réparation peut être adapté au degré de vraisemblance, soit de l'existence et de l'étendue du préjudice comme tel, soit du rapport de cause à effet reliant le préjudice à un fait de rattachement donné, la commission d'étude a cherché une formule qui autorise le juge à se fonder sur une *preuve prima facie* [...] ou une *présomption de fait*, et qui lui permette en plus de sortir du carcan "tout ou rien" et de doser proportionnellement le montant de la réparation en fonction de la probabilité de l'enchaînement causal retenu»¹⁰¹².

- 252 Thèses concernant la perte d'une chance.** - La thèse n° 55-1 prévoit que des normes concernant la perte d'une chance doivent être rangées dans les dispositions sur la procédure¹⁰¹³. La commission d'étude renvoie ainsi à la thèse n° 512-8 qui propose que l'admissibilité de la preuve par vraisemblance ("*Wahrscheinlichkeitsbeweis*") soit réglée dans la loi et que la juge soit habilitée à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de vraisemblance. La thèse n° 512-8 a la teneur suivante:

«Die Zulassung des Wahrscheinlichkeitsbeweises ist im Gesetz zu verankern. Dem Richter ist ferner zu ermöglichen, Schadenersatz in der Höhe der Wahrscheinlichkeit zuzusprechen»¹⁰¹⁴.

- 253 Raisons à la base de ces thèses.** - La commission d'étude propose d'abord d'introduire une norme qui exprime plus clairement que l'actuel article 42 I CO que la lésée doit prouver non seulement l'existence du dommage, mais également celle d'un lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice¹⁰¹⁵. Elle juge cependant nécessaire d'introduire des allègements du fardeau de la preuve pour la victime, notamment dans le droit de la responsabilité environnementale. Dans ce domaine, il serait en effet souvent difficile de prouver un lien de causalité entre une activité déterminée (l'utilisation de certaines substances) et le dommage (la pollution d'une source) dû à des procédés chimiques, physiques ou biologiques compliqués. Le même problème pourrait se poser dans le domaine de la responsabilité médicale et dans celui de la responsabilité du fait des produits¹⁰¹⁶. Les experts invoquent la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière de causalité adéquate qui se contente de la preuve *prima facie* ("*Anscheinsbeweis*") et, dans certains cas, même de la preuve par indices ("*Indizienbeweis*")¹⁰¹⁷. Selon cette jurisprudence, la preuve d'une vraisemblance élevée sur la base de l'expérience générale de la vie suffit. La commission d'étude rappelle aussi la teneur de l'article 42 II CO selon lequel la juge détermine le montant exact du dommage, lorsque celui-ci ne peut être établi, "équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée". Elle souligne également le fait que la jurisprudence et la doctrine admettent cette règle aussi pour la preuve de l'existence du dommage¹⁰¹⁸. C'est pour ces raisons que la commission d'étude estime que la preuve par vraisem-

¹⁰¹¹ ATF 122 III 219 [221], 98 II 34 [37], 95 II 481 [501], 93 II 453 [458], 81 II 50 [55], 74 II 76 [80 s.].

¹⁰¹² Rapport explicatif, p. 41.

¹⁰¹³ Rapport, p. 86.

¹⁰¹⁴ Rapport, p. 146, 228.

¹⁰¹⁵ Rapport, p. 143.

¹⁰¹⁶ Rapport, p. 143.

¹⁰¹⁷ ATF 90 II 227 [232 ss], 109 II 304 [312]; OFTINGER, p. 80 s.

¹⁰¹⁸ Rapport, p. 144. Voir aussi ATF 122 III 219 [221], 95 II 481 [501], 81 II 50 [55]; OFTINGER, p. 176.

blance du dommage et du lien de causalité devrait trouver sa place dans la loi elle-même.

254 Perte d'une chance. – La commission d'étude recommande l'introduction d'allègements plus importants de la preuve pour le cas de la "perte d'une chance", la causalité alternative et le cas où une relation statistique peut être établie entre le fait dommageable et la fréquence d'un dommage sans que le lien de causalité puisse être prouvé dans le cas concret¹⁰¹⁹. Elle précise qu'une réparation d'après le degré de vraisemblance se justifie en présence d'une probabilité prépondérante, mais pas très élevée ("*eine überwiegende, aber keine allzu hohe Wahrscheinlichkeit*") en faveur d'un certain état de faits. Les experts donnent comme exemple une fourchette entre 55% et 90%. En ce qui concerne la perte d'une chance, les experts citent le cas où un acte illicite (un accident médical) a anéanti seulement une chance limitée (lors d'une opération avec des chances de succès de 40%)¹⁰²⁰. Ils font référence à la jurisprudence française qui allowe-rait dans un tel cas aux ayants droit une réparation correspondant à 40% du dommage. Selon les experts, une disposition formulée sur la base de la thèse n° 512-8 devrait permettre à la juge confrontée à un état de fait qui ne peut pas être établi avec certitude, de choisir entre les deux solutions suivantes: soit allouer une indemnité pleine en se fondant sur la probabilité (ce qui serait opportun en présence d'une probabilité élevée); soit condamner la responsable à une indemnité en fonction de la probabilité du dommage (ce qui concernerait les cas comme la perte d'une chance où une indemnité partielle se justifierait aussi en présence d'une probabilité relativement faible).

7.1.2 Avant-projet de loi sur la responsabilité civile

255 Présentation générale. – Sur la base du rapport de la commission d'étude, un avant-projet d'une nouvelle loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile et un rapport explicatif ont été présentés en automne 1999¹⁰²¹. Il a été mis en consultation par le Département fédéral de justice et police d'octobre 2000 à avril 2001. L'avant-projet propose d'unifier le droit de la responsabilité civile. A cet effet, il prévoit une partie générale du droit de la responsabilité civile dans le code des obligations et adapte à celle-ci, dans la mesure du possible, 30 lois spéciales. Le projet maintient les principes fondamentaux du droit actuel. Il propose toutefois des modifications dans les domaines où la doctrine et les interventions parlementaires ont demandé de procéder à des réformes. Il introduit une disposition sur la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement. Il prévoit aussi une clause générale de responsabilité à raison du risque pour les activités dangereuses. Les régimes de responsabilité pour les auxiliaires, pour les animaux et les ouvrages défectueux sont modifiés. D'autres innovations concernent la responsabilité de plusieurs personnes, les rapports entre la responsabilité civile et l'assurance, la procédure et les preuves. Le projet prévoit notamment un allègement du fardeau de la preuve, car il serait souvent difficile pour la personne lésée

¹⁰¹⁹ Rapport, p. 144 s.

¹⁰²⁰ La formulation choisie par la commission d'étude est malheureuse. L'expression "*bei einer Operation mit 40 Prozent Heilungschancen*" induit en effet en erreur, car c'est la patiente qui dispose d'une chance de guérison de 40% avant l'opération et non l'intervention qui a 40% de chances de succès. Voir aussi la formulation inexacte de WESSNER (n° 378).

¹⁰²¹ L'avant-projet, le rapport explicatif et un commentaire abrégé peuvent être commandés à l'Office central fédéral des imprimés et du matériel et être consultés sur Internet à l'adresse <<http://www.ofj.admin.ch/ff/index.html>>.

d'établir les faits constitutifs de sa demande en réparation, en particulier dans les cas où le dommage résulte de phénomènes chimiques ou physiques complexes.

- 256 Article 56d II AP LRCiv.** – Suivant les propositions de la commission d'étude¹⁰²², les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la règle régissant l'appréciation du dommage, dont le montant exact ne peut être établi (art. 42 II CO), doit être reprise dans le droit futur. Mais ils préconisent aussi, en s'inspirant des principes de la jurisprudence actuelle, que la loi pose à l'avenir, en termes généraux, une présomption de fait destinée à alléger la stricte répartition du fardeau de la preuve¹⁰²³. Cette présomption devrait trouver application si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe. En pareille occurrence, l'article 56d II AP LRCiv permettrait au tribunal de se contenter d'une "vraisemblance convaincante". Cette disposition lui donnerait également le pouvoir de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de vraisemblance. En ce qui concerne la systématique de l'avant-projet, il est intéressant de constater que l'article 56d AP LRCiv se trouve dans le premier sous-chapitre contenant les dispositions générales de la responsabilité civile. Il porte le titre marginal "Fardeau de la preuve et présomption de fait" et s'insère dans la section "Procédure et preuves" sous "Preuves". L'article 56 II AP LRCiv a la teneur suivante:

«¹ La preuve du dommage et celle du rapport de causalité incombent à la personne qui demande réparation.

² Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance.

³ Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le tribunal l'estime équitablement en considération des circonstances et du cours ordinaire des choses».

- 257 Bénéficiaires.** – Les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que l'article 56d II AP LRCiv devrait surtout profiter à la partie demanderesse chargée d'établir l'existence des conditions de la réparation, notamment celle du dommage et du rapport de causalité¹⁰²⁴. Dans la règle, il incomberait donc à la personne lésée qui entend se prévaloir de l'article 56d II AP LRCiv de démontrer, "dans la mesure du possible", que les conditions d'application sont réunies et, sous réserve de l'article 56c II AP LRCiv, de fournir au tribunal les éléments factuels lui permettant de rendre sa décision¹⁰²⁵. Mais ces facilités s'appliqueront aussi à la partie défenderesse au procès en responsabilité civile, lorsqu'elle allègue un fait libératoire qu'elle ne peut prouver avec certitude, comme par exemple le consentement ou la faute grave de la victime. Les experts soulignent, à cet égard, que cette disposition ne supprime pas la maxime des débats, comme cela serait déjà admis aujourd'hui pour l'article 42 II CO¹⁰²⁶.

¹⁰²² Rapport, p. 143 ss.

¹⁰²³ Sur la notion de présomption de fait (ou de l'homme, *praesumptio hominis*), voir VOGEL/SPÖHLER, chap. 10 n° 50 ss; Walther J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd. (Genève 1981), p. 425.

¹⁰²⁴ Rapport explicatif, p. 244.

¹⁰²⁵ Rapport explicatif, p. 244.

¹⁰²⁶ Rapport explicatif, p. 244.

- 258 Vraisemblance exigée.** - Concernant la vraisemblance du fait en cause, les auteurs de l'avant-projet expliquent que:

«[L]e tribunal l'appréciera selon l'expérience générale de la vie. C'est dire qu'il sera habilité à en déterminer de cas en cas la mesure¹⁰²⁷. Dans certaines circonstances, il sera autorisé à fonder sa conviction sur des seuls indices, pourvu qu'ils soient suffisamment significatifs. [...] Dans tous les cas, le critère de la vraisemblance exige que le fait en cause ait pu survenir ou puisse exister avec une vraisemblance convaincante. Cela signifie que, comme dans le droit actuel [...], le tribunal ne saurait jamais se contenter d'une simple possibilité, au risque sinon de rendre une décision arbitraire et de mettre en péril la sécurité du droit¹⁰²⁸.

- 259 Preuve de la causalité.** - C'est surtout pour la question de la preuve de la causalité que la règle posée à l'article 56d II AP LRCiv devrait à l'avenir démontrer son efficacité:

«Dans le cas en effet où le fait imputable à la personne recherchée ne peut être établi avec certitude, mais que son rôle dans la chaîne causale apparaît vraisemblable, la loi donnera expressément au tribunal le pouvoir de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. Cela revient à admettre qu'en la matière, la décision du juge ne doit pas forcément conclure à une solution alternative absolue en termes de "tout ou rien", mais elle peut éventuellement aussi conduire à une réparation partielle¹⁰²⁹.

- 260 Perte d'une chance.** - Cette nouvelle règle permettra d'apporter des réponses adéquates aux questions complexes que posent les cas de causalité hypothétique, et singulièrement ceux de causalité alternative¹⁰³⁰. Les auteurs de l'avant-projet estiment également que:

«[L]a compétence donnée au tribunal de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance pourrait aussi s'exercer quand il existe un rapport de cause à effet statistiquement constaté entre le fondement de la responsabilité en cause et la fréquence des préjudices, sans qu'il soit possible, dans une situation particulière, d'établir la causalité. [...] Le même raisonnement peut être opéré dans les cas de responsabilité médicale, quand par exemple le patient décède à la suite d'une opération aléatoire, mais dont il pouvait raisonnablement escompter des chances de survie si le médecin n'avait pas violé de manière fautive son devoir de diligence. Dans une telle éventualité, rien ne devrait empêcher le juge de fixer la réparation du dommage en fonction du critère dit de la "perte d'une chance", tel qu'il a été notamment développé en droit français et en droit anglo-américain¹⁰³¹.

- 261 Renvoi.** - Pour une critique de la manière dont la commission d'étude et les rédacteurs de l'avant-projet entendent introduire la perte d'une chance en droit suisse, voir n° 325 ss.

¹⁰²⁷ Ils renvoient à GULDENER ([1979], p. 323): «Ein Beweis darf nicht nur dann als geleistet bezeichnet werden, wenn die zu beweisende Tatsache mit Sicherheit festgestellt ist. Ein Gericht kann oft nicht umhin, sich mit einer blossen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, die zwar den Zweifel nicht ausschliesst, ihn aber nach den Erfahrungen des Lebens nicht als berechtigt erscheinen lässt. Welches Mass von Wahrscheinlichkeit im Einzelfall zu fordern ist, hat das Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen zu entscheiden».

¹⁰²⁸ Rapport explicatif, p. 244. Voir aussi BRÜLHART (2001), p. 27.

¹⁰²⁹ Rapport explicatif, p. 244 s.

¹⁰³⁰ Rapport explicatif, p. 245; Pierre WESSNER, *La révision totale du droit de la responsabilité civile: Quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers*, in: La responsabilité médicale, Cahier n° 2 de l'Institut de Droit de la Santé (Neuchâtel 1996), p. 60.

¹⁰³¹ Rapport explicatif, p. 245 s.

7.2 Controverses et confusions doctrinales

262 Voix défavorables ou sceptiques. — GAUCH, qui traite de l'indemnisation de chances perdues dans un chapitre consacré au dommage, est d'avis que la théorie de la perte d'une chance découle principalement d'un problème de preuve. Il estime que même si cette théorie pouvait amener à une jurisprudence plus "fine", elle n'aurait que peu de chances d'être reconnue en droit suisse vu la lenteur avec laquelle évolue la pratique des tribunaux dans notre pays. Il admet pourtant que les cas d'application seraient nombreux et ceci également en dehors de la responsabilité civile¹⁰³². SCHÖNLE est d'avis que «l'acceptabilité, en droit suisse, de la théorie de la perte d'une chance se heurte à l'impossibilité d'allouer au lésé une réparation limitée à la seule partie du dommage qui correspond au degré de probabilité avec lequel le responsable a causé le dommage»¹⁰³³. WEIR ne recommande pas à la Suisse d'introduire la théorie de la perte d'une chance et déconseille vivement de légiférer sur cette question en invoquant les difficultés pratiques des tribunaux, des assurances et des avocats à déterminer le pourcentage exact de chances perdues¹⁰³⁴.

263 Voix favorables. — OFTINGER/STARK proposent, dans un chapitre consacré à la preuve du lien de causalité adéquate, la même solution que celle prévue à l'article 56d II AP LRCiv. Cette méthode permettrait d'éluder la question de savoir si l'événement qui est en discussion comme fondement de la responsabilité est ou non une *conditio sine qua non* de la survenance du dommage. Cette condition de la responsabilité serait relativisée en fonction de nos possibilités limitées de connaître l'enchaînement causal des événements. Ces deux auteurs constatent en outre que la théorie française de la perte d'une chance concerne uniquement la causalité dite "*haftungsausfüllend*" et non la causalité dite "*haftungsbegründend*"¹⁰³⁵, mais ne voient pas d'obstacles à l'utilisation de cette méthode pour l'examen de la causalité dite "*haftungsbegründend*"¹⁰³⁶. BREHM se prononce, sous le titre "*Entgangene Gewinnchance*", également en faveur de l'introduction d'une indemnité partielle correspondant au degré de la vraisemblance. Il précise cependant que lorsqu'une victime prétend avoir perdu une chance, la juge estime la vraisemblance de la perte alléguée et reconnaît ou non la circonstance invoquée comme *conditio sine qua non* prouvée. L'évaluation de la perte d'une chance ne représenterait donc pas un problème d'appréciation du lien de causalité mais d'évaluation du dommage. Une telle démarche aurait déjà été introduite de façon généralisée par l'application des Tables de capitalisation pour le calcul du dommage corporel. Le facteur de capitalisation reposerait aussi exclusivement sur des pourcentages de probabilité et cette manière de calculer la réparation aurait fait ses preuves¹⁰³⁷. ENGEL estime que la seule solution pratique réside dans le renversement du fardeau de la preuve. Il incomberait donc à la mandataire responsable de la perte d'une chance de prouver que même sans son intervention ou son omission, le résultat eût été négatif. Si la défenderesse échoue dans la procédure

¹⁰³² GAUCH, p. 228.

¹⁰³³ SCHÖNLE, p. 163.

¹⁰³⁴ WEIR, p. 167. Il se moque au passage (p. 127) des Américaines qui seraient obsédées par l'exactitude des pourcentages même pour les événements les plus imprévisibles comme par exemple le temps ("82% de chances de pluie pour demain matin").

¹⁰³⁵ OFTINGER/STARK, § 3 n° 42 s. et note 154.

¹⁰³⁶ OFTINGER/STARK, § 7 note 82. Pour la distinction en droit allemand entre les deux formes de causalité, voir n° 162.

¹⁰³⁷ BREHM, art. 42 CO n° 56a.

probatoire, la juge, si nécessaire, évaluerait le dommage selon l'article 42 II CO¹⁰³⁸. GUILLOD estime qu'

«entre l'inaction coupable, qui doit être sanctionnée, et la médecine défensive, qui est un mal, il y a de la place pour le développement d'une jurisprudence fondée sur la perte d'une chance»¹⁰³⁹,

mais il attire en même temps l'attention sur les nombreuses questions théoriques difficiles que cette théorie soulève¹⁰⁴⁰. Deux ans plus tard, le même auteur dit qu'«une obligation graduée de réparer ne [le] choque pas» et se demande pourquoi on n'accepterait pas en droit suisse l'idée de la perte d'une chance, «qui a au moins le mérite [...] d'expliquer un résultat équitable»¹⁰⁴¹. Tout en estimant que la perte d'une chance crée plus d'erreurs que les principes traditionnels en matière de causalité, KELLER énonce cinq raisons en faveur d'une indemnisation en fonction de pourcentages basée sur la perte d'une chance: (1) l'incertitude se manifesterait de la même façon pour les responsables possibles et les victimes (*"Opfersymmetrie"*); (2) le principe selon lequel l'incertitude sur l'importance du dommage ne doit pas créer de désavantages pour la victime s'appliquerait également à la question de la causalité; (3) le droit suisse se fonderait déjà largement sur des possibilités exprimées en pourcentages comme par exemple pour les chances de remariage, même si l'on ne peut pas se remarier à 10, 20 ou 30%; (4) le règlement de litiges par transaction reposerait très souvent sur un partage des risques; (5) la quasi-onniprésence de l'assurance responsabilité civile exclurait des cas de rigueur¹⁰⁴². SCHMID juge que dans des cas limites, où l'absence totale d'indemnité amènerait à un résultat insatisfaisant, l'indemnisation selon le degré de vraisemblance correspond beaucoup plus au sentiment de justice et d'équité que le système actuellement appliqué du tout-ou-rien¹⁰⁴³. Cet auteur range la problématique de la perte d'une chance dans le chapitre sur la preuve du lien de causalité naturelle. GÜNTER approuve également la possibilité de la réparation d'après le degré de vraisemblance. Il estime que si la théorie de la perte d'une chance devait faire son chemin en Suisse, le débat devrait être placé tant sous l'angle de la causalité que sous celui de l'appréciation du dommage, sans pour autant constituer une forme spéciale de préjudice¹⁰⁴⁴. Il souhaite en outre, quant au seuil à fixer, que les juges aient une large faculté d'appréciation, étant entendu que si le seuil était fixé trop bas (10 - 15%), la médecine défensive tant redou-

¹⁰³⁸ ENGEL (1997), p. 479 ss. Cette proposition est qualifiée de "prise de position personnelle convaincante" par Gilles PETITPIERRE (Les fondements de la responsabilité civile, 116 *RDS* [1997] p. 287), qui estime «qu'il serait justifié d'introduire dans la loi une indication dans ce sens si un accord, qui relève de la politique, est acquis sur le fond [...]».

¹⁰³⁹ GUILLOD (1989), p. 80.

¹⁰⁴⁰ GUILLOD (1989), p. 77 ss.

¹⁰⁴¹ Olivier GUILLOD, *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 166 s.

¹⁰⁴² KELLER (2002), p. 77 s.

¹⁰⁴³ Markus SCHMID, *Natürliche und adäquate Kausalität im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht*, in: A. Koller (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997* (St. Gallen 1997), p. 190 s. Pour le système du tout-ou-rien, voir n° 266 ss.

¹⁰⁴⁴ GÜNTER, p. 97.

tée pourrait faire son apparition¹⁰⁴⁵. WERRO, lui aussi, est «convaincu [...] que [la théorie de la perte d'une chance] peut et doit être admise en droit suisse»¹⁰⁴⁶. Selon lui,

«[l]a perte d'une chance se comprend comme une forme de dommage particulier. Elle doit être compensée par le paiement d'une somme d'argent qui correspond à la valeur de la probabilité qu'avait le lésé d'obtenir un avantage que la faute causale du débiteur lui a fait perdre»¹⁰⁴⁷.

STARK s'oppose à l'idée de considérer la perte d'une chance comme un nouveau type de dommage. Il préfère que le droit suisse tienne compte, dans les cas de perte d'une chance, de la simple vraisemblance du lien de causalité en réparant seulement une part du dommage en fonction du degré de cette vraisemblance. Il estime cependant que le champ d'application d'une indemnisation d'une quote-part et l'abandon parallèle du principe du tout-ou-rien doivent encore être examinés de manière scientifique¹⁰⁴⁸. Il précise aussi que l'estimation de la probabilité par la juge ne constitue absolument rien de nouveau pour le droit suisse et il considère que notre système juridique doit poursuivre sur ce chemin sans craindre que cette évolution puisse miner ou saper les bases de notre droit de la responsabilité civile¹⁰⁴⁹. ILERI soutient l'introduction de l'indemnisation de la perte d'une chance en droit suisse en tant que but de politique juridique, mais estime que cette volonté ne ressort pas assez clairement des thèses de la commission d'étude. Il dénonce en effet une confusion entre la preuve de la cause du dommage avec celle de l'étendue du dommage. Selon lui, la problématique de la perte d'une chance a sa place dans la preuve de l'étendue du dommage et non dans celle du lien de causalité¹⁰⁵⁰. Tout en critiquant la teneur trop large des thèses de la commission d'étude et en dénonçant les dérapages qui pourraient en résulter, KOZIOL approuve l'admission de l'indemnisation de la perte d'une chance en principe¹⁰⁵¹. Il estime cependant que le raisonnement fondé sur la chance perdue ne peut être utilisé que dans les cas de manque à gagner futur. Cela présupposerait toutefois que la chance de gain représente déjà une valeur patrimoniale actuelle et indépendante et que sa perte soit réparable sans tenir compte de l'évolution future¹⁰⁵². SCHWEIZER se dit «absolument séduit» par la théorie de la perte d'une chance telle que la connaît le droit français¹⁰⁵³. Selon GROSS, la perte d'une chance en matière médicale doit être indemnisée lorsque les chances perdues sont réelles, pas complètement invraisemblables ou purement spéculatives. Il estime cependant que la santé reste le bien juridiquement protégé sous l'angle de l'illicéité. Il serait en effet inutile de qualifier des chances de survie ou de guérison, qui n'exprimeraient

¹⁰⁴⁵ Il est difficile de suivre le raisonnement de GÜNTER: comment peut-il approuver une méthode qui exige d'abord la solution de la question de la causalité (qui exige logiquement au moins une vraisemblance prépondérante), tout en se contentant d'un seuil de chances inférieur à 50%?

¹⁰⁴⁶ WERRO (1993), n° 1014; (1996), p. 26 s.

¹⁰⁴⁷ WERRO (1993), n° 1015.

¹⁰⁴⁸ STARK (1991), p. 149.

¹⁰⁴⁹ STARK (1991), p. 169 s.

¹⁰⁵⁰ Attilay ILERI, *Verfahrensfragen/Aus der Sicht eines Geschädigtenvertreters*, 65 *RSA* (1997) p. 43 s.

¹⁰⁵¹ Helmut KOZIOL, *Der Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aus der Nachbarschaft betrachtet*, 65 *RSA* (1997) p. 153 s.

¹⁰⁵² KOZIOL (1999), p. 98 s. KOZIOL précise en outre que cette approche ne pose pas de difficultés fondamentales en droit autrichien qui connaît une évaluation objective et abstraite du dommage positif au moment de la survenance du dommage (§ 1332 ABGB).

¹⁰⁵³ Philippe SCHWEIZER, *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 160.

que des possibilités d'évolution, mais pas des faits, de biens juridiquement protégés¹⁰⁵⁴. Selon LOSER, l'introduction de la théorie de la perte d'une chance se justifie pour le calcul du gain manqué et dans certaines situations particulières (causalité de l'omission, violation du devoir d'empêcher la survenance d'un dommage qui se réaliserait autrement de toute façon, proximité avec le droit des contrats), mais ne peut trouver application dans les cas de causalité incertaine dans le domaine de la responsabilité environnementale¹⁰⁵⁵. ROBERTO regrette l'attitude négative d'une partie de la doctrine suisse face à l'indemnisation de chances perdues et l'explique par la confusion qui règne autour de la notion de la perte d'une chance¹⁰⁵⁶. CLERC plaide en faveur de l'acceptation de la perte d'une chance en rapport avec l'indemnisation de la soumissionnaire illicitement évincée dans le cadre de l'adjudication d'un marché public¹⁰⁵⁷. Elle estime en outre que la doctrine suisse considère, contrairement à la doctrine française, plutôt la perte d'une chance comme une question relevant de la causalité adéquate que comme type de dommage¹⁰⁵⁸. QUENDOZ estime enfin que la théorie de la perte d'une chance n'est pas applicable au problème de la causalité adéquate, car l'incertitude concernerait ici la causalité dite "*haftungsbegründend*", tandis que la perte d'une chance servirait à contourner l'incertitude concernant la causalité dite "*haftungsausfüllend*"¹⁰⁵⁹.

264 Voix neutres. - OTT¹⁰⁶⁰, STEIN¹⁰⁶¹, WIDMER¹⁰⁶², MANETTI¹⁰⁶³, REY¹⁰⁶⁴ et FELLMANN¹⁰⁶⁵ prennent simplement acte de la possible future consécration de la perte d'une chance. REYMOND estime que le droit suisse applique un raisonnement proche de celui du droit français en matière de perte d'une chance quand il s'agit de déterminer les conséquences patrimoniales de la perte de la chance d'une promotion professionnelle¹⁰⁶⁶.

265 Tendance favorable. - Ce survol de la doctrine montre deux choses. D'une part, que les auteurs sont majoritairement favorables au principe de l'introduction de la perte d'une chance¹⁰⁶⁷. D'autre part, que des réponses contradictoires et souvent confuses sont proposées aux questions que le développement d'une théorie suisse de la perte d'une chance pose (n° 324 ss).

¹⁰⁵⁴ GROSS, p. 202.

¹⁰⁵⁵ LOSER, p. 215 ss.

¹⁰⁵⁶ ROBERTO, p. 159.

¹⁰⁵⁷ CLERC, p. 195, 614, 618 ss, 639.

¹⁰⁵⁸ CLERC, p. 612.

¹⁰⁵⁹ QUENDOZ, p. 38. Pour la distinction en droit allemand entre les deux formes de causalité, voir n° 162.

¹⁰⁶⁰ OTT, p. 453.

¹⁰⁶¹ Peter STEIN, *Revision des Haftpflichtrechts – Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlags*, 64 *RSA* (1996) p. 291.

¹⁰⁶² Pierre WIDMER, *Plädoyer für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts*, 65 *RSA* (1997) p. 14 s.

¹⁰⁶³ Stefano MANETTI, *La responsabilità civile – Punti salienti del progetto di revisione totale*, in: C.L. Caimi/F. Cometta/G. Corti (éd.), *Il Ticino e il diritto* (Lugano 1997), p. 478 s.

¹⁰⁶⁴ REY, n° 158a.

¹⁰⁶⁵ FELLMANN, p. 883.

¹⁰⁶⁶ Claude REYMOND, *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 169.

¹⁰⁶⁷ OTT (p. 457) déceale la même tendance; ROBERTO (p. 158) estime par contre que la doctrine majoritaire suisse rejette l'indemnisation de chances perdues à cause de l'incertitude de la réalisation du dommage.

7.3 "Solutions" actuelles face à la causalité incertaine

7.3.1 Principe du tout-ou-rien

266 **Délimitations.** - Avant de pouvoir apprécier la pertinence des arguments pour et contre le principe d'une indemnisation des chances perdues en droit suisse, il est indispensable de présenter le traitement que le droit de la responsabilité civile actuelle réserve au problème du lien de causalité incertain. Un survol de la causalité naturelle et adéquate, du degré de la preuve et des moyens de preuve permettra de mieux apprécier la solution actuelle du droit suisse face à la causalité incertaine. L'examen se concentrera cependant sur la difficulté de prouver la causalité naturelle dans les cas où une faute de la défenderesse et un déroulement des événements indépendant de cette faute se trouvent en concurrence comme cause d'un dommage. Il ne sera donc pas question notamment de la causalité incertaine due à plusieurs responsables possibles (article 50 CO; "*market share liability*" du droit américain) ou de la causalité alternative au sens restreint du terme¹⁰⁶⁸.

267 **Causalité naturelle.** - La causalité naturelle concerne le rapport entre la cause du dommage et le dommage effectif¹⁰⁶⁹. Le jugement implique au préalable de déterminer que le fait considéré est logiquement et scientifiquement attribuable à la personne recherchée, autrement dit qu'il est une ou la cause nécessaire ou "naturelle" du dommage. Le fait en question peut aussi être une omission si une prescription de l'ordre juridique oblige à agir¹⁰⁷⁰. Dans cette éventualité, le tribunal compare le résultat effectif et le résultat hypothétique qui, selon toute vraisemblance, serait survenu si la personne appelée à répondre s'était conformée à la loi¹⁰⁷¹. A cet effet, et déjà à ce stade, il est habilité à se fonder sur l'expérience générale de la vie¹⁰⁷². En d'autres termes, la juge doit d'emblée supputer les incidences concrètes de l'acte omis pour décider si l'omission a porté à conséquence dans le cas concret, ce qui suppose qu'elle recherche, au préalable, en fonction du but protecteur de la disposition légale (ou du principe juridique) entrant en ligne de compte et des circonstances propres à la cause en litige, quel eût été l'acte à ne pas omettre *in casu*¹⁰⁷³. Cela démontre que la question de la soi-disant causalité naturelle se pose aussi en termes de normativité et qu'elle est donc liée à celle de l'imputation de la responsabilité¹⁰⁷⁴. La loi actuelle ne mentionne pas la causalité en tant que telle¹⁰⁷⁵. La doctrine et la jurisprudence utilisent la formule de la *conditio sine qua non* pour savoir si le dommage se serait également produit si le fait dommageable n'était

¹⁰⁶⁸ Voir, à ce sujet, REY, n° 614 ss; ROBERTO, p. 63 ss.

¹⁰⁶⁹ REY, n° 518. Voir aussi, en général, WIDMER (1999), n° 2.52 ss.

¹⁰⁷⁰ Rapport explicatif, p. 108.

¹⁰⁷¹ BREHM, art. 41 CO n° 108; DESCHENAUX/TERCIER, § 2 n° 5 s.; ATF 102 II 256 [263].

¹⁰⁷² ATF 122 III 229 [234], 115 II 440 [447].

¹⁰⁷³ ATF 122 III 229 [235].

¹⁰⁷⁴ Rapport explicatif, p. 108. Cela ressort déjà du fait que logiquement il ne pourrait jamais y avoir de lien de causalité entre une omission et un préjudice (*ex nihilo nihil fit*). C'est le juriste qui crée un lien de causalité normatif selon une imputation fondée sur un jugement de valeur (Pierre TERCIER, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, 109 RDS [1990] II 125).

¹⁰⁷⁵ L'article 47 AP LRCiv, par contre, a la teneur suivante: «Une personne n'est tenue à réparation que dans la mesure où le fait qui lui est imputable est dans un rapport de causalité juridique avec le dommage».

pas intervenu¹⁰⁷⁶. La causalité naturelle relève du fait et est en conséquence soustraite au contrôle du Tribunal fédéral, en tout cas dans le cadre d'un recours en réforme¹⁰⁷⁷. Selon l'article 8 CC, il incombe à la victime d'apporter la preuve de l'existence d'un rapport de causalité entre le fait de rattachement (le comportement de l'auteur dans la responsabilité pour faute) et le dommage. En règle générale, c'est une preuve stricte qui est exigée, une simple vraisemblance ne suffit pas¹⁰⁷⁸.

- 268 **Causalité adéquate**¹⁰⁷⁹. — Une fois la causalité naturelle admise, car sinon la question de l'adéquation ne se pose même pas¹⁰⁸⁰, la donnée de fait est passée au crible d'une règle d'expérience. La théorie de la causalité adéquate implique un jugement de probabilité, selon lequel un fait qui est dans un rapport de cause à effet avec le dommage n'est considéré comme la cause juridiquement déterminante que si, suivant le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, il était en soi propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit¹⁰⁸¹.

«[La juge doit] se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était *probable* que le fait considéré produisit le résultat intervenu. A cet égard, ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective du résultat qui compte»¹⁰⁸² (mise en évidence ajoutée).

La théorie de la causalité adéquate est ainsi en réalité une théorie des probabilités, qui s'applique de cas en cas de manière normative¹⁰⁸³. La causalité adéquate est cependant un concept juridique qui ne correspond pas au sens que donnent la logique et les sciences naturelles à la probabilité¹⁰⁸⁴. Le caractère adéquat ou non d'un dommage permet donc une limitation raisonnable, d'un point de vue de politique juridique, de la respon-

¹⁰⁷⁶ HONSELL (2000), § 3 n° 1 ss; REY, n° 518; BREHM, art. 41 CO n° 106 ss; KELLER (2002), p. 79; DESCHENAUX/TERCIER, § 4 n° 7; ATF 119 V 335 [337], 118 V 286 [289], 117 V 359 [360], 112 V 30 [32], 96 II 392 [395 s.].

¹⁰⁷⁷ Article 63 II de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJF; RS 173.110); REY, n° 521; BREHM, art. 41 CO n° 110; ATF 123 III 110 [111], 119 V 335 [338], 118 II 91 [93], 117 V 359 [360], 116 II 305 [311], 115 II 440 [448], 113 II 52 [56]. Dans le cadre d'un recours de droit administratif par contre, le Tribunal fédéral peut revoir d'office les constatations de fait (art. 105 I de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 [OJF; RS 173.110]); ATF 119 Ib 334 [342]).

¹⁰⁷⁸ VOGEL/SPÜHLER, chap. 10 n° 24; voir cependant chap. 10 n° 26a; Henri DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, *Traité de droit privé suisse*, t. II, I (Fribourg 1969), p. 228, 233; Rapport explicatif, p. 241 s.

¹⁰⁷⁹ Voir, en général, WIDMER (1999), n° 2.53. Pour les critiques de cette approche, voir note 32.

¹⁰⁸⁰ ATF 107 II 269 [276]; REY, n° 530; en général, Hans GIGER, *Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht*, in: P. Forstmoser/H. Giger/A. Heini/W.R. Schluep (éd.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag* (Zürich 1989), p. 141 ss.

¹⁰⁸¹ HONSELL (2000), § 3 n° 6 ss; REY, n° 525; Rapport explicatif, p. 107 s.; SCHWEIZER (1991), p. 179. Voir aussi HOHL, p. 142 s.: «Il s'agit d'un jugement de probabilité qui est porté *a posteriori* sur la succession des phénomènes. En face de la série causale effective, le juge construit une série causale hypothétique qu'il confronte avec la première». Dans le même sens, Henri DESCHENAUX, *Norme et causalité adéquate en responsabilité civile*, in: *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse* (Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses) (Bâle 1975), p. 406.

¹⁰⁸² ATF 101 II 69 [73].

¹⁰⁸³ Rapport explicatif, p. 109.

¹⁰⁸⁴ Rapport explicatif, p. 110. L'article 47 AP LRCiv exprime cela également.

sabilité¹⁰⁸⁵. Autrement dit, la question du caractère adéquat du lien de causalité ne relève pas du domaine de la logique, mais le tribunal se livre ici à un jugement de valeur¹⁰⁸⁶. La demanderesse au procès en responsabilité supporte donc la preuve des faits générateurs qui établissent une chaîne causale naturelle et dont on peut inférer une relation de causalité adéquate. La causalité adéquate est ainsi une question de droit qui n'est pas appréciée selon l'opinion technique ou médicale dominante, mais uniquement à la lumière de critères juridiques¹⁰⁸⁷. Elle est dès lors soumise à l'examen du Tribunal fédéral¹⁰⁸⁸.

- 269 Degré de preuve et appréciation des preuves. – La question de la causalité est intimement liée à la problématique de la preuve¹⁰⁸⁹. Le degré de preuve (*"Beweismass"*) indique avec quelle intensité ou avec quelle certitude un fait allégué doit être prouvé pour que le juge puisse le tenir pour certain¹⁰⁹⁰. La question de savoir si et dans quelles circonstances une preuve doit être considérée comme établie, est en principe un problème de procédure qui relève ainsi du droit cantonal. Pour éviter qu'une prétention justifiée ne puisse être rendue inopérante par des exigences de preuve trop élevées, la législature fédérale pose cependant elle-même certaines règles minimales en la matière¹⁰⁹¹. Ainsi, la vraisemblance du lien de causalité varie avec le bien juridique atteint¹⁰⁹². Pour les dommages corporels, une "simple vraisemblance"¹⁰⁹³ ou une probabilité prépondérante suffit en général¹⁰⁹⁴. Les dommages matériels et les autres dommages patrimoniaux nécessitent la plus haute vraisemblance (*"höchste Wahrscheinlichkeit"*)¹⁰⁹⁵. S'il est question d'une omission, la plus grande vraisemblance (*"grösste Wahrscheinlichkeit"*)¹⁰⁹⁶ ou une vraisemblance confinante à la certitude (*"an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit"*)¹⁰⁹⁷ est exigée. La notion du degré de preuve doit être distinguée de l'appréciation des preuves (*"Beweiswürdigung"*). Cette dernière notion décrit l'exercice de la juge qui consiste à soupeser la force probante des différents moyens administrés dans le jugement d'une affaire particulière¹⁰⁹⁸. C'est la liberté d'appréciation (*"freie Beweiswürdigung"*), admise comme principe général, qui sert à relativiser les exigences trop pous-

¹⁰⁸⁵ ATF 123 III 110 [112], 122 V 415 [417], 117 V 369 [382], 115 V 133 [142], 107 II 269 [276]; HONSELL (2000), § 3 n° 3; OFTINGER/STARK, § 3 n° 21.

¹⁰⁸⁶ HONSELL (2000), § 3 n° 8; REY, n° 528; ATF 123 III 110 [113] (*"wertende Zurechnungstheorie"*).

¹⁰⁸⁷ BREHM, art. 41 CO n° 121a s.

¹⁰⁸⁸ REY, n° 529; BREHM, art. 41 CO n° 121a ss; OFTINGER/STARK, § 3 n° 18; ATF 116 II 519 [524], 113 II 52 [56], 112 II 439 [442].

¹⁰⁸⁹ WYSS, p. 315.

¹⁰⁹⁰ MEIER, p. 57. Le degré de la preuve peut aussi être décrit comme la mesure de la preuve exigée de façon générale pour tel genre de faits par la règle de droit (HOHL, p. 126).

¹⁰⁹¹ KELLER (2002), p. 100.

¹⁰⁹² BREHM, art. 41 CO n° 117 ss.

¹⁰⁹³ ATF 90 II 227 [233].

¹⁰⁹⁴ ATF 107 II 426 [430], 107 II 269 [273]. Voir aussi ATF 101 II 133 [137]: «Il est loisible au juge du fait, qui apprécie librement les preuves, d'admettre qu'un accident dont tous les détails ne sont pas connus s'est produit de la façon qui apparaît dans le cas particulier la plus vraisemblable selon l'expérience générale».

¹⁰⁹⁵ ATF 47 II 408 [410]. Voir aussi ATF 48 II 215 [220] (*"überaus wahrscheinlich"*) et ATF 47 II 272 [293], qui exige une "certitude fondée sur le cours ordinaire des choses".

¹⁰⁹⁶ ATF 102 II 256 [263]. Voir aussi BRÜLHART (2001), p. 29.

¹⁰⁹⁷ ATF 101 IV 149 [152].

¹⁰⁹⁸ HOHL, p. 127.

sées en matière de preuve¹⁰⁹⁹. De façon générale, une preuve est établie lorsque la juge est convaincue de sa réalisation¹¹⁰⁰. MEIER explicite cette règle générale du degré de la preuve par cinq principes¹¹⁰¹: (1) la formation de la conviction n'est pas une constatation scientifique d'un fait, mais l'expérience générale de la vie, aidée par l'intuition et le sentiment¹¹⁰²; (2) toutes les preuves en procédure civile constituent, d'un point de vue scientifique, uniquement une preuve de probabilité¹¹⁰³; (3) une preuve est établie malgré des doutes aussi longtemps que ces doutes ne semblent pas être importants¹¹⁰⁴; (4) la conviction de la juge se fait dans une large mesure dans le cadre des moyens de preuve à disposition¹¹⁰⁵; (5) chaque décision sur une preuve nécessite une motivation approfondie¹¹⁰⁶.

270 Moyens de preuve. - Comme la chaîne causale est souvent très subtile et qu'il faut «des connaissances spécifiques pour apprécier sa solidité de fait, voire pour se déterminer sur l'adéquation des rapports entre ses maillons»¹¹⁰⁷, la preuve par experte est souvent indispensable pour établir la causalité, notamment en matière médicale. Le droit fédéral et tous les droits cantonaux connaissent la preuve par experte¹¹⁰⁸. Le recours à l'experte va

¹⁰⁹⁹ KELLER (2002), p. 100.

¹¹⁰⁰ Cette théorie de la conviction ("*Überzeugungstheorie*") est reconnue de manière incontestée: MEIER, p. 60; HOHL, p. 131; Richard FRANK, *Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd. (Zürich 1997/2000), § 148 n° 3; Pierre JOLIDON, Vérité, justice et procédure civile, 109 *RSJB* (1973) p. 195 ss; GULDENER (1955), p. 5.

¹¹⁰¹ MEIER, p. 60 ss.

¹¹⁰² Voir aussi Richard FRANK, *Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd. (Zürich 1997/2000), § 148 n° 3; GULDENER (1955), p. 5.

¹¹⁰³ Voir aussi HOHL, p. 127: «En matière de preuve par indices, une certitude absolue ne peut pas être obtenue. En effet, il se pose toujours des questions d'inférence, de raisonnement par hypothèses ou selon des probabilités, voire d'utilisation de preuves mathématiques ou statistiques».

¹¹⁰⁴ Voir aussi Richard FRANK, *Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd. (Zürich 1997/2000), § 148 n° 3; Max KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 4^e éd. (Bern 1984), p. 135 ("*Wahr ist, was den Richter überzeugt*"); Pierre JOLIDON, Vérité, justice et procédure civile, 109 *RSJB* (1973) p. 197; GULDENER (1955), p. 6; GULDENER (1979), p. 323; HOHL, p. 131: «La preuve doit être considérée comme rapportée lorsque le juge est convaincu par un degré de vraisemblance si haut qu'il ne peut plus compter raisonnablement avec la possibilité du contraire ou lorsque tout doute important ou sérieux est exclu». Le degré d'incertitude dépend fortement des possibilités de preuve et des possibilités de sauvegarder des preuves comme elles se présentent en général dans le même genre de cas (MEIER, p. 62; GULDENER [1955], p. 7).

¹¹⁰⁵ Comme la valeur probante d'un moyen de preuve ne peut pas être mesurée "objectivement", la juge n'a pas d'autre moyen que de la fixer par une comparaison avec d'autres moyens de preuve. C'est pourquoi même la partie qui ne supporte pas le fardeau de la preuve doit, dans la mesure du possible, fournir la preuve du contraire (ATF 88 II 185 [190], 86 II 451 [463]; Richard FRANK, *Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd. [Zürich 1997/2000], § 136 n° 22), car sinon la juge risque de tenir la preuve pour établie sur la base des seuls moyens de preuve présentés par la partie adverse.

¹¹⁰⁶ Il faut que la décision de la juge sur les moyens de preuve, même si elle comporte une grande partie d'intuition et de sentiment, soit reconnaissable et compréhensible pour les parties.

¹¹⁰⁷ SCHWEIZER (1991), p. 185; ATF 118 V 286 [290], où le Tribunal fédéral précise que la juge ne s'écarte d'une expertise médicale que pour des motifs sérieux car le rôle de cette dernière consiste à mettre à disposition du tribunal un savoir spécifique qu'il n'a justement pas.

¹¹⁰⁸ Articles 57 ss de la loi fédérale du 4 décembre 1947 sur la procédure civile fédérale (RS 273), articles 91 ss de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0) et article 12 lit. c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021). Pour les droits de procédure civile cantonaux, voir VOGEL/SPÜHLER, chap. 10 n° 150.

se généralisant, pour deux raisons au moins: d'une part, plus la technique progresse, moins la juge se sentira intellectuellement armée pour affronter une reconstitution dont certains éléments lui échappent. D'autre part, une évolution des mentalités fait que le monde judiciaire contemporain se trouve frappé "d'expertite aigue"¹¹⁰⁹, l'appel au bon sens et aux connaissances générales devenant presque honteux.

- 271 **Cœur du problème.** - Dans le système actuel, la juge doit décider face à un lien de causalité incertain si un état de fait, allégué en procès, doit être tenu pour établi et certain sur la base des probabilités. Elle doit notamment trancher la question de savoir si un événement dans le passé doit ou non être considéré comme *conditio sine qua non* de la survenance du dommage ou si le dommage se serait produit aussi en l'absence du fait dommageable¹¹¹⁰. Même si la juge est libre dans l'appréciation de la probabilité du lien de causalité (n° 269), elle n'a actuellement pas la possibilité de condamner la responsable à une partie du dommage entier selon son jugement de probabilité:

«[D]ie blosse Möglichkeit, dass sich der rechtserhebliche Tatbestand verwirklicht hat, genügt nicht, um auch nur einen Teilbetrag zuzusprechen»¹¹¹¹.

Soit la juge retient le fait allégué comme une *conditio sine qua non* prouvée, soit elle ne le retient pas comme condition nécessaire¹¹¹². *Tertium non datur*. La jurisprudence actuelle exige de la juge une décision de tout-ou-rien et n'admet pas de zones grises¹¹¹³. STARK utilise une citation biblique pour illustrer le choix radical imposé à la juge¹¹¹⁴: «Que votre parole soit oui oui, non non»¹¹¹⁵. Cela signifie que la juge doit faire comme si elle savait si le lien de causalité existe ou non. La juge apprécie donc le déroulement le plus probable des événements et tient ensuite celui-là pour certain en admettant ou en niant complètement l'existence d'un rapport causal. Même si une estimation des probabilités se trouve à la base de presque tous les jugements¹¹¹⁶, la juge est ensuite contrainte d'arrondir vers le haut ou vers le bas pour rendre un gris plus ou moins foncé complètement blanc ou noir¹¹¹⁷. KELLER exprime le caractère radical de la décision imposée à la juge de la manière suivante:

«Ist die Verursachung zwar möglich, aber nicht zwingend, kommt mit anderen Worten ebenso gut eine andere Ursache in Betracht, so ist der Beweis gescheitert, und die Geschädigten gehen leer aus. Es gibt also nur ein Entweder-Oder, kein Vielleicht; es gibt nur Schwarz oder Weiss, kein Grau; es gibt nur Alles oder Nichts, kein Teilweises»¹¹¹⁸.

Dans tous ces cas, la réalité est effectivement toute blanche ou toute noire et non pas grise. La solution traditionnelle en tient compte, mais le fait de façon beaucoup trop incomplète, aléatoire et finalement arbitraire à cause des limites de notre savoir. Comme le rapport causal doit régulièrement être prouvé par la victime, c'est elle qui supporte les

¹¹⁰⁹ L'expression est de SCHWEIZER (1991), p. 185.

¹¹¹⁰ STARK (1991), p. 102.

¹¹¹¹ GULDENER (1955), p. 21. Voir aussi W. GAUTSCHI, Für freie Beweislastverteilung, 21 *RSJ* (1924/25) p. 249 ss.

¹¹¹² OFTINGER/STARK, § 3 n° 39.

¹¹¹³ OFTINGER, p. 177; VON TUHR/PETER, p. 100 s.

¹¹¹⁴ STARK (1991), p. 147.

¹¹¹⁵ Matthieu 5:37.

¹¹¹⁶ STARK (1991), p. 104.

¹¹¹⁷ STARK (1991), p. 104.

¹¹¹⁸ KELLER (2002), p. 77.

conséquences radicales de l'approche traditionnelle en présence d'une causalité incertaine. Cette distorsion de la réalité qui est due à nos connaissances limitées, n'est en outre pas atténuée dans un système qui considérerait que la conviction de la juge de l'existence ou de l'inexistence d'un fait ne se joue pas sur une limite de 50%. Même si l'on part en effet de l'idée que la causalité naturelle fait ensuite toujours l'objet d'un jugement de valeur par la juge (dans le cadre de l'examen de la causalité adéquate), c'est toujours un état de fait tenu pour établi ou non établi qui formera le fondement de cette appréciation juridique. C'est notamment par le biais de la répartition du fardeau de la preuve que la jurisprudence actuelle tente de résoudre le problème de savoir quelle partie doit supporter les conséquences de l'impossibilité de convaincre la juge de l'existence ou de l'inexistence d'un fait.

7.3.2 Critiques

272 Degrés de vraisemblance du rapport causal. – Malgré ses défauts majeurs flagrants, le principe du tout-ou-rien n'a que rarement été remis en question en droit suisse. Cette démarche intellectuelle de la juge de conclure du probable à la certitude est pourtant très critiquable¹¹¹⁹. Il est en effet problématique de dire d'une probabilité oscillant par exemple entre 25% et 75% qu'elle équivaut à une certitude absolue, c'est-à-dire de nier ou d'admettre complètement l'obligation de réparer. On peut se demander si la juge ne cause pas, dans l'écrasante majorité des cas, du tort à l'une des parties quand elle fait semblant de connaître avec certitude ce que l'on ne sait en réalité pas. Des solutions basées sur l'alternative tout-ou-rien ont en effet tendance à être déficientes car elles ne permettent pas de tenir compte d'un certain nombre de facteurs¹¹²⁰. C'est surtout aux Etats-Unis que le système du tout-ou-rien a été critiqué le plus radicalement, car en droit américain une vraisemblance prépondérante, c'est-à-dire supérieure à 50%, suffit en règle générale pour déclencher une responsabilité entière¹¹²¹. En droit suisse par contre, la vraisemblance avec laquelle le lien de causalité doit être établi varie avec le bien juridique atteint (n° 269).

273 Caractère arbitraire. – A un niveau purement conceptuel, la méthode du tout-ou-rien est arbitraire¹¹²². Si l'action en réparation a pour objet la destruction de chances (d'une probabilité) d'éviter une perte définitive ou la création de la chance d'une telle perte future, l'approche du tout-ou-rien implique un partage radical. Une patiente qui arrive à prouver seulement une chance de 49% de survie ou de guérison, n'obtient en effet aucune indemnité¹¹²³. Si l'on part de l'idée que dans tous les cas entre 1% et 50% de chances un certain rapport causal existe effectivement (quoique pas forcément au degré magique de 51%), les demanderesses sont clairement sous-compensées¹¹²⁴. Il est tout aussi choquant qu'une lésée qui a une chance de survie à peine plus élevée que 50%, reçoive une indemnité correspondant à l'ensemble de son dommage, notamment si d'autres causes possibles du dommage peuvent être identifiées. Dans cette dernière hypothèse, la

¹¹¹⁹ OFTINGER/STARK, § 3 n° 40.

¹¹²⁰ JANSEN, p. 277; Nils JANSEN, *Die Struktur der Gerechtigkeit, 16 Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (1998) p. 140 ss.

¹¹²¹ KING, p. 1376; BRUER, p. 984; MANGAN, p. 302.

¹¹²² KING, p. 1376; MIRANDOLA, p. 274.

¹¹²³ KEITH, p. 763.

¹¹²⁴ MIRANDOLA, p. 274. BRÜLHART ([2001], p. 29) estime également que le principe du tout-ou-rien désavantage la lésée non seulement dans le domaine de la génétique, mais dans l'ensemble du droit de l'environnement.

victime est sur-indemnisée. DONALDSON, écrivant pour la *Court of Appeal* anglaise dans *Holton v. East Berkshire Area Health Authority* (n° 186), était particulièrement insatisfait de cette méthode:

*"As a matter of common sense, it is unjust that there should be no liability for failure to treat a patient, simply because the chances of a successful cure by that treatment were less than 50%. Nor, by the same token, can it be just, if the chances of a successful cure only marginally exceed 50%, the doctor or his employer should be liable to the same extent as if the treatment could be guaranteed to cure. If this is the law, it is high time that it was changed [...]"*¹¹²⁵.

La méthode traditionnelle amène en outre à une course aux expertes des parties, car pour chaque experte qui évalue la chance perdue à 49%, on peut trouver une autre experte qui estime la chance plus proche de 51%¹¹²⁶.

- 274 **Contraire au principe de l'indemnisation complète.** - La règle des 50% est en outre contraire au principe de l'indemnisation intégrale ("*Totalreparation*")¹¹²⁷. Ce principe veut que la responsable répare l'ensemble des désavantages résultant de la théorie de la différence et subis par la victime¹¹²⁸. C'est en effet l'évaluation du dommage effectivement subi ("*Schadensberechnung*") qui constitue le point de départ pour la détermination des dommages-intérêts ("*Schadenersatzbemessung*") et qui fixe la limite maximale de la prétention en dommages-intérêts. C'est ce dommage qui doit être intégralement réparé en l'absence de facteurs de réduction ("*Reduktionsgründe*")¹¹²⁹. Si une patiente qui a perdu une chance de guérison de 60%, 70% ou 80% par une faute médicale, est indemnisée pour l'ensemble de son dommage, il est difficile de comprendre pourquoi une patiente qui a perdu une telle chance de 20%, 30% ou 40% ne serait pas considérée comme subissant un dommage¹¹³⁰. L'application de la règle des 50% laisserait ce dommage sans indemnité, ce qui va à l'encontre du principe fondamental de la réparation intégrale¹¹³¹.
- 275 **Manipulations des conditions traditionnelles.** - Comme la jurisprudence et la doctrine se sont bien évidemment rendu compte de la dureté de cette méthode, elles essaient de trouver des solutions pour atténuer ses effets. En droit américain, la critique du système du tout-ou-rien a conduit au remplacement du "*probability-test*" ou la règle des 50% par le test de la "*substantial possibility*" ou le test de la "*significant chance*"¹¹³². Ce critère, formulé pour la première fois dans *Hicks v. United States*, indique que "*[i]f there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable*"¹¹³³. En d'autres termes, une patiente ne doit plus posséder 50% de chances pour

¹¹²⁵ [1987] 1 All E.R. 210, 215j-216a (CA).

¹¹²⁶ *Thompson v. Sun City Community Hosp., Inc.*, 688 P.2d 597, 615 (Ariz. 1984) (voir citation, n° 309); *McKellips v. St. Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467, 474 (Okla. 1987); *Ehlinger v. Sipes*, 454 N.W.2d 754, 761 (Wis. 1990).

¹¹²⁷ WIDMER ([1996], n° 3) considère cependant que ce soi-disant principe représente l'exception qui confirme une règle contraire du droit suisse.

¹¹²⁸ SCHWENZER, n° 15.07.

¹¹²⁹ REY, n° 395. Pour les facteurs de réduction, voir n° 279.

¹¹³⁰ VANSWEEVELT, n° 476.

¹¹³¹ *James v. United States*, 483 F.Supp. 581, 587 (N.D. Cal. 1980) (citation sous n° 394).

¹¹³² *Thornton v. Camc*, 305 S.E.2d 316, 318 (Supreme Court of Appeals of West Virginia 1983) ("*substantial factor*"); *Aasheim v. Humberger*, 695 P.2d 824, 828 (Mont. 1985) ("*substantial factor*").

¹¹³³ *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (4th Cir. 1966).

être indemnisée. La manipulation, en droit américain, du degré de la preuve dans l'approche de la chance substantielle est un exemple typique de ce danger:

*"A great deal of the confusion surrounding loss-of-chance tort actions has resulted from courts' attempts to counteract the harsh results of the all-or-nothing approach by changing the standard of proof imposed upon the plaintiff [...] Reformulation of the standard of proof is a fundamentally flawed approach and should not be used by courts to rebel against the all-or-nothing approach"*¹¹³⁴.

Le principe du tout-ou-rien crée ainsi indirectement une pression en faveur de la manipulation et la distorsion des règles notamment sur la causalité et le dommage. Ces palliatifs non seulement menacent de corrompre les concepts traditionnels de la responsabilité civile, mais ne résolvent pas le vrai problème de l'approche du tout-ou-rien pour l'indemnisation de chances perdues¹¹³⁵.

7.3.3 Palliatifs

276 Introduction. – Le droit suisse essaie d'atténuer la rigueur et les effets secondaires indésirables du principe du tout-ou-rien essentiellement par quatre moyens, à savoir l'allègement du fardeau de la preuve pour la causalité naturelle, le renversement du fardeau de la preuve, le jeu des facteurs de réduction (notamment art. 43 I et 44 CO)¹¹³⁶ et l'objectivation de la faute avec l'introduction du principe du danger créé.

277 Allègement du fardeau de la preuve pour la causalité naturelle. – La difficulté pour la lésée d'établir les faits constitutifs de sa demande en réparation peut toucher le fait dommageable lui-même, et singulièrement la preuve du rapport de cause à effet avec le dommage. Tel est le cas par exemple lorsque le déroulement d'un accident n'est pas connu dans tous les détails¹¹³⁷ ou lorsque le dommage résulte de l'effet de propriétés physiques ou chimiques conjugué à des facteurs naturels¹¹³⁸. Lorsque la preuve du dommage est extrêmement difficile à rapporter, l'article 42 II CO autorise la juge à statuer en équité. Pour l'instant, aucune règle fédérale écrite dans ce sens n'existe pour la causalité¹¹³⁹, mais la jurisprudence tempère le principe traditionnel (preuve stricte incombant à celle qui allègue la relation causale naturelle) par différents moyens. Elle se

¹¹³⁴ WILLING, p. 553. Voir aussi le raisonnement de la *Florida Supreme Court* dans *Gooding v. University Hospital Building, Inc.*, 445 So.2d 1015, 1019 s. (Fla. 1984): l'allègement du fardeau de la preuve peut corriger une *unfairness* envers la partie qui n'est pas en mesure de prouver la causalité naturelle selon la méthode traditionnelle, mais peut en même temps être *unfair* ou injuste pour la doctoresse. Seule la reconnaissance d'une action séparée en réparation de la chance perdue pourrait permettre une indemnisation sans saper les principes traditionnels de la responsabilité civile. TRUCKOR, par contre, pense que "the 'all or nothing' approach preserves traditional causation rules". Elle concède néanmoins que "this standard's rigidity poses unacceptable hurdles for loss of chance plaintiffs" (p. 361).

¹¹³⁵ KING, p. 1377.

¹¹³⁶ LOSER, p. 38 ss, 199 ss.

¹¹³⁷ ATF 101 II 133 [137] (accident de circulation routière); ATF 90 II 227 [232 s.] (accident résultant de l'utilisation d'une essoreuse industrielle n'étant pas munie du dispositif de sécurité nécessaire).

¹¹³⁸ ATF 109 II 305 [312] (émissions fluorées provenant d'une usine de fabrication d'aluminium, qui contribuent à causer des dégâts à des abricotiers); ATF 119 Ib 334 [342 s.] (travaux de sondage souterrains qui provoquent des fissures à un barrage).

¹¹³⁹ Les auteurs de l'avant-projet estiment d'ailleurs que la *ratio legis* du nouvel article 56d II AP LRCiv s'apparente à celle de l'actuel article 43 I CO, selon lequel la juge détermine l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute.

contente alors d'une preuve *prima facie* ("Anscheinsbeweis"), qu'il s'agisse d'une certaine vraisemblance¹¹⁴⁰ ou même d'une preuve par indices ("Indizienbeweis"). Une simple possibilité ne suffit en revanche pas¹¹⁴¹. Le Tribunal fédéral explique à ce sujet:

*«[Der Geschädigte braucht] den Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Unfall [nicht] mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachzuweisen. Es muss vielmehr genügen, wenn der Richter in Fällen, wo der Natur der Sache nach ein direkter Beweis nicht geführt werden kann, die Überzeugung gewinnt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spricht. Anders verhält es sich, wenn nach den besonderen Umständen des Falles weitere Möglichkeiten bestehen, die neben der behaupteten Ursachenfolge ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen»*¹¹⁴² (mise en évidence ajoutée).

Cette formule a été appliquée dans de nombreux arrêts qui relèvent de domaines très différents. La Haute Cour a donc assoupli les exigences quant au caractère concluant des preuves administrées, autrement dit, il a abaissé le degré de la preuve ("Beweismass"; n° 269). Ce tempérament jurisprudentiel est approuvé par la doctrine¹¹⁴³. Commentant cette formule, MEIER exprime son approbation de principe mais fait part de la crainte qu'elle pousse la juge du fait à la paresse¹¹⁴⁴. SCHWEIZER estime que la formule du Tribunal fédéral a l'avantage d'une certaine souplesse, qui permet de tenir compte à la fois de la difficulté de preuve abstraite (faits négatifs, causes multiples, etc.) et de celle qui résulte des circonstances concrètes (rétention de preuve)¹¹⁴⁵. Il explique que la juge du fait peut mettre en œuvre cette jurisprudence de deux manières: soit elle se déclare convaincue alors qu'il n'y aurait objectivement pas matière à l'être, soit une vraisemblance d'une certaine intensité remplace sa conviction. Ce procédé relèverait, dans ses deux variantes, de l'appréciation des preuves. La différence entre les deux cas consisterait dans le fait que dans la première variante, la juge qui "triche" de façon trop manifeste s'exposerait à un recours de droit public, alors que dans la seconde, l'allègement devrait résulter d'une interprétation correcte de l'article 8 CC, faute de quoi la voie du recours en réforme pourrait s'ouvrir dans des contestations civiles¹¹⁴⁶. La formule lui plaît aussi pour sa généralité qui permet une application dans les différents domaines où les problèmes de preuve du rapport de causalité sont fréquents¹¹⁴⁷. L'abaissement du degré de preuve est particulièrement significatif lorsque le fait dommageable consiste en une omission¹¹⁴⁸. Dans une telle éventualité, la juge est obligée de comparer le résultat

¹¹⁴⁰ ATF 90 II 227 [232 s.] ("il est loisible au juge du fait, qui apprécie librement les preuves, d'admettre que l'accident, quand bien même tous les détails ne sont pas connus, s'est produit de la façon qui apparaît dans le cas particulier la plus vraisemblable selon l'expérience générale"); ATF 119 Ib 334 [342] ("probabilité convaincante"); ATF 121 III 358 [363] et 113 Ib 420 [424] ("überwiegende Wahrscheinlichkeit").

¹¹⁴¹ ATF 120 II 248 [250 s.], 119 Ib 334 [342], 113 Ib 420 [424].

¹¹⁴² ATF 107 II 269 [273]. Ce raisonnement a conduit au rejet du recours.

¹¹⁴³ OFTINGER, p. 176; OFTINGER/STARK, § 3 n° 35 s.; KUMMER, art. 8 CC n° 211; BREHM, art. 41 CO n° 117, 119.

¹¹⁴⁴ MEIER, p. 72 ss: «Problematisch ist jedoch, dass das Bundesgericht mit der genannten Standardformulierung den Anschein erweckt, das Beweismass werde hier allgemein gegenüber dem Regelbeweismass bedeutend herabgesetzt. [...] Ein Richter, der nur nach Wahrscheinlichkeiten fragt, wird das Beweisergebnis weniger eingehend prüfen als ein Richter, der sich von der Verwirklichung einer Tatsache als überzeugt erklären muss».

¹¹⁴⁵ SCHWEIZER (1991), p. 187.

¹¹⁴⁶ SCHWEIZER (1991), p. 175 s.

¹¹⁴⁷ SCHWEIZER (1991), p. 187.

¹¹⁴⁸ ATF 121 III 358 [363], 115 II 440 [447].

effectif et le résultat hypothétique qui, selon toute vraisemblance, serait survenu si la personne recherchée s'était conformée à la loi¹¹⁴⁹. A cet effet, elle se fonde sur l'expérience générale de la vie¹¹⁵⁰.

- 278 **Renversement du fardeau de la preuve.** – Une autre manière d'assouplir la rigidité du système du tout-ou-rien en cas de difficultés particulières de preuve consiste à véritablement renverser le fardeau de la preuve. Ce n'est donc plus à la patiente de prouver la causalité naturelle du comportement de la doctoresse pour le dommage subi, mais à la doctoresse d'établir qu'aucun lien de causalité n'existe. C'est la jurisprudence allemande qui a développé cette technique pour les fautes graves dans le domaine de la responsabilité médicale (n° 172 s.)¹¹⁵¹. En règle générale, les juges suisses sont plus réticentes que leurs collègues allemands dans l'utilisation de cet expédient¹¹⁵². L'*Obergericht* zurichois a cependant appliqué cette méthode dans son arrêt du 17 novembre 1988 (n° 245 ss). Le Tribunal fédéral a également signalé la possibilité d'un renversement du fardeau de la preuve par une présomption de la causalité¹¹⁵³. Ce palliatif est à plusieurs titres sujet à caution. Les difficultés de preuve des victimes notamment médicales sont d'abord souvent surestimées. En effet, justement dans le domaine de la responsabilité médicale, où des expertises judiciaires et privées sont régulièrement établies, le problème est d'une moindre importance¹¹⁵⁴. Si danger il y avait que les doctresses se protègent mutuellement dans leurs rapports d'expertise, ce risque ne justifierait pas non plus un renversement du fardeau de la preuve, car ce danger existe dans tous les domaines où des connaissances spécifiques de certaines personnes sont nécessaires pour l'appréciation de l'état des faits¹¹⁵⁵. L'argument selon lequel le renversement du fardeau de la preuve se justifie par l'inégalité économique entre la doctoresse ne supportant aucun risque financier à cause de son assurance responsabilité professionnelle, et la patiente souvent mal couverte contre les risques d'une intervention, n'est pas plus convaincant. La répartition du fardeau de la preuve est en effet une question de droit qui ne peut être résolue en fonction de l'existence ou non (dans les faits) d'une couverture d'assurance¹¹⁵⁶. Un renversement systématique du fardeau de la preuve aurait en outre des conséquences désastreuses au niveau de l'économie nationale et réveillerait des appétits de dommages-intérêts indésirables¹¹⁵⁷. Cette méthode est surtout particulièrement inadaptée pour résoudre les cas de perte d'une chance¹¹⁵⁸, plus un cancer est reconnaissable lors de la première consultation, plus la faute de la doctoresse est grave et plus il y a lieu de renverser le fardeau de la preuve. Dans la même mesure, l'issue favorable du cancer qui est présumée par le renversement du fardeau de la preuve devient moins probable. C'est là que le bât blesse et que cet expédient conduit dans une impasse logique. Ce palliatif a notamment trouvé application dans le domaine de la responsabilité médi-

¹¹⁴⁹ Rapport explicatif, p. 243.

¹¹⁵⁰ ATF 115 II 440 [447].

¹¹⁵¹ FRANZKI, p. 56 ss; Franz Joseph KAUFMANN, *Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess* (Köln/Berlin/Bonn/München 1984). Pour la répartition du fardeau de la preuve en cas de violation du devoir d'informer, voir n° 433. Pour une analyse du renversement du fardeau de la preuve en présence d'une causalité incertaine en droit néerlandais, voir AKKERMANS, p. 393 ss.

¹¹⁵² HONSELL (2000), § 1 n° 94.

¹¹⁵³ ATF 108 II 59 [63 s.] (n° 434).

¹¹⁵⁴ GATTIKER, p. 655; KELLER (2002), p. 455.

¹¹⁵⁵ GATTIKER, p. 655 s.

¹¹⁵⁶ GATTIKER, p. 657 s.

¹¹⁵⁷ GATTIKER, p. 657.

¹¹⁵⁸ STARK (1991), p. 148.

cale, mais les mêmes problèmes se posent à chaque fois que la lésée a des difficultés à établir le lien de causalité à cause de la complexité des processus chimiques, physiques ou biologiques qui se trouvent à la base du dommage, comme en matière de dommages à l'environnement ou de technologies génétiques¹¹⁵⁹.

- 279 Facteurs de réduction.** – Dans le droit actuel, la question de l'étendue de la réparation est de manière générale régie par les articles 43 I et 44 CO. En dépit de leur titre marginal et des formulations différentes touchant le pouvoir d'appréciation de la juge, ces dispositions poursuivent en réalité le même but: permettre de proportionner l'obligation d'indemnisation en fonction de certaines circonstances. Ainsi en est-il quand il se justifie que le dommage ne soit pas réparé dans son intégralité, autrement dit que la réparation soit répartie entre la responsable et la lésée ou une tierce personne¹¹⁶⁰. La réglementation légale mentionne de façon non exhaustive les circonstances susceptibles d'être prises en considération, soit la légèreté de la faute (art. 43 I CO)¹¹⁶¹ ou la gêne (art. 44 II CO) de la personne responsable¹¹⁶² ou encore le consentement de la victime (art. 44 I CO)¹¹⁶³, la faute ou le fait concomitant de la lésée (art. 44 I CO; par exemple la prédisposition constitutionnelle [n° 280])¹¹⁶⁴ ou l'acceptation du risque par la victime (art. 44 I CO). Dans ces circonstances, on parle souvent de facteurs de réduction ("Reduktionsgründe"), dans la mesure où elles permettent de réduire l'indemnité théorique maximale correspondant au dommage total. Ces facteurs permettent en même temps d'écarter l'alternative inadmissible qu'imposerait le principe du tout-ou-rien¹¹⁶⁵. Comme le constataient la commission d'étude¹¹⁶⁶ et les rédacteurs de l'avant-projet¹¹⁶⁷, la question de l'étendue de la réparation est finalement liée à celles de l'illicéité et de la causalité juridique. En effet, une même circonstance, de par sa nature, peut à la fois constituer un motif d'interruption de la causalité et un facteur de réduction des dommages-intérêts (par exemple, la force majeure ou le simple cas fortuit; la faute grave ou légère de la victime). Comme le relève BREHM, la juriste confrontée aux facteurs de ré-

¹¹⁵⁹ Rapport explicatif, p. 242 s.; Rapport, p. 143 ss; Katharina HÄSSIG, *Haftungsfragen der Gentechnologie*, thèse (Zürich 1992), p. 136; Fritz NICKLISCH, *Haftpflichtprobleme der Bio- und Gentechnologie*, in: Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, veranstaltet zum 70. Geburtstag von Emil W. Stark (Zürich 1991), p. 124 ss; Flavio ROMERIO, *Toxische Kausalität* (Basel/Frankfurt am Main 1996), p. 12 ss; WYSS, p. 317 s.

¹¹⁶⁰ OPTINGER, p. 263 ss; Baptiste RUSCONI, *Les principes sur la détermination de l'étendue des dommages-intérêts*, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, t. II (Zürich 1981), p. 556 ss.

¹¹⁶¹ REY, n° 398 ss. HONSELL ([2000], § 9 n° 4) estime que la gravité de la faute ne représente pas un facteur de réduction, mais sa prise en compte découle logiquement du fait que le dommage ne peut tout simplement pas être calculé selon la théorie de la différence et le principe du tout-ou-rien. Les droits français (n° 49) et allemand (HONSELL [2000], § 1 n° 70) excluent d'ailleurs la prise en compte de la gravité de la faute.

¹¹⁶² REY, n° 433 ss.

¹¹⁶³ REY, n° 409. Encore faut-il que le consentement n'ait pas supprimé l'illicéité de l'acte, auquel cas la responsabilité de l'auteur n'est pas engagée. Sont visées ici les situations où le consentement de la lésée est illicite ou contraire aux mœurs, au sens des articles 27 CC et 20 CO et celles où l'acte de l'auteur dépasse celui auquel avait consenti la victime (BREHM, art. 44 CO n° 6; KELLER/GABI, p. 105; DESCHENAUX/TERCIER, § 6 n° 33).

¹¹⁶⁴ REY, n° 401 ss.

¹¹⁶⁵ REY, n° 395 ss. Rapport explicatif, p. 153. Voir aussi l'article 52 AP LRCiv.

¹¹⁶⁶ Rapport, p. 48 ss, 99 s.

¹¹⁶⁷ Rapport explicatif, p. 153.

duction éprouve fréquemment un embarras et des sentiments mêlés¹¹⁶⁸. Ce malaise viendrait du fait que ces dispositions dérogent au principe de la réparation intégrale et que la jurisprudence serait souvent fort évasive lorsqu'elle réduit l'étendue des dommages-intérêts. Le fait que la juge peut (mais ne doit pas) réduire les dommages-intérêts renforcerait encore le flou entourant la mise en œuvre de des articles 43 I et 44 CO. Quoi qu'il en soit, ces différents facteurs de réduction pourraient toujours trouver application dans un régime indemnisant les chances perdues, mais ils seraient certainement moins sollicités à cause de la possible adaptation de l'indemnité au degré de vraisemblance de la réalisation des chances perdues. WIDMER estime que la possibilité offerte à la juge de moduler l'indemnité par le "jeu" de ces facteurs de réduction et notamment de déterminer l'étendue de la réparation "d'après les circonstances et la gravité de la faute" (art. 43 I CO), rend le droit suisse particulièrement propice au dosage de l'indemnisation d'après le degré de la probabilité et ainsi à l'introduction de la théorie de la perte d'une chance¹¹⁶⁹. Il va même jusqu'à dire qu'une analyse des normes régissant la détermination de la réparation montre que le droit suisse de la responsabilité ne repose pas sur le principe du tout-ou-rien, mais qu'il consacre au contraire un système permettant de doser l'obligation de réparer en fonction de diverses circonstances¹¹⁷⁰.

- 280 En particulier: prédisposition constitutionnelle.** – La prédisposition constitutionnelle ("*konstitutionelle Prädisposition*") représente une forme particulière du hasard comme facteur de réduction (n° 11)¹¹⁷¹. Il s'agit de la fragilité propre à un corps humain face à des atteintes ou de la susceptibilité à des réactions particulièrement fortes à une atteinte¹¹⁷². Sont donc visés des états antérieurs qui se seraient réalisés avec certitude ou au moins avec une grande probabilité aussi en l'absence du fait dommageable. Ces états antérieurs auraient donc eu une influence négative sur l'intégrité physique de la victime, mais n'avaient pas encore de conséquences au moment de l'accident¹¹⁷³. En principe, une cause partielle comme par exemple une prédisposition constitutionnelle de la victime ne suffit pas pour interrompre ou écarter un lien de causalité¹¹⁷⁴. Parfois, une maladie préexistante de la lésée peut cependant être décisive selon les articles 42 à 44 CO pour l'importance des dommages-intérêts¹¹⁷⁵. La prédisposition constitutionnelle ne touche cependant pas seulement la détermination des dommages-intérêts, mais aussi l'évaluation du dommage¹¹⁷⁶. On est en présence du dernier cas de figure lorsque le dommage se serait, vu l'état affaibli de la lésée, réalisé au moins partiellement aussi en l'absence du fait dommageable, de sorte que le fait dommageable n'était pas la seule

¹¹⁶⁸ Roland BREHM, *L'étendue des dommages-intérêts (dans le cadre des art. 43 al. 1 et 44 al. 2 CO)*, in: *Die Verantwortlichkeit im Recht*, t. II (Zürich 1981), p. 500 ss. D'un avis contraire, WIDMER (1996), n° 8 s.

¹¹⁶⁹ WIDMER (1991), p. 149; (1994), p. 177.

¹¹⁷⁰ WIDMER (1996), n° 5.

¹¹⁷¹ Thomas KRÄUCHL, *Die konstitutionelle Prädisposition*, thèse (Berne 1998), p. 3; DESCHENAUX/TERCIER, § 28 n° 40; KELLER/GABI, p. 110 s.; OFTINGER/STARK, § 3 n° 95; OFTINGER, p. 102 ss, 280 s.

¹¹⁷² REY, n° 422, 584 ss; OFTINGER, p. 102; KELLER/GABI, p. 110; BREHM, art. 44 CO n° 54; OFTINGER/STARK, § 3 n° 95.

¹¹⁷³ ATF 113 II 86 [93].

¹¹⁷⁴ ATF non publié du 22 février 2000, ATF 113 II 86 [89 s.]; BREHM, art. 41 CO n° 125, 132.

¹¹⁷⁵ REY, n° 425.

¹¹⁷⁶ ATF 113 II 86 [92 s.]. Voir aussi le commentaire critique de Stephan WEBER, *Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition – Anmerkung zu BGE 113 II 86*, 85 *RSJ* (1989) p. 73 ss; OFTINGER/STARK, § 3 n° 98; OFTINGER, p. 103; BREHM, art. 44 CO n° 58.

cause du dommage. La prédisposition constitutionnelle est ici prise en compte dans le sens qu'une durée plus courte de vie ou d'activité est présumée et que le manque à gagner résultant de l'atteinte est limité aux conséquences de l'invalidité prématurée¹¹⁷⁷. Si le dommage ne s'était en revanche pas réalisé sans le fait dommageable, la responsable doit des dommages-intérêts même si la prédisposition constitutionnelle a facilité la survenance du dommage ou a conduit à son augmentation.

- 281 Objectivation de la faute.** — L'évolution, à partir de la fin du 19^e siècle, de la responsabilité aquilienne classique a été caractérisée (comme dans la plupart des systèmes comparables) par une très nette tendance à apprécier de façon toujours plus sévère les devoirs de diligence qui en constituent la base. L'élément déterminant de cette évolution est l'objectivation progressive de la notion même de faute¹¹⁷⁸. Originellement, la faute, en tant que critère d'imputation de la responsabilité, consistait ainsi en un reproche d'ordre subjectif adressé à l'auteur d'un comportement ayant causé un préjudice à une tierce personne. Elle se distinguait de l'illicéité ou de la violation du contrat, considérés comme des critères objectifs. Dans les procès en responsabilité, la jurisprudence a cependant rapidement évolué vers une appréciation de la faute par rapport à un comportement standardisé que l'on pouvait attendre d'une personne ayant la formation et la fonction de la défenderesse. En matière médicale, cette objectivation de la faute s'est traduite par l'idée que la doctoresse commet une faute lorsqu'elle n'agit pas comme une praticienne raisonnablement diligente, avisée et prudente ayant la même formation qu'elle aurait agi dans des circonstances semblables. Ce courant a entraîné une désagrégation de la délimitation entre faute et illicéité¹¹⁷⁹, qui se manifeste notamment dans le triomphe du principe du danger créé ("*Gefahrensatz*")¹¹⁸⁰. Ce principe jurisprudentiel veut que celle qui crée un état de choses dangereux pour autrui doit prendre les mesures commandées par les circonstances pour empêcher un dommage de se produire¹¹⁸¹. Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral déclare toutefois que le "*Gefahrensatz*" sert à qualifier la faute¹¹⁸². L'érosion du fondement subjectif a en outre été renforcée par la théorie de la causalité adéquate dans la mesure où celle-ci prend comme point de départ le "pronostic objectif rétrospectif"¹¹⁸³. Une partie de la doctrine critique à juste titre cette dérive de la responsabilité aquilienne qui ne s'explique que par le désir d'étendre

¹¹⁷⁷ REY, n° 425; ATF 113 II 86 [92 s.].

¹¹⁷⁸ REY, n° 25 s.; Rapport explicatif, p. 134.

¹¹⁷⁹ BREHM, art. 41 CO n° 43; OFTINGER, p. 134 ss, 142 ss; Hans GIGER, *Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden*, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Fribourg 1982), p. 369 ss; Walter FELLMANN, *Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht*, 106 RDS (1987) I p. 339 ss; Rolf H. Weber, *Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?*, 107 RDS 1988 I p. 39 ss.

¹¹⁸⁰ Ce concept est proche des "*Verkehrssicherungspflichten*" du droit allemand (HONSELL [2000], § 4 n° 32; REY, n° 753 ss; Hein KÖTZ, *Deliktsrecht*, 5^e éd. [Berlin 1991], n° 232 ss; Kurt Johannes FURLER, *Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht*, thèse [Fribourg 1978], comme de la "*duty of care*" en common law (MARKESINIS/DEAKIN, p. 76 ss; Tony WEIR, *A casebook on Tort*, 9^e éd. [London 2000], p. 13 ss, 21 ss; Konrad ZWIEGERT/Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd. [Tübingen 1996], p. 610 ss; André TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd. [Paris 1989], p. 63 ss).

¹¹⁸¹ ATF 112 II 138, 93 II 89, 82 II 25, 79 II 66, 66 II 114. Le Tribunal fédéral semble relativiser le principe dans l'ATF 119 II 127. Le principe est critiqué en doctrine: il est jugé trop général et le plus souvent d'application inutile (BREHM, art. 41 CO n° 51 s.).

¹¹⁸² Voir ATF 124 III 297, 123 III 306.

¹¹⁸³ OFTINGER, p. 76 s.

les droits de la victime¹¹⁸⁴. Les auteurs de l'avant-projet veulent corriger la dérive par l'article 48a en donnant à la notion de négligence un contenu plus subjectif¹¹⁸⁵.

7.3.4 Création d'un risque durable

282 Délimitation. – Ce travail montrera que la théorie de la perte d'une chance pourrait théoriquement aussi servir de base pour l'indemnisation de la création d'un risque durable (n° 449 ss). Avant d'examiner cette question, il s'agit dans ce chapitre de se rendre compte à quel point les moyens que le droit suisse met à disposition de celles qui se voient exposées, par la faute d'une tierce personne, à un risque durable, sont limités. Il n'est cependant pas question ici des hypothèses de responsabilité causale ou objective, stricte ou aggravée, dites aussi "responsabilités à raison du risque". La responsabilité causale simple est fondée sur une violation présumée d'un devoir de diligence¹¹⁸⁶. La responsabilité causale aggravée se rattache à une situation où une activité présente un risque élevé mais toléré par l'ordre juridique, et dont la création n'est donc ni illicite ni fautive¹¹⁸⁷. Pour ces deux formes de responsabilité, la législatrice a déjà tenu compte de la création d'un risque durable¹¹⁸⁸.

283 Jurisprudence du Tribunal fédéral. – La Haute Cour indemnise en principe la simple création d'un risque durable, notamment dans le domaine des conséquences de lésions corporelles:

«Dagegen braucht er [der Geschädigte] nicht zu wissen, wie hoch ziffernmässig der Schaden ist. Es ist auch nicht nötig, dass sich dieser im Vermögen des Ersatzberechtigten schon ausgewirkt habe. [...] Der Satz, wonach der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abgeschätzt werden soll (Art. 42 Abs. 2 OR), ist nicht nur auf den bereits eingetretenen, aber schwer nachweisbaren Schaden zugeschnitten, sondern auch auf Nachteile, die der Betroffene wegen der schädigenden Handlung voraussichtlich noch erleiden wird [...]. Das gilt namentlich auch für Schäden aus Körperverletzung. Dafür ist selbst dann Ersatz zuzusprechen, wenn die körperlichen Folgen der Verletzung noch unsicher sind»¹¹⁸⁹.

284 Réserve de révision. – Il se peut qu'au moment du jugement, une incertitude subsiste quant à l'importance et à la durée du préjudice consécutif à des lésions corporelles, quant au processus de guérison ou quant au lien de causalité entre le fait dommageable et un préjudice se manifestant seulement plus tard¹¹⁹⁰. L'aggravation significative de l'état de santé de la victime représente l'exemple classique de cette situation. Dans de

¹¹⁸⁴ DESCHENAUX/TERCIER, § 7 n° 30; Walter YUNG, *Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse*, in: F.-E. Klein (éd.), *Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile* (Bâle/Stuttgart 1973), p. 125, 127; Pierre WIDMER, *Standortbestimmung im Haftpflichtrecht*, 110 *RJB* (1974) p. 320 s.; Walter FELLMANN, *Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht*, 91 *RSJ* (1995) p. 46 s., 50.

¹¹⁸⁵ Rapport explicatif, p. 120 s. Cela est notamment critiqué par HONSELL ([2000], § 6 n° 4a) et Franz WERRO (*Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, 116 *RDS* [1997] I p. 371 ss).

¹¹⁸⁶ REY, n° 77 ss, 880 ss.

¹¹⁸⁷ Rapport explicatif, p. 20, 134 ss; REY, n° 90 ss, 1243 ss.

¹¹⁸⁸ Voir aussi, pour la formulation d'une clause générale de responsabilité pour risque, les articles 50, 51 et 51a AP LRCiv.

¹¹⁸⁹ ATF 114 II 253 [256], 86 II 41 [45], 84 II 570 [576 s.], 60 II 121 [130 s.].

¹¹⁹⁰ OFTINGER/STARK, § 6 n° 227; REY, n° 272.

telles situations, l'article 46 II CO donne à la juge le droit de réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans à compter du jour où elle l'a prononcé ("*Rektifikations- oder Nachklagevorbehalt*")¹¹⁹¹. Si une telle réserve ne figure pas dans le jugement, une demande complémentaire est exclue. Le délai de deux ans est un délai de péremption¹¹⁹². Beaucoup de dommages tardifs ne peuvent pas être appréhendés dans ce délai très court¹¹⁹³. Le Tribunal fédéral est conscient du fait que la loi accepte ainsi qu'un jugement soit rendu et reste en force qui ne correspond pas à l'évolution ultérieure de l'état de santé de la victime:

*«Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Schadenersatzklage sogar dann geschützt werden muss, wenn der künftige Grad der körperlichen Behinderung noch nicht einmal "hinreichend" sicher ist und auch noch ungewiss bleibt, ob er binnen zwei Jahren nach der Ausfällung des Urteils genügend zuverlässig wird festgestellt werden können. Das Gesetz findet sich damit ab, dass ein Urteil gefällt werde und in Kraft bleibe, das der späteren gesundheitlichen Entwicklung des Verletzten nicht in allen Teilen entspricht»*¹¹⁹⁴.

Suivant la proposition de la Commission d'étude¹¹⁹⁵, les auteurs de l'avant-projet se prononcent pour la suppression de la règle prévue à l'article 46 II CO¹¹⁹⁶.

- 285 Réserve d'une demande complémentaire.** – Si l'évolution du dommage n'est pas encore terminée et si d'autres dommages futurs sont à craindre, la juge peut également réserver un droit indépendant d'une action complémentaire qui ne doit pas être limité dans le temps¹¹⁹⁷. Cette réserve est uniquement soumise à la prescription de l'article 60 CO. Cette possibilité représente une création *praeter legem* souhaitable car l'article 46 II CO ne concerne que les suites de lésions corporelles et il arrive aussi dans d'autres cas impliquant un décès ou un dommage matériel, que des préjudices futurs ne se réalisent qu'ultérieurement.
- 286 Action en constatation de droit.** – L'action en constatation de droit relève, en ce qui concerne le droit matériel fédéral, du droit fédéral¹¹⁹⁸. Elle suppose un intérêt à la constatation et n'est admissible que si l'action condamnatoire en dommages-intérêts n'est pas encore possible. La jurisprudence concernant l'action constatatoire est extrêmement restrictive et elle exige même que l'on ne puisse pas attendre de la demanderesse de supporter l'incertitude¹¹⁹⁹. Le Tribunal fédéral est allé jusqu'à rejeter l'action en constatation d'un garçon de huit ans qui avait perdu un œil par une flèche tirée par son camarade, au motif qu'une action condamnatoire était possible et que la juge pouvait estimer le dommage conformément à l'article 42 II CO¹²⁰⁰. Cette solution est peu satisfaisante car il est difficile de prévoir - de façon définitive - pour un garçon de huit ans comment la perte d'un œil influencera l'évolution professionnelle, c'est-à-dire dans quelle mesure la capacité de gain sera diminuée¹²⁰¹. Devant cette jurisprudence, une demanderesse n'a

¹¹⁹¹ ATF 57 II 58 [59].

¹¹⁹² ATF 95 II 255 [270].

¹¹⁹³ HONSELL (2000), § 8 n° 78.

¹¹⁹⁴ ATF 114 II 253 [256], 86 II 41 [47].

¹¹⁹⁵ Rapport, p. 88.

¹¹⁹⁶ Pour les raisons de cette suppression, voir Rapport explicatif, p. 81.

¹¹⁹⁷ HONSELL (2000), § 8 n° 78; KELLER/GABI, p. 90; VON TUHR/PETER, p. 124 s.

¹¹⁹⁸ ATF 114 II 253 [255], 110 II 352 [355]; VOGEL/SPÜHLER, chap. 2 n° 35, chap. 7 n° 20 ss.

¹¹⁹⁹ ATF 114 II 253 ss, 110 II 352 [359]; Klaus TSCHÜTSCHER, 3 *PJA* (1994) p. 508 s.

¹²⁰⁰ ATF 114 II 253 ss.

¹²⁰¹ HONSELL (2000), § 8 n° 24.

donc pas intérêt à introduire une action en constatation car si son action est rejetée, elle perd l'effet interruptif de la prescription. Les auteurs de l'avant-projet, à l'instar de la commission d'étude¹²⁰², proposent l'introduction d'une disposition formellement nouvelle, qui reconnaîtrait expressément à la lésée la faculté de faire constater judiciairement son droit à réparation¹²⁰³. Le rapport explicatif justifie l'introduction, à l'article 56e AP LRCiv, d'une règle de cette nature par le fait que, dans ce domaine, il n'est pas rare que le litige ne porte que sur le principe de l'obligation d'indemniser, alors que l'évolution du préjudice est encore incertaine. Les auteurs de l'avant-projet restent néanmoins convaincus que cette action doit rester subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire en réparation¹²⁰⁴. C'est pour cela qu'ils l'entourent de conditions strictes et surtout prévoient que le jugement en constatation du droit à la réparation ne saurait faire l'objet d'exécution forcée, car il n'obligerait pas la partie défenderesse (sauf pour les points du dispositif qui touchent les frais et dépens judiciaires)¹²⁰⁵. Cette possibilité, même sous la forme proposée dans l'avant-projet, ne constitue donc pas un remède efficace aux problèmes soulevés par la responsabilité pour la création d'un risque durable.

- 287 Exception: perte d'organes pairs.** – Il existe deux cas où la jurisprudence civile indemnise dans une certaine mesure la simple création d'un risque durable, à savoir celui de la perte d'un organe pair et celui de l'atteinte à l'avenir économique (sur ce dernier point, voir n° 509 ss). Sont réputés organes pairs les yeux, les oreilles et les reins¹²⁰⁶. La perte d'organes pairs n'a généralement pas d'influence sur la capacité de gain d'une lésée, car l'organe "survivant" arrive souvent à compenser l'absence de l'autre¹²⁰⁷. Des conséquences subsistent cependant souvent sous forme d'atteinte à l'avenir économique (n° 509 ss). Les juges accordent en plus des dommages-intérêts pour le risque de la perte du deuxième organe pair¹²⁰⁸, ou, autrement dit, elles indemnisent la simple création d'un risque durable¹²⁰⁹. En ce qui concerne le risque d'aveuglement total, BREHM et OFTINGER/STARK critiquent cette solution à cause du risque de sous-indemnisation (si la victime perd effectivement le deuxième œil) ou de sur-indemnisation (si la victime ne perd jamais son deuxième œil). Ils proposent comme solution la conclusion d'une assurance contre la perte totale de la vue, ou encore de considérer la perte du premier œil comme une simple prédisposition constitutionnelle au moment où la perte du deuxième ouvre le droit à une réparation¹²¹⁰. L'assurance-accidents exclut par contre purement et simplement toute indemnité pour la création de ce risque de la manière suivante: «En

¹²⁰² Rapport, p. 146.

¹²⁰³ Rapport explicatif, p. 246 ss.

¹²⁰⁴ Rapport explicatif, p. 249.

¹²⁰⁵ Rapport explicatif, p. 250 s. Voir aussi GULDENER (1979), p. 211.

¹²⁰⁶ Article 29 I de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA; RS 832.202).

¹²⁰⁷ JT 1967 I 441 n° 52.

¹²⁰⁸ ATF 100 II 298 [306] (degré d'invalidité de 25% chez un garçon de 15 ans qui a perdu un œil dans un accident); BREHM, art. 46 CO n° 101 ss.

¹²⁰⁹ REY, n° 275.

¹²¹⁰ BREHM, art. 41 CO n° 106 s.; OFTINGER/STARK, § 6 n° 169 s.; Klaus HÜTTE, Gedanken zur Ermittlung des haftpflichtrelevanten künftigen Schadens jugendlicher Schwerstinvalider wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit, 59 RSA (1991) p. 294. Pour la prédisposition constitutionnelle, voir n° 280.

cas de perte d'un organe pair, [...], il y a lieu de déterminer le degré d'invalidité sans tenir compte du risque de perte de l'autre organe»¹²¹¹.

- 288 Insuffisance de ces moyens et nécessité d'une solution nouvelle.** – Beaucoup d'activités modernes comme par exemple les technologies nucléaire et génétique¹²¹², représentent des risques qui ne peuvent pas (encore) être appréhendés de manière scientifique car des données sûres n'existent pas¹²¹³. Depuis quelques années, la politique de la modernité (au sens le plus large du terme) s'est rendu compte que le traitement d'états de faits incertains, créés par les nouvelles technologies, sera un problème central des sociétés modernes¹²¹⁴. Dans la science du droit, cette conscience n'existe pas (encore) dans la même mesure¹²¹⁵. Les systèmes juridiques sont toujours calqués sur des données normatives établies et font généralement abstraction d'états de faits incertains ou hypothétiques. La critique de NICKLISCH est révélatrice à ce sujet. Il dit en substance que celle qui exploite une technologie moderne en se fondant non pas sur la certitude, mais uniquement sur la vraisemblance que cette activité ne cause pas de dommages, doit accepter que la lésée qui identifie l'exploitante avec la même probabilité comme responsable, demande d'elle une réparation:

«In den Bereichen, in denen nur geringe Kenntnisse über ausgelöste Kausalverläufe vorhanden sind, sind zwangsläufig auch die Kenntnisse über die notwendigen Sicherheitsmassnahmen mit Ungewissheit belastet. Dies hat zur Folge, dass auch der Umfang der verbleibenden Risiken und damit der von Dritten hinzunehmenden Risiken im Ungewissen liegen. Werden Dritte auf diese Weise Risiken der Ungewissheit ausgesetzt, so entspricht es nur der Billigkeit, wenn bei der Haftung für entsprechende Schäden ebenfalls nicht volle Gewissheit verlangt wird. Nach dem Prinzip der Gefährdungshaftung als Preis für das erlaubte Risiko sollten bei Aktivitäten, deren Auswirkungen nur im Sinne von Wahrscheinlichkeiten oder im Sinne von Plausibilitäten vorhersehbar sind, auch für die Schadenskompensation entsprechende Wahrscheinlichkeits- oder Plausibilitätsmassstäbe gelten. Wer ins Dunkle schießt, nicht auf die Gewissheit, sondern nur auf die Wahrscheinlichkeit gestützt, dort keinen Schaden anzurichten, muss akzeptieren, dass Geschädigte, die den Schützen mit eben dieser Wahrscheinlichkeit als Schädiger darten, von ihm Ersatz ihres Schadens verlangen»¹²¹⁶.

La suite de ce travail montrera que la perte d'une chance pourrait théoriquement constituer un moyen approprié pour résoudre des cas de responsabilité impliquant la création de ce genre de risques durables (n° 449 ss).

¹²¹¹ Article 29 II de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA; RS 832.202).

¹²¹² Sur les relations entre les risques génétiques et la responsabilité civile, voir BRÜLHART (2000), p. 265 ss et (2001), p. 15 ss.

¹²¹³ BRÜLHART (2000), p. 266.

¹²¹⁴ Pour un survol de ces courants politiques, voir Klaus von BEYME, *Theorie der Politik im 20. Jahrhundert - Von der Moderne zur Postmoderne* (Frankfurt am Main 1991).

¹²¹⁵ BRÜLHART (2000), p. 266.

¹²¹⁶ Fritz NICKLISCH, *Die Haftung für Risiken des Ungewissen in der jüngsten Gesetzgebung zur Produkt-, Gentechnik- und Umwelthaftung*, in: Festschrift für Hubert Niederländer (Heidelberg 1991), p. 348. Voir aussi Fritz NICKLISCH, *Haftpflichtprobleme der Bio- und Gentechnologie*, in: H. Honsell/H. Rey (éd.), *Symposium Stark - Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht veranstaltet zum 70. Geburtstag von Emil W. Stark* (Zürich 1991), p. 127; LOSER, p. 234 ss.

7.4 Arguments pour et contre

289 Introduction. – L'avantage capital de l'indemnisation de chances perdues consiste dans le fait qu'elle permet d'éviter tous les inconvénients du système actuel du tout-ou-rien (7.4.1.1). Dans la doctrine étrangère, notamment française et américaine, on trouve ensuite deux arguments de politique juridique en faveur de la théorie, à savoir celui de la compensation (7.4.1.2) et celui de la prévention (7.4.1.3). Les arguments contre l'indemnisation de la perte d'une chance concernent le détournement du lien de causalité (7.4.2.1), le caractère aléatoire (7.4.2.2) et artificiel (7.4.2.3) du dommage, le nombre supérieur d'erreurs dans l'évaluation du dommage (7.4.2.4), le recours excessif aux données statistiques (7.4.2.5), le risque d'une responsabilité sans limites (7.4.2.6) et, en matière médicale, l'augmentation des coûts de la santé (7.4.2.7)¹²¹⁷.

7.4.1 Arguments pour

7.4.1.1 Remède aux défauts de la méthode du tout-ou-rien

290 Moins de manipulations des conditions classiques. – L'allègement et le renversement du fardeau de la preuve pour la causalité naturelle, le jeu des facteurs de réduction et l'objectivation progressive de la faute ne représentent finalement rien d'autre que des échappatoires à la rigidité trop absolue du principe du tout-ou-rien. Tous ces expédients visent finalement le même but ou procèdent du même souci: obtenir, sur la base de la responsabilité pour faute, des résultats socialement satisfaisants dans un monde empreint du progrès technique et toujours plus complexe¹²¹⁸. Un système reconnaissant l'indemnisation de chances perdues nécessite beaucoup moins ce genre de palliatifs. La pression pour diluer, manipuler ou carrément abandonner certaines conditions classiques de la responsabilité civile disparaîtrait¹²¹⁹. Par l'introduction de la théorie de la perte d'une chance, le système juridique suisse gagnerait ainsi en cohérence et garantirait, malgré les notions de chances et de risque qui semblent, de prime abord, être difficilement maîtrisables par le droit (n° 9 ss), une meilleure sécurité du droit.

291 Solution plus "équitable" pour les deux parties. – La théorie de la perte d'une chance permet des solutions beaucoup plus nuancées que le système radical du tout-ou-rien. Elle ouvre également la voie vers une répartition plus équitable de l'obligation de réparer entre la victime et la responsable. Contrairement à l'évolution générale de la responsabilité civile qui a essayé ces dernières décennies de trouver un contrepois aux risques accrus découlant du progrès technique et de la complexité des choses, l'équité accrue introduite par l'indemnisation de chances perdues ne profite pas seulement à la victime. Dans les cas où le rapport de causalité est établi avec une probabilité de 60%, 70% ou 80%, la juge ne serait plus obligée de faire semblant d'avoir acquis une certitude juridi-

¹²¹⁷ Pour une discussion des arguments invoqués contre l'indemnisation de chances perdues, voir KASCHE, p. 189 ss. Voir aussi KEITH (p. 790), qui décèle, pour le droit américain, quatre préoccupations principales soulevées par les tribunaux rejetant la théorie de la perte d'une chance: (1) le jury devrait spéculer sur les chances de survie ou de guérison de la patiente; (2) pour pouvoir indemniser la patiente, le tribunal devrait modifier, manipuler ou éliminer la condition de la causalité proche ("proximate causation"); (3) la responsabilité médicale deviendrait plus stricte que celle applicable à d'autres professions libérales; et (4) le résultat final du relâchement de la causalité produirait une injustice encore plus grave.

¹²¹⁸ Rapport explicatif, p. 134 s.

¹²¹⁹ KASCHE, p. 248.

que suffisante. Elle ne serait plus contrainte de choisir entre les deux alternatives suivantes: soit arrondir la probabilité vers le haut et condamner la responsable à la totalité des dommages-intérêts; soit artificiellement diminuer l'obligation de réparer en tordant les conditions classiques de la responsabilité pour faute au-delà de ce qui est logiquement admissible pour arriver à une réparation qui correspond à peu près au degré de probabilité initialement constaté. Elle pourrait admettre qu'elle n'arrive souvent pas à établir des certitudes suffisantes. Cela lui donnerait ainsi la possibilité de condamner la responsable au paiement de 60%, 70% ou 80% du dommage en fonction du degré de probabilité qu'avait la chance perdue par la victime de se réaliser.

7.4.1.2 Meilleure compensation

292 Objectif central de la responsabilité civile. – En Europe, la compensation du préjudice subi est l'objectif le plus important du droit de la responsabilité civile¹²²⁰. Le fait de ne pas accorder une réparation pour des chances perdues par la faute d'une tierce personne se trouve en porte-à-faux avec cet objectif central. L'exemple théorique suivant illustre cela:

- Un traitement de routine consistant en une chimiothérapie est appliqué dans une clinique d'une manière qui détériore l'état de santé des 100 patientes de cette clinique. Une héritière d'une des patientes décédées intente une action en responsabilité contre la clinique en alléguant que c'est le traitement négligent qui est la cause de la mort prématurée de la patiente. L'experte médicale établit qu'un traitement approprié aurait sauvé la vie seulement dans 40% des cas.
- L'application du *principe du tout-ou-rien* a non seulement comme conséquence que l'action de l'héritière en question sera rejetée, mais que les actions des 99 autres ayants droit se trouvant dans une situation similaire connaîtront le même sort. En effet, toutes les actions se heurteraient à la même impossibilité de prouver avec une certitude suffisante le lien causal entre la négligence de la clinique et la mort prématurée. Un tel résultat est clairement injuste car pour 40 patientes, ce lien causal existe effectivement. A défaut d'une information absolument complète, chose qui n'arrive quasiment jamais dans la réalité, une part d'incertitude subsistera cependant toujours.
- La théorie de la *perte d'une chance* permettrait dans ce genre de situations au moins de faire un pas dans la direction d'une solution plus équitable en tenant la clinique pour responsable de 40% du préjudice invoqué dans chaque action, au lieu de la libérer de toute responsabilité pour les 100 décès¹²²¹.

¹²²⁰ Rapport, p. 18; Rapport explicatif, p. 19 s.; HONSELL (2000), § 1 n° 63; REY, n° 12 ss; André TUNC, Introduction, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts) (Tübingen/Mouton/The Hague/Paris 1972), n° 164; Elizabeth VAN SCHILFGAARDE, Negligence under the Netherlands Civil Code – An Economic Analysis, 21 *California Western International Law Journal* 265 (1991) p. 70. Voir cependant Marita KÖRNER, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsge-
winn präventiver und punitiver Elemente, 53 *NJW* (2000) p. 241 ss. Aux Etats-Unis, par contre, les objectifs de la responsabilité civile sont beaucoup plus nombreux et controversés qu'en Europe. SHAPO, par exemple, établit une liste de 18 buts et la compensation figure au quatrième rang (Marshall S. SHAPO, *Towards a Jurisprudence of Injury: The continuing Creation of a System of Substantive Justice in American Tort Law*, Report to the American Bar Association of The Special Committee on the Tort Liability System (1984), n° 4-1 ss).

¹²²¹ MIRANDOLA, p. 275.

JANSEN invoque un argument semblable en faveur de la reconnaissance de la perte d'une chance comme dommage réparable en droit allemand¹²²². Un des arguments principaux de politique juridique exigerait en effet que des intérêts individuels fondamentaux soient protégés par le droit. Le droit privé de la responsabilité aurait comme fonction de protéger des droits fondamentaux contre des violations sérieuses¹²²³. Or, la prise en compte des chances serait importante pour la protection du droit qui est finalement lésé, car dans des cas où seule une chance subsiste, seule une chance peut être perdue. Ce serait aussi la raison pour laquelle les gens considèrent apparemment comme très important que le droit protège ces chances. Si le droit de la responsabilité ne protégeait pas des victimes contre la perte de chances, il ne répondrait pas au mandat que lui confère la constitution¹²²⁴. Reconnaître la perte d'une chance comme un dommage indemnisable représenterait une méthode praticable pour remplir la mission que le droit constitutionnel confie au droit privé de la responsabilité¹²²⁵. KOZIOL s'oppose à cet argument constitutionnel en disant que, d'une part, il existe de bonnes raisons aussi en faveur d'une protection uniquement des biens juridiques fondamentaux et non pas de simples chances, et, d'autre part, des solutions de droit privé conformes au système actuel peuvent également être trouvées¹²²⁶.

- 293 **Valeur pécuniaire de la chance.** - L'argument du but compensatoire de la responsabilité civile trouve son prolongement logique dans l'attribution d'une valeur pécuniaire à la chance. En effet, une chance de 40% de gagner un procès a une certaine "valeur de transaction". Une demanderesse disposant d'une telle chance peut donc menacer la défenderesse d'un procès en responsabilité et obtenir une certaine somme d'argent dans les négociations¹²²⁷. De même, un terrain avec une chance de 40% d'être affecté à la zone à bâtir présente une valeur supérieure à celle d'un terrain qui n'a aucune chance de changer de zone. La question cruciale sera finalement celle de savoir si l'on est disposé ou non à considérer les chances perdues comme un préjudice patrimonial susceptible de réparation (n° 354 ss). La réponse à cette question dépendra largement de considérations de politique juridique et de justice sociale. Dans les systèmes juridiques qui ne connaissent pas de norme générale de responsabilité, mais seulement un catalogue de droits protégés (par exemple le droit allemand; n° 166), le même argument prend la forme suivante: l'obtention, le maintien ou l'utilisation de chances constitue dans des cas innombrables un droit protégé dont la violation doit déclencher une responsabilité et donner lieu à réparation¹²²⁸.

7.4.1.3 Meilleure prévention

- 294 **Argumentation en droit américain.** - Aux Etats-Unis, un des buts centraux de la responsabilité civile consiste dans la prévention ou la dissuasion. L'appel aux "*deterrence*

¹²²² JANSEN, p. 292.

¹²²³ Il renvoie à la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* et du *Bundesverfassungsgericht* sur le droit à la protection de la sphère privée.

¹²²⁴ JANSEN, p. 292.

¹²²⁵ JANSEN, p. 292 s.

¹²²⁶ KOZIOL (2001), p. 906.

¹²²⁷ WADDAMS, p. 87.

¹²²⁸ Pour la doctrine allemande, MAASSEN, p. 168 ss; STOLL (1993), p. 42. Un raisonnement quelque peu semblable a été suivi par COOTE (p. 771 s.).

objectives" est très fréquent¹²²⁹. Une partie importante de la doctrine américaine estime que la théorie de la perte d'une chance réalise plus efficacement cette fonction que le système traditionnel du tout-ou-rien. Selon ces auteurs, l'indemnisation de chances perdues s'impose parce qu'autrement une incitation à un comportement diligent fait défaut à chaque fois qu'une autre cause possible du dommage entre en ligne de compte¹²³⁰. Une responsable qui empêche la chance de guérison ou de survie de se réaliser pourrait toujours se cacher derrière l'allégation que le résultat était de toute façon inévitable. La conséquence ultime de la méthode traditionnelle serait un abaissement du niveau des soins médicaux¹²³¹. L'indemnisation de la perte d'une chance empêche en effet les défenderesses de profiter de l'incertitude qu'elles ont elles-mêmes créée par leur négligence¹²³². Même si le comportement négligent de la doctoresse pourrait ne pas être la cause ultime de l'invalidité permanente ou du décès de la patiente, la négligence crée en effet souvent des pertes statistiquement prouvables¹²³³. L'absence d'indemnisation des chances perdues permet ainsi à une doctoresse d'être libre de toute responsabilité, même pour les erreurs médicales les plus graves, lorsque les chances de survie ou de guérison de la patiente étaient inférieures à 50% avant le traitement inapproprié¹²³⁴. Or, une patiente attend d'une doctoresse qu'elle prodigue des soins adéquats, indépendamment de son pourcentage de chances. Elle devrait dès lors pouvoir obtenir des dommages-intérêts pour une telle perte indépendamment de la question de savoir à quel point ses chances étaient petites¹²³⁵. La théorie motiverait donc les doctresses à être diligentes aussi dans les cas où les traitements ne sont normalement pas couronnés de succès¹²³⁶. D'un point de vue plus économique, il est évident que sans le comportement fautif de la doctoresse, les avocates, les expertes et les juges n'auraient jamais dû se préoccuper des problèmes impondérables de chances, mais le destin aurait suivi son cours¹²³⁷. Il serait ainsi plus

¹²²⁹ *Herskovits v. Group Health Cooperative*, 664 P.2d 474, 477 (Wash. 1983); *Roberson v. Counselman*, 686 P.2d 149, 160 (Kan. 1984); *McKellips v. Saint Francis Hosp.*, 741 P.2d 467, 474 (Okla. 1987); *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N.W.2d 44, 51 (Mich. 1990); *Perez v. Las Vegas Medical Center*, 805 P.2d 589, 591 (Nev. 1991).

¹²³⁰ KING, p. 1377; WOLF, p. 451; FELDMAN, p. 150; REISIG, p. 1180; KEITH, p. 778; WILLGING, p. 556.

¹²³¹ ROUBIK, p. 983 s.: «If doctors and hospitals are shielded from liability for negligent conduct resulting in loss of a less-than-50% chance of survival, they might be less inclined to perform the full spectrum of diagnostic and treatment procedures in seemingly hopeless cases».

¹²³² WILLGING, p. 557; *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 409 (Tex. 1993) (HIGHTOWER, opinion dissidente).

¹²³³ KING, p. 1377; *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 409 (Tex. 1993) (HIGHTOWER, opinion dissidente); *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, 688 P.2d 597, 607 (Ariz. 1984); *McKellips v. Saint Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467, 474 (Okla. 1987).

¹²³⁴ KING, p. 1377. Voir aussi *Herskovits v. Group Health Cooperative*, 664 P.2d 474, 477 (Wash. 1983): «To decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was a less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence». Cet argument invoqué par la Cour suprême du Washington dans *Herskovits* est très fréquemment cité par la doctrine et les tribunaux américains. Voir, par exemple, *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 409 (Tex. 1993) (HIGHTOWER, opinion dissidente); *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P.2d 589, 591 (Nev. 1991).

¹²³⁵ *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 409 (Tex. 1993) (HIGHTOWER, opinion dissidente).

¹²³⁶ MIRANDOLA, p. 275.

¹²³⁷ KING, p. 1378.

"juste" de mettre les coûts de cette incertitude à la charge de la fautive plutôt qu'à la charge de la victime¹²³⁸.

295 Attitude des pays de l'Europe continentale. – En Europe continentale, les juristes sont en général moins convaincus de l'effet préventif de la responsabilité civile¹²³⁹. Les rédacteurs de l'avant-projet sont d'avis que la prévention ne peut être qu'un effet secondaire ou réflexe (souhaité, mais mineur du point de vue de la politique juridique)¹²⁴⁰. L'influence croissante des considérations économiques sur le droit pourrait toutefois provoquer une réévaluation de ce point de vue¹²⁴¹. KOZIOL estime cependant que la réparation de chances de guérison se justifie aussi à cause de son effet préventif¹²⁴².

296 Analyse de l'effet préventif. – Un effet préventif découlant de la théorie de la perte d'une chance présuppose, premièrement, qu'une application large amène à une responsabilité qui n'existerait pas sans elle, et, deuxièmement, que cette responsabilité supplémentaire soit anticipée par les personnes commettant potentiellement des fautes professionnelles¹²⁴³. Probablement, les deux conditions cumulatives ne sont remplies que dans un nombre limité de cas¹²⁴⁴.

- En ce qui concerne la condition de la responsabilité supplémentaire, la question est plutôt de savoir si le principe du tout-ou-rien laisse des victimes sans réparation. En droit suisse, les palliatifs développés par la jurisprudence (n° 276 ss) ne permettent toujours pas aux victimes d'obtenir des dommages-intérêts dans les cas où la vraisemblance du rapport causal n'est pas prépondérante (ou, autrement dit, où les chances perdues sont inférieures à 50%). Cette condition est donc remplie pour toute cette catégorie de chances. Mais comme la théorie de la perte d'une chance réduit aussi la responsabilité des professionnelles dans tous les cas où une chance supérieure à 51%, mais clairement inférieure à 100%, a été détruite, l'impact de la "nouvelle" responsabilité est probablement neutralisé sur l'ensemble des cas d'application potentiels.
- En ce qui concerne la condition de l'influence sur le comportement des responsables potentielles, il faudrait que la faculté de pouvoir se cacher derrière une autre cause possible pour le dommage ait un impact réel sur l'attitude des responsables. Souvent l'existence d'une telle cause étrangère n'est cependant pas d'avance reconnaissable. Et même si c'était le cas, comme lors du traitement de certaines maladies et blessures à hauts risques, les doctresses ne sont de loin pas toujours suffisamment conscientes

¹²³⁸ *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, 858 S.W.2d 397, 405 (Tex. 1993).

¹²³⁹ REY (n° 15) lui accorde un certain poids dans le cadre de la responsabilité aquilienne. Voir cependant Walter FELLMANN (*Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht*, 91 RS/ [1995] p. 44), qui estime que la prévention est, en tout cas en droit suisse, considérée comme une des idées conductrices du droit de la responsabilité civile. Voir, pour les Pays-Bas, AKKERMANS, p. 214; pour l'Allemagne, LARENZ, p. 423; pour la Grande-Bretagne, Tony WEIR, *A casebook on Tort*, 9^e éd. (London 2000), p. 17 ss. Certaines auteures américaines estiment également qu'il n'existe aucune preuve montrant que les actions en responsabilité ont un quelconque effet préventif sur les doctresses (voir, par exemple, THURMAN, p. 116).

¹²⁴⁰ Rapport explicatif, p. 19 s. Voir aussi HONSELL (2000), § 1 n° 63; Rapport, p. 19 s.;

¹²⁴¹ Sur cette question en général, Raphael LANZ, *Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht*, 137 RSJB (2001) p. 1 ss.

¹²⁴² KOZIOL (2001), p. 908.

¹²⁴³ AKKERMANS, p. 215.

¹²⁴⁴ HONSELL ([2000], § 1 n° 74a) estime également que l'effet préventif de menaces d'actions en dommages-intérêts est souvent surestimé.

de la probabilité d'une cause étrangère pour relâcher leurs efforts de diligence¹²⁴⁵. Dans le contexte médical, un tel comportement cynique et contraire à toute éthique professionnelle n'est de toute façon que difficilement imaginable. Il en va probablement autrement pour les dommages purement matériels. Dans ce cas, il serait tout à fait imaginable qu'une partie se contente par exemple d'une mauvaise exécution de ses obligations contractuelles avec l'arrière-pensée que la partie cocontractante n'arrivera de toute façon pas à prouver qu'elle n'aurait pas subi la perte en question en cas d'exécution correcte¹²⁴⁶. Ce genre de situations devraient cependant être rares.

Pour que l'application de la théorie de la perte d'une chance ait un réel impact sur le comportement des sujets de droit, il faudrait donc qu'il n'existe actuellement aucune ou seulement une responsabilité très limitée dans un certain domaine caractérisé par les fréquentes et grandes difficultés de preuve du rapport causal. C'est dans ces domaines-là qu'une responsabilité proportionnelle aurait le plus de chances d'avoir un effet préventif. AKKERMANS estime, en ce qui concerne l'introduction de la théorie en droit néerlandais, que l'effet préventif serait par exemple réel dans le cadre de la responsabilité pour l'exposition aux rayons émanant de substances dangereuses¹²⁴⁷. Il avoue cependant qu'en dehors de telles situations spécifiques, la portée de l'argument de la prévention ou de la dissuasion est limitée¹²⁴⁸.

7.4.2 Arguments contre et leur manque de pertinence

7.4.2.1 Détournement du lien de causalité naturelle

297 **Renvoi.** - Dans tous les systèmes juridiques qui se sont posé la question de la reconnaissance de la perte d'une chance, l'objection la plus fondamentale contre cette méthode consiste à dire qu'elle serait – par définition ou seulement dans certaines circonstances – en contradiction avec l'exigence du rapport causal certain¹²⁴⁹. C'est dans la littérature française et en relation avec la responsabilité pour faute médicale que cette crainte a été exprimée de la façon la plus virulente. Cette objection sera analysée dans un chapitre à part (n° 331 ss). Dans la théorie de la perte d'une chance proposée par ce travail, cette critique est cependant dénuée de fondement. La théorie proposée ici exige en effet un rapport causal traditionnel, seulement avec un nouveau type de dommage (n° 404 ss).

7.4.2.2 Caractère aléatoire du dommage

298 **Préjudice trop incertain.** - Des auteures françaises ont rappelé que la chance était par définition aléatoire et que rien ne permettait donc d'affirmer que si l'événement qui a privé la victime de cette chance n'avait pas eu lieu, le profit escompté aurait été effectivement réalisé¹²⁵⁰. La difficulté d'évaluer le montant de l'indemnité à cause du caractère aléatoire du préjudice serait un autre argument pour rejeter la théorie de la perte d'une

¹²⁴⁵ AKKERMANS, p. 216. Dans le même sens, BOGGS, p. 440.

¹²⁴⁶ AKKERMANS, p. 216.

¹²⁴⁷ AKKERMANS, p. 216.

¹²⁴⁸ AKKERMANS, p. 216.

¹²⁴⁹ AKKERMANS, p. 193.

¹²⁵⁰ Par exemple, MEMETEAU ([1997], p. 1372) qui exprime cette critique de la façon suivante: «A supposer nécessaires des réformes de la responsabilité médicale, doivent-elles passer par ces détours de la reconstruction du passé où l'imaginaire idéal le dispute aux hypothèses?».

chance (n° 553 ss)¹²⁵¹. Des juges américaines craignent également que la perte d'une chance abandonne la fonction de recherche de la vérité du droit¹²⁵².

- 299 Pas une propriété antérieure de la victime.** - Des auteures françaises sont d'avis que la perte d'une chance ne peut logiquement pas être indemnisée au motif qu'une chance n'est jamais destinée à rester au stade de la chance, mais à être tentée et à être réalisée dans un sens favorable ou, au contraire, défavorable¹²⁵³. Autrement dit, la chance ne serait pas destinée à conserver la valeur que lui donne la probabilité, mais cette valeur serait appelée à être soit accrue par le succès, soit anéantie par la perte. BENABENT exprime cette critique de la façon suivante:

«[e]n indemnisant la victime par l'équivalent de la chance perdue, on la place dans la situation où elle serait si elle avait vendu sa chance, non dans celle où elle serait si elle l'avait courue. Pour bien faire, la probabilité de la chance perdue ne devrait pas étalonner le montant de la réparation, mais simplement permettre aux juges de dire si actuellement, la chance ayant été courue, elle serait réalisée ou anéantie»¹²⁵⁴.

- 300 Manque de pertinence de la critique.** - La critique du caractère trop aléatoire est dénuée de fondement. Dans l'intérêt d'une solution plus équitable¹²⁵⁵, la réparation d'une chance perdue permettrait d'avouer notre incapacité de connaître le déroulement exact des choses et malgré cela d'allouer une indemnité par le biais de la probabilité. La juge doit de toute façon toujours se contenter d'une "certitude judiciaire", c'est-à-dire d'un degré élevé de probabilité qui est conforme au cours normal des choses (n° 268)¹²⁵⁶. Le droit suisse, comme beaucoup de droits étrangers, reconnaît ensuite à bien des points de vue, une valeur certaine à la chance (n° 354 ss). La chance peut donc être isolée comme une sorte de propriété antérieure de la victime dont elle est définitivement privée par la faute de la responsable. En matière médicale, cette valeur propre et préexistante consiste en l'aptitude qu'a la malade à être guérie compte tenu, d'une part, de la nature et du degré d'évolution du mal dont elle est atteinte, d'autre part des techniques médicales, pharmaceutiques et chirurgicales qui sont à la disposition de la doctoresse. Ces diverses thérapeutiques constituent un "patrimoine scientifique", distinct de la doctoresse qui se borne à les mettre en œuvre¹²⁵⁷. La difficulté d'évaluer le montant de l'indemnité à cause du caractère aléatoire du préjudice n'est pas non plus décisive, étant donné le peu de cas que les tribunaux font, de façon générale, de cet argument qui n'a pas été retenu, par exemple, pour la réparation des dommages moraux¹²⁵⁸ et, en particulier en droit français, du *pretium doloris*, du préjudice d'affection, du préjudice de frustration, dont l'évaluation en argent est pourtant tout aussi difficile, sinon davantage. Il ne faut pas non plus demander l'impossible. La critique concernant le caractère éphémère de la chance est également dénuée de fondement, car le droit reconnaît une valeur économique et juridique par exemple à une créance ou à une dette qui sont également destinées à être réalisées et dont le but n'est pas en premier lieu de rester au stade d'un droit relatif

¹²⁵¹ VINEY/JOURDAIN, n° 279 s.

¹²⁵² Par exemple, *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W.2d 44, 66 (Mich. 1990) (RILEY, opinion dissidente).

¹²⁵³ BENABENT, n° 237; J. CAREL, note sous Cass. (crim.) 18 janvier 1956, *Clapon*, JCP 1956 II 9285.

¹²⁵⁴ BENABENT, n° 237.

¹²⁵⁵ WILLING (p. 559) qui estime que l'indemnisation de chances perdues amène à des résultats plus "fair".

¹²⁵⁶ CHARAF ELDINE, p. 62 s.

¹²⁵⁷ BORE, n° 38.

¹²⁵⁸ VINEY/JOURDAIN, n° 279.

(au sens du droit des obligations), mais de se transformer en un droit absolu (au sens des droits réels).

7.4.2.3 Caractère artificiel du dommage

301 Exemple du domaine médical. – Diverses auteures françaises et américaines dénoncent le caractère artificiel du préjudice notamment en matière médicale, plus précisément de la perte d'une chance de survie¹²⁵⁹. Elles font une distinction entre la perte de la chance d'obtenir un gain et la perte d'une chance de survie: elles admettent que la perte de la chance d'obtenir un gain est un préjudice à part entière en expliquant que la victime, qui, par définition, n'avait pas encore le gain, n'a perdu que la chance de l'obtenir; elles considèrent en revanche que la perte d'une chance de survie est un pur jeu de mots, le dommage véritable étant la mort, la victime ayant bien perdu ce qu'elle avait déjà, à savoir la vie¹²⁶⁰. La mort deviendrait donc, par l'effet d'un euphémisme jurisprudentiel, la perte d'une chance de vie. CONTE estime d'ailleurs que la discussion sur la différence entre la perte d'une chance de survie et la perte d'une chance d'éviter la mort est assurément la plus captivante depuis celle sur le sexe des anges¹²⁶¹. Cette critique considère donc la chance comme une simple illusion, au moins dans la mesure où aucune action ni aucun choix humain ne sont impliqués. Elle rejoint l'argument des déterministes qui consiste à dire que des événements naturels s'expliquent toujours et nos incertitudes ne sont que le résultat de notre manque d'informations.

302 Manque de pertinence de la critique. – Cette critique souffre de son manque de réalisme et des attentes trop importantes à l'égard de la science du droit. Le droit ne s'occupe en effet pas d'une image philosophiquement réelle ou véridique du monde (pour autant qu'une telle image existe), mais du monde tel qu'il est perçu par les êtres humains. Or, l'idée d'une chance est d'une importance capitale pour une telle conception du monde¹²⁶². En effet, des situations impliquant une incertitude *inévitabile*, due à un manque incontournable de savoir, sont normalement conceptualisées en termes de chances et de risques. De telles notions deviennent ainsi des éléments nécessaires d'une conception "normale" du monde. L'objection du caractère artificiel du dommage consistant dans la perte d'une chance, est donc, d'un point de vue juridique, inopérant¹²⁶³. Le droit s'occupe en outre du monde tel qu'il est perçu par notre langage habituel. Dans le domaine médical, il est par exemple évident qu'une doctoresse a l'obligation de traiter une patiente indépendamment de ses chances de survie. Même si la patiente savait qu'elle allait probablement mourir même avec un traitement approprié, n'importe quelle patiente dans sa situation aurait la ferme conviction qu'elle a encore quelque chose à perdre: la chance de survivre¹²⁶⁴. Les gens considèrent apparemment

¹²⁵⁹ CONTE, n° 218; ROUBIK, p. 985.

¹²⁶⁰ CONTE, n° 218. PENNEAU ([1990], p. 538) estime également que la chance perdue est, "en toute logique", impossible à dissocier du préjudice final.

¹²⁶¹ CONTE, n° 220.

¹²⁶² JANSEN, p. 280.

¹²⁶³ JANSEN, p. 281.

¹²⁶⁴ Voir aussi l'exemple dans *Wollen v. DePaul Health Center*, 828 S.W.2d 681, 684 (Mo. 1992): une malade se trouve en face de trois portes. Derrière deux portes attend la mort certaine, derrière la troisième porte se cache la guérison. Si la patiente est privée de la possibilité de choisir entre les trois portes, elle subit un désavantage dont le droit de la responsabilité civile doit tenir compte. Voir, pour un exemple semblable, KAHR, p. 22.

que la chance est une chose importante qui mérite d'être protégée par la loi¹²⁶⁵. Cette observation désarme la critique de la chance comme simple illusion et montre que le concept de la chance est un élément nécessaire dans un système juridique complet. Cela ne signifie bien évidemment pas encore que la perte d'une chance doive nécessairement être considérée comme un dommage indemnisable en droit de la responsabilité. Cette dernière question demande la prise en compte de nombreux autres facteurs qui sont discutés dans ce travail. La suite de cette étude montrera en outre que les différenciations subtiles qu'exige la théorie de la perte d'une chance, notamment médicale, méritent probablement autant de discussions que la problématique existentielle du sexe des anges, mais que l'impact pratique des deux sujets de discussion n'est peut-être pas tout à fait le même¹²⁶⁶.

7.4.2.4 Plus d'erreurs dans l'évaluation du dommage

303 Fréquence d'erreurs. - Certaines juges américaines craignent que l'application de la théorie de la perte d'une chance produise statistiquement plus d'erreurs que la méthode du tout-ou-rien en matière de preuve de la causalité naturelle¹²⁶⁷. L'exemple théorique suivant montre que cette critique doit être prise au sérieux¹²⁶⁸:

- Imaginons que 99 patientes souffrent d'un cancer et chacune d'elles a une chance de survie de 33,33%. Suite à un traitement médical négligent toutes les 99 malades décèdent.
- Tout-ou-rien: toutes les 99 patientes resteraient sans indemnité, car chaque patiente n'avait qu'une chance de guérison inférieure à 50%, de sorte que la cause probable de la mort consistait en la condition préexistante (n° 378), à savoir l'état de santé de la patiente, et non pas en la négligence de la doctoresse. Statistiquement, si toutes les 99 avaient bénéficié de soins appropriés, 33 auraient survécu et 66 seraient décédées. Pour 33 patientes, c'est donc plutôt la négligence de la doctoresse que la condition préexistante qui constitue la cause du décès. La règle traditionnelle aurait ainsi produit 33 erreurs en refusant des dommages-intérêts à toutes les 99 patientes.
- Perte d'une chance: toutes les 99 patientes obtiendraient des dommages-intérêts, mais chacune ne toucherait que 33,33% de la valeur correspondant à la perte de l'enjeu final. Encore une fois, avec un traitement adéquat, 33 patientes auraient survécu. Les malades qui auraient statistiquement survécu auraient reçu seulement un tiers de l'exact montant de leurs dommages-intérêts, tandis que les 66 patientes qui seraient décédées à cause de leur condition préexistante, et non pas à cause de la négligence, seraient sur-indemnisées d'un tiers. Cela signifie que la théorie de la perte d'une chance produirait des erreurs dans tous les 99 cas.
- La théorie de la perte d'une chance aurait donc abouti à 66 erreurs de plus que l'approche du tout-ou-rien.

304 Relativisation de la critique. - Un examen statistique plus approfondi de cet exemple montre cependant qu'il n'y aurait pas de transferts d'argent supplémentaires entre les

¹²⁶⁵ KING, p. 1378; JANSEN, p. 281; KASCHE, p. 226.

¹²⁶⁶ Quoi qu'il en soit, Simone DE BEAUVOIR est en tout cas d'avis que les anges n'ont pas de sexe, mais portent des noms masculins (*Le deuxième sexe*, t. II [Paris 1949], p. 42 s.).

¹²⁶⁷ Par exemple, *Dumas v. Cooney*, 1 Cal.Rptr.2d 584, 593 (Cal. CA 1991).

¹²⁶⁸ L'exemple est tiré de l'arrêt *Fennell v. Southern Maryland Hosp. Ctr., Inc.*, 580 A.2d 206, 213 (Md. CA 1990).

victimes et les responsables sous le régime de la perte d'une chance par rapport à la méthode traditionnelle du tout-ou-rien¹²⁶⁹. Dans l'hypothèse statistiquement probable d'une répartition égale des lésées des deux côtés du seuil traditionnellement fatidique des 50%, cela peut être démontré par le raisonnement suivant:

- Supposons, dans la situation esquissée au paragraphe précédent, à savoir 99 patientes avec chacune 33,33% de survie, que chaque patiente a subi un préjudice de FRS 1.
- Tout-ou-rien: comme les patientes lésées ne pourraient récupérer aucune indemnisation, les doctresses ne payeraient rien.
- Perte d'une chance: les 33 patientes sous-indemnisées toucheraient 1/3 de leur préjudice, soit FRS 11. Les 66 malades sur-indemnisées toucheraient également 1/3 de leur préjudice, soit FRS 22. Les doctresses devraient donc payer une somme globale de FRS 33.

La différence entre le système traditionnel (aucune indemnité) et l'approche de la perte d'une chance (FRS 33) présente donc une balance de FRS 33 en défaveur des doctresses.

- Supposons maintenant un groupe de 99 patientes de l'autre côté du seuil crucial des 50%, chaque malade ayant une chance de survie de 66,66%. Chaque patiente lésée allègue encore une fois un dommage de FRS 1.
- Tout-ou-rien: comme la chance de survie est supérieure à 50%, les doctresses devraient payer des dommages-intérêts pleins à toutes les patientes, à savoir une somme totale de FRS 99.
- Perte d'une chance: les 66 patientes sous-indemnisées toucheraient 2/3 de leur préjudice, soit FRS 44. Les 33 malades sur-indemnisées obtiendraient également 2/3 de leur préjudice, soit FRS 22. Les doctresses devraient donc payer le montant total de FRS 66.

La différence entre la méthode traditionnelle (FRS 99 au total) et l'approche de la perte d'une chance (FRS 66 au total) représente donc une différence de FRS 33 en faveur des doctresses.

- 305 Conclusion.** - Cette hypothèse démontre que les doctresses payeraient plus d'argent sous le régime de la perte d'une chance que sous le système traditionnel si la chance de survie est inférieure à 50%, mais moins d'argent si cette chance est supérieure à 50%. Si, statistiquement, il y a autant de patientes avec une chance de survie inférieure à 50% avant l'intervention fautive des doctresses que de patientes avec une chance de survie supérieure à 50%, le montant d'argent qui change de mains entre les doctresses et les patientes reste donc exactement le même dans les deux approches.
- 306 Chaque erreur est plus petite.** - La différence cruciale entre les deux méthodes consiste cependant dans le fait que l'importance de l'erreur dans chaque cas particulier est clairement inférieure dans l'approche de la perte d'une chance que dans la méthode du tout-ou-rien¹²⁷⁰.
- 307 Dissémination des pertes ("loss spreading").** - L'application de la théorie de la perte d'une chance a en outre comme conséquence que plus de personnes que ce qui serait

¹²⁶⁹ L'examen est calqué sur le raisonnement de BRUER, p. 991.

¹²⁷⁰ AKKERMANS, p. 192; KING, p. 1387; COOPER, p. 219; MATTHIES, p. 104.

statistiquement justifié, touchent des dommages-intérêts. La combinaison de cette constatation avec la conclusion que le montant total des dommages-intérêts reste le même montre que c'est le groupe général des patientes qui supporte le risque d'une sous-indemnisation plutôt que chaque patiente individuellement. Cette observation répond à un but primordial du droit de la responsabilité civile aux Etats-Unis, la dissémination des pertes ou "*loss spreading*". En Suisse, on n'assigne généralement pas cette fonction au droit de la responsabilité civile.

7.4.2.5 Recours excessif aux données statistiques

308 Risque de manipulation. - Un autre argument contre l'approche de la perte d'une chance est sa référence dénoncée comme excessive à des preuves statistiques pour déterminer l'existence, l'importance et finalement la valeur des chances dont la lésée s'estime privée¹²⁷¹. Cela serait surtout vrai pour les chances en relation avec la santé, à savoir les chances de guérison et de survie. Certaines auteures et juges, notamment américaines, expriment une méfiance générale à l'égard de l'utilisation de statistiques en salle d'audience¹²⁷². D'autres craignent des données contradictoires d'expertes et des discussions sans fin sur l'ampleur exacte de chances et de probabilités¹²⁷³. Les expertes sont en outre souvent elles-mêmes professionnellement actives, dans la corporation à laquelle appartient une partie, généralement la défenderesse. Sans insinuer par là que l'idée d'être elle-même assignée en justice poussera une chirurgienne à l'indulgence envers ses consœurs, les avocates préfèrent souvent les expertes retirées de la vie professionnelle proprement dite, d'autant plus que la parole de l'experte est souvent revêtue d'une autorité quasi évangélique¹²⁷⁴.

309 Manque de pertinence de la critique. - En ce qui concerne la peur d'interminables querelles sur l'importance exacte des chances, nourries par des données statistiques contradictoires, il faut d'abord rappeler que la grande majorité de la doctrine américaine considère les données statistiques comme parfaitement aptes à guider le juge dans la détermination de l'existence, l'importance et la valeur des chances perdues. Le risque de manipulation est au contraire certainement plus grand dans le système du tout-ou-rien¹²⁷⁵. Comme cette méthode exige que l'on fixe une limite radicale de séparation entre tout et rien, un seul pourcent peut faire un monde de différence. La bagarre entre les avocates et les expertes sera menée de manière beaucoup plus acharnée autour de cette limite fatale qui se situe à 50% en droit américain. L'arrêt *Thompson v. Sun City Community Hospital*¹²⁷⁶, dans lequel la Cour suprême de l'Arizona rejette la limite traditionnelle du système du tout-ou-rien de 50% + 1 ("*the balance of probabilities*") et introduit à sa place la méthode de la perte d'une chance, illustre cela:

¹²⁷¹ AKKERMANS, p. 187; PERROCHET/SMITH/COLELLA, p. 625 ss; THURMAN, p. 117; BRENNWALD, p. 784 ss; GERECKE, p. 811 ss; PRICE, p. 755 s. Pour la jurisprudence américaine, voir *Dumas v. Cooney*, 1 Cal.Rptr.2d 584, 593 (Cal. CA 1991); *Fennell v. Southern Maryland Hosp. Ctr., Inc.*, 580 A.2d 206, 213 (Md. CA 1990).

¹²⁷² Elles craignent surtout que l'utilisation de statistiques induise en erreur le jury (*Fennell v. Southern Maryland Hosp. Ctr., Inc.*, 580 A.2d 206, 213 [Md. CA 1990]) ou que les témoins expertes et les avocates manipulent les statistiques (TRUCKOR, p. 364). Voir aussi H. O. KERKMEESTER/R. V. DE MULDER, *Statistiek en Bewijsrecht*, *NJB* (1987) p. 73 ss.

¹²⁷³ GOLD, p. 397 s.

¹²⁷⁴ GUILLOD (1989), p. 66 s.; SCHWEIZER, p. 186.

¹²⁷⁵ FELDMAN, p. 143 s.; GOLD, p. 386 s.; REISIG, p. 1180.

¹²⁷⁶ 688 P.2d 605 (Ariz. 1984).

«[F]or every expert witness who evaluates the lost chance at 49% there is another who estimates it at closer to 51%»¹²⁷⁷.

La tâche de la juge de partager les responsabilités entre les parties n'est ainsi pas plus difficile dans une approche proportionnelle que dans le système radical traditionnel¹²⁷⁸.

- 310 **Pas d'appréciation in concreto.** - D'autres craintes concernent la déduction, qui est inévitablement faite lors de l'utilisation de données statistiques, du général (les moyennes statistiques) au particulier (le cas d'espèce individuel et concret)¹²⁷⁹. SAVATIER souligne que l'approche de la perte d'une chance méconnaît la différence entre les chances statistiques d'évolution d'une affection donnée - que la notion de perte de chances de survie revient, selon lui, à prendre en considération - et les chances individuelles de la patiente atteinte par cette affection - qui devraient seules être retenues dans chaque espèce déterminée¹²⁸⁰. CROOM-JOHNSON de la *Court of Appeal* anglaise exprimait le même souci dans *Hatton v. East Berkshire Area Health Authority* (n° 186):

«[a] mere statistical chance will not be enough. The chance must be something lost to the individual patients»¹²⁸¹.

En droit américain, cette difficulté a été illustrée de la manière suivante par BRACHTENBACH dans son opinion dissidente concernant *Herskovitz v. Group Health Cooperative* (n° 145): deux compagnies de taxis opèrent dans une ville, une a trois taxis bleus, l'autre a un seul taxi jaune. Une piétonne est blessée par un taxi, mais au moment du procès, elle ne se rappelle plus de quelle couleur était le taxi. Dans sa demande en dommages-intérêts, la victime utilise la preuve statistique selon laquelle il y a une chance de 75% qu'elle a été blessée par un taxi bleu. Selon BRACHTENBACH, ce fait est d'une certaine importance, mais ne suffit pas pour prouver qu'il existe une probabilité prépondérante que la compagnie des taxis bleus est à l'origine de l'accident. Autrement, les taxis bleus seraient responsables de tous les accidents causés par des taxis non identifiés¹²⁸².

- 311 **Manque de pertinence de la critique.** - En réalité, l'exemple des taxis n'implique aucune question de chance ou de risque, mais représente un simple problème de preuve¹²⁸³. Le problème réside en effet dans le fait qu'une chance statistiquement moyenne de X% ne veut pas encore dire qu'elle est aussi de X% dans chaque cas individuel¹²⁸⁴. La peur que la juge n'accorde pas assez d'importance à cette distinction, a été

¹²⁷⁷ 688 P.2d 605, 615 (Ariz. 1984). Voir, dans le même sens, *Waffen v. United States*, 799 F.2d 911, 923 (4th Cir. 1986).

¹²⁷⁸ AKKERMANS, p. 189 s.

¹²⁷⁹ Selon MEMETEAU ([1985], n° 792), «le juge doit reconstituer les événements et deviner un peu au hasard, la part, la fraction arithmétique, du fait fautif du praticien de santé dans la survenance du mal». Pour le droit allemand, voir MÖLLER-STOY, p. 193; pour le droit américain, voir WALKER, p. 270 s., 279 ss.

¹²⁸⁰ R. SAVATIER, note sous Cass. (crim.) 9 juin 1977, *Dr Jacques Bucher*, JCP 1978 II 18839.

¹²⁸¹ [1987] 1 All E.R. 210, 224b.

¹²⁸² *Herskovitz v. Group Health Authority*, 664 P.2d 474, 490 (Wash. 1983). MACKAY de la *House of Lords* a repris cette illustration dans *Hatton v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All E.R. 909, 918g - 919b (HL) (n° 186).

¹²⁸³ JANSEN, p. 279. Contrairement à ce qu'avait suggéré MACKAY dans *Hatton*, un tel cas ne représenterait donc aucun problème pour la théorie de la perte d'une chance, car ce genre d'hypothèse n'est tout simplement pas perçue en termes de risques et de chances.

¹²⁸⁴ VAN, p. 8, 85 ss, 144.

exprimée sous différentes formes dans les divers systèmes juridiques¹²⁸⁵. Sur la base des observations faites précédemment (n° 14 ss), cette partie de la critique liée à l'emploi excessif des statistiques peut être désarmée par les six arguments suivants:

- 312 (1) Moyen auxiliaire par excellence.** - Les adversaires de l'utilisation de données statistiques en procédure mélangent souvent différentes applications¹²⁸⁶. Cela est problématique, car la transposition de données statistiques d'une décision judiciaire à une autre est pour le moins délicate. La suite de ce travail montrera cependant que la problématique de l'indemnisation de chances perdues ne concerne qu'indirectement la question de l'auteur du dommage ou celle de la preuve du rapport causal (n° 331 ss). Il s'agit au contraire uniquement d'un outil pour évaluer de manière objective le dommage dans un cas où sa "création" ne peut pas être déterminée avec une certitude suffisante¹²⁸⁷. Comme, dans une approche proportionnelle, cette évaluation ne représente justement pas une décision de tout-ou-rien, mais une quantification raisonnable d'une certaine grandeur, les statistiques représentent un moyen auxiliaire par excellence. Dans beaucoup de cas complexes de responsabilité, le recours à des statistiques est tout simplement inévitable pour déterminer l'importance des chances de la lésée, notamment dans des domaines qui deviennent de plus en plus techniques¹²⁸⁸. Ceci est d'autant plus vrai qu'il est généralement exigé que l'étendue du dommage soit prouvée avec une certitude raisonnable et ne puisse pas être déterminée par spéculation¹²⁸⁹. Pour que les statistiques puissent être un moyen utile pour les juges, il faudra cependant que les expertes leur expliquent de façon appropriée leur maniement en rapport avec le cas individuel et concret en cause¹²⁹⁰.
- 313 (2) Méthode courante.** - La jurisprudence n'hésite pas à se fonder sur des données statistiques, même pour des chances pour lesquelles une différence très évidente existe entre la valeur moyenne statistique et la valeur individuelle, comme par exemple pour les chances de remariage pour une veuve ou un veuf (n° 514). La question de savoir si une personne se remariera est toujours une affaire parfaitement personnelle, pour laquelle seules des moyennes peuvent être calculées, mais pour laquelle il est hautement incertain que la moyenne ait une quelconque valeur de prédiction pour le cas concret. STARK admet également que rien n'est aussi certain dans ces cas que la présomption que l'estimation, qu'elle soit faite sur la base d'une statistique ou indépendamment de ce moyen auxiliaire, est fautive¹²⁹¹. Des statistiques constituent donc un point de rattachement

¹²⁸⁵ PENNEAU ([1977], n° 101) estime qu'il existe entre les deux formes de probabilités un «abîme profond»; HILL, p. 512 ss; GOTTWALD, p. 119; KERKMEESTER (1993), p. 772 s.; MÜLLER-STOY, p. 193; Note: Damages contingent upon chance, 18 *Rutgers Law Review* (1963-64) p. 881 ss.

¹²⁸⁶ PRICE (p. 755 s.) insiste par contre sur les différences.

¹²⁸⁷ La critique de SAVATIER, par exemple, concerne la perte d'une chance en tant que problème de causalité et n'est donc pas pertinente pour la solution choisie dans cette thèse qui essaie de ne pas confondre le caractère aléatoire de l'enjeu total avec un problème de causalité (n° 333 ss).

¹²⁸⁸ MANGAN, p. 311; *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991); *McKellips v. Saint Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 476 (Okla. 1987).

¹²⁸⁹ Pour le droit américain, voir *Kroll v. United States*, 708 F.Supp. 117, 119 (D. Md. 1989). En droit suisse, l'article 42 II CO autorise le juge à statuer en équité seulement lorsque la preuve du dommage est extrêmement difficile à rapporter.

¹²⁹⁰ En ce qui concerne ces explications à l'adresse du jury, voir THURMAN, p. 112.

¹²⁹¹ STARK (1991), p. 108 s. note 34.

ment utile (mais pas plus que cela) dans ces cas¹²⁹². La juge doit ensuite voler de ses propres ailes:

«[O]n ne saurait, de façon générale, imposer au juge, des critères objectifs d'estimation ou des pourcentages de probabilité précis. Notre droit repose sans doute aucun sur la conviction subjective du juge. Même si la preuve est apportée ou peut être apportée au moyen d'une expertise qui recourt à des données de probabilité mathématiquement exprimées, la règle légale ne saurait se baser sur un critère objectif ou une pourcentage de probabilité précis»¹²⁹³.

- 314 (3) **Problème maîtrisé par les sciences statistiques.** - L'importance de la difficulté découlant de l'écart entre la chance statistique et la chance individuelle et concrète n'est pas inconnue des sciences statistiques. L'ampleur de ce problème peut en effet être exprimée par l'"intervalle de confiance" (n° 16). Ce problème peut être rendu visible par l'indication d'une fourchette dans laquelle se trouve la valeur individuelle. En statistique, on parle alors du "maximum de vraisemblance"¹²⁹⁴. Plus l'intervalle de confiance est étroit, moins le problème de déduction du général au particulier est important. Les statistiques médicales tentent d'éliminer ce problème dans la mesure du possible entre autres par "l'individualisation" de la statistique elle-même, c'est-à-dire par la distinction de (sous)catégories toujours plus affinées de patientes montrant les mêmes symptômes. SCOTT qui est lui-même médecin, arrive en tout cas à la conclusion suivante:

*«a well designed and modern series of medical statistics will be a fairly accurate reflection of the chances that any individual patient would have had of a good outcome»*¹²⁹⁵.

- 315 (4) **La même critique vaut pour la méthode radicale.** - L'approche traditionnelle du tout-ou-rien en matière de preuve de la causalité présuppose des déterminations statistiques similaires. Comment serait-il sinon possible de déterminer si une chance est supérieure ou inférieure à 50%? Même en étant conscient des risques d'une utilisation excessive de mathématiques dans les procès, il n'est pas faux de dire que toute preuve d'un fait repose finalement sur une appréciation statistique ou probabiliste au sens épistémologique du terme (n° 269)¹²⁹⁶.
- 316 (5) **Prise en compte de l'impossibilité de savoir.** - Le fossé entre les chances statistiques moyennes et le cas concret ne peut jamais être entièrement comblé. Il est inhérent à la problématique. Le point central reste toujours que l'on n'arrive pas à déterminer comment le cas de la victime s'est réellement passé. L'attribution d'une indemnité pour la perte d'une chance ne naît pas de la prétention que l'on puisse porter un jugement sur cette question. BENABENT souligne cela: «En indemnisant la victime par l'équivalent de la chance perdue, on la place dans la situation où elle serait si elle avait vendu sa chance, non dans celle où elle serait si elle l'avait courue»¹²⁹⁷. Cette théorie répond justement à l'existence de l'incertitude, du non-savoir, et les statistiques représentent un moyen

¹²⁹² ROBERTO, p. 159.

¹²⁹³ HOHL, p. 129 s.

¹²⁹⁴ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. [Paris 2000], p. 106 ss.

¹²⁹⁵ SCOTT, p. 524.

¹²⁹⁶ Laurence H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 *Harv. L. Rev.* (1971) p. 1330.

¹²⁹⁷ BENABENT, p. 180. HILL ne voit pas ce problème, de sorte que sa critique est intenable sur ce point. Voir aussi la réplique de SCOTT.

auxiliaire par excellence pour maîtriser cette incertitude de façon rationnelle¹²⁹⁸. PRICE estime à juste titre que des cas comme *Hotson* (n° 186), *Wilsher* (note 736) ou *Herskovitz* (n° 145) peuvent clairement être distingués de l'exemple des compagnies de taxis (n° 310)¹²⁹⁹. En effet, dans les premiers cas, la faute de la responsable a toujours été établie et la seule question litigieuse était celle de la preuve de la causalité du dommage. Dans l'exemple des compagnies de taxis par contre, aucune des deux conditions de responsabilité n'a été prouvée. L'opposition à l'usage de preuves statistiques pures pourrait donc avoir plus de pertinence dans les cas impliquant une pluralité de responsables possibles où il n'existe aucune preuve directe qu'une certaine responsable particulière a commis une faute ou causé les dommages ("*market share liability*" du droit américain). Si une juge attend par contre plus que des preuves statistiques dans une affaire telle que *Hotson* (n° 186), elle exige tout simplement l'impossible¹³⁰⁰. Pour reprendre l'exemple du domaine médical, l'objection du manque d'appréciation *in concreto* serait pertinente s'il était possible à un certain moment de faire une prévision certaine sur l'évolution d'une maladie. Cela n'est cependant pas possible dans la grande majorité des cas¹³⁰¹. Même en connaissance de tous les éléments du cas concret, aucune doctoresse ne saura dire si un certain médicament aura de l'effet chez une patiente concrète, si des statistiques détaillées montrent que ce médicament n'est appliqué avec succès que dans 40% ou 70% des cas¹³⁰². Si une telle affirmation pouvait être faite, les doctresses n'appliqueraient le traitement uniquement dans les cas prometteurs de succès. L'obligation (de moyens) de traiter une patiente se fonde cependant justement sur l'incertitude du processus de guérison. Tant qu'une certitude scientifique ne peut pas être atteinte, le droit de la responsabilité civile ne devrait pas l'exiger¹³⁰³. En ce qui concerne la problématique de la perte d'une chance, AKKERMANS estime également qu'il n'existe aucune raison péremptoire pour exclure l'utilisation de données statistiques pour la détermination de l'ampleur d'une chance perdue¹³⁰⁴.

- 317 (6) **Pratique extrêmement fréquente.** - Des conclusions de probabilité pour un cas concret sont extrêmement fréquentes dans la vie de tous les jours: la doctoresse qui fait un choix entre différents médicaments envisageables dans le cadre d'un traitement, se décide pour le médicament qui a le plus de chances de réussite eu égard à la constitution spécifique d'une certaine patiente. L'avocate qui doit répondre à la question de sa cliente de savoir si un éventuel procès a de bonnes chances de succès, examine ces probabilités sur la base d'une analyse soigneuse de la situation légale et des possibilités au niveau des preuves. Dans ces cas, les personnes concernées ne se contentent pas de la constatation que la réalisation de l'événement X est plus probable que l'avènement de l'événement Y, mais elles essaient de faire une appréciation plus détaillée des chances

¹²⁹⁸ Albert JACQUARD, *Les probabilités*, 6^e éd. (Paris 2000), p. 123: «Finalement, comme toute technique mathématique, le raisonnement probabiliste ne constitue qu'un moyen d'assurer la rigueur, la cohérence de nos déductions. Dans de nombreuses occasions, nous pouvons faire appel à lui et il se montre d'une remarquable efficacité, encore faut-il bien reconnaître ses limites; le raisonnement probabiliste ne peut apporter de réponses aux questions d'ordre métaphysique posées par la *Réalité* ou par le *Hasard*».

¹²⁹⁹ PRICE, p. 755.

¹³⁰⁰ PRICE, p. 756.

¹³⁰¹ KASCHE, p. 214 ss, 240.

¹³⁰² BRENNAN, p. 509.

¹³⁰³ KASCHE, p. 240; REECE, p. 204 ss. Différent HILL (p. 512), qui considère que c'est la tâche du tribunal de déterminer à quel groupe appartient la patiente en question.

¹³⁰⁴ AKKERMANS, p. 188.

en jeu. Ces quantifications sont certainement approximatives, parce qu'elles ne peuvent se baser sur des calculs exacts, mais seulement sur des jugements plus ou moins avérés, fondés sur l'expérience. Mais la pratique de tous les jours continue à se servir d'eux, faute de mieux. La même chose doit valoir pour le droit. Il n'est pas logique que le droit de la responsabilité civile reste, en ce qui concerne des questions de probabilité, au stade d'un système très rudimentaire du tout-ou-rien, si la pratique offre des méthodes plus affinées¹³⁰⁵.

- 318 **En matière médicale.** - En ce qui concerne les chances en relation avec la santé, ce sont justement les données statistiques qui donnent à la juge les points de repère objectifs nécessaires pour sa décision. Comme la médecine n'est pas une science exacte, le recours à des données statistiques de probabilité est, indépendamment du système de responsabilité, fréquent et bien développé¹³⁰⁶. MATTHIES va encore plus loin:

«Gerade in der Medizin sind Wahrscheinlichkeitsangaben regelmässig möglich, wenn auch zum Teil schwierig, ja die Wahrscheinlichkeit ist gar das für die Medizin typische Instrument»¹³⁰⁷.

L'argument selon lequel l'ampleur des chances de santé perdues ne pourrait pas être déterminée de manière suffisante, perd donc beaucoup de son poids. La juge qui a recours de manière raisonnable aux expertes peut certainement arriver à des résultats acceptables, ce que prouvent par ailleurs les pratiques des tribunaux français, américains et belges¹³⁰⁸. MATTHIES abonde encore une fois dans le même sens:

«Der Vorwurf mangelnder Praktikabilität beruht daher bislang auf einem nicht verifizierten Vorurteil, während das Gegenteil durch Beispiele belegt werden kann»¹³⁰⁹.

7.4.2.6 Risque d'une responsabilité sans limites

- 319 **Crainte d'une obligation de résultat pour les mandataires.** - Une des fonctions du droit de la responsabilité civile consiste à limiter la responsabilité¹³¹⁰. C'est surtout dans le domaine médical qu'une partie de la doctrine craint que l'application de la perte d'une chance ouvre la porte à toutes les fenêtres¹³¹¹. En droit anglo-saxon, cet argument est appelé "l'argument des *floodgates*" ("écluses")¹³¹². Dans les systèmes de droit civil,

¹³⁰⁵ Du même avis, pour le droit allemand, MÖLLER-STOY, p. 195. Pour le droit américain, voir Note: *Damages contingent upon chance*, 18 *Rutgers Law Review* (1963-64) p. 893: «*The judgments of every day life and business necessarily involve probabilities, chance being a concomitant of the universe. Such judgments often involve more than a "more likely than not" assessment. Realistically, people must think in this way if their judgments are to reflect actuality. Once people become jurors there is no reason why they should revise their thinking habits to suit a somewhat artificial rule through which they must view the world as a place where events are only more probable than not.*»

¹³⁰⁶ AKKERMANS, p. 184.

¹³⁰⁷ MATTHIES, p. 104.

¹³⁰⁸ Pour l'expertise médicale en droit suisse en général, voir R. Schaffhauser/Franz Schlauri (éd.), *Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung* (St. Gallen 1997); Jacques MEINE, L'expertise médicale en Suisse: satisfait-elle aux exigences de qualité actuelles?, 67 *RSa* (1999) p. 37 ss.

¹³⁰⁹ MATTHIES, p. 105.

¹³¹⁰ Rapport, p. 18.

¹³¹¹ PERROCHET/SMITH/COLELLA, p. 625 ss.

¹³¹² MARKESINIS/DEAKIN, p. 174. Voir aussi Jaap SPIER/Olav HAAZEN, *Preliminary observations*, in: J. Spier (éd.), *The Limits of Expanding Liability* (The Hague/London/Boston 1998), p. 6: «*The*

cette crainte a notamment été exprimée en rapport avec une dérive vers une obligation de résultat pour la doctoresse. CHABAS a ainsi soutenu que l'appel à la notion de perte d'une chance de guérison ou de survie transformerait l'obligation médicale d'une obligation de moyens en une obligation de résultat¹³¹³. MEMETEAU explique ce même souci de la façon suivante:

«[l']état de maladie créait déjà un risque et compromettait l'avenir du malade. Le médecin promettait d'apporter tous les soins en vue d'écarter ce danger, mais, tenu d'une obligation de moyens, ne s'obligeait pas à apporter ce résultat. Or, il devient responsable pour le motif qu'en agissant autrement, il aurait peut-être atteint ce résultat. Le paradoxe est que le doute sur ce qui aurait peut-être eu lieu conduit vers l'équivalent d'une obligation de résultat»¹³¹⁴.

- 320 **Manque de pertinence de la critique.** - Dans un certain sens, "l'argument des *floodgates*" est l'inverse de celui fondé sur la prévention. Les deux arguments partent cependant de l'idée qu'un champ d'application large de la théorie de la perte d'une chance conduirait à plus de responsabilité. Le chapitre consacré à l'argument basé sur la prévention accrue a montré que cela n'est que rarement le cas (n° 294 ss). Il est vrai que des incertitudes causales arrivent plus fréquemment dans le domaine médical qu'ailleurs, mais là aussi elles ne sont pas monnaie courante. Il semble donc que la crainte que l'application de la perte d'une chance augmente de beaucoup la responsabilité dans les professions régies par le contrat de mandat, est exagérée. En France et en Belgique en tout cas, où les avocates et les doctresses sont tenues pour responsables pour la perte de chances depuis des décennies, rien n'indique cela. Pour les systèmes, comme celui du droit allemand, qui essaient d'atténuer les rigueurs de la méthode du tout-ou-rien par un renversement du fardeau de la preuve (n° 172 ss), le contraire serait même plus logique. Si l'application de la théorie de la perte d'une chance devait en effet avoir une quelconque influence significative sur la responsabilité civile des doctresses et des avocates, elle serait plutôt dans le sens d'un allègement. Car l'étendue de la réparation sera régulièrement seulement une part de la totalité de 100% qui aurait été attribuée dans le cadre du renversement du fardeau de la preuve (n° 174). En ce qui concerne plus spécifiquement la crainte d'une obligation de résultat pour les mandataires, il faut se rappeler la chose suivante avec WERRO:

«Reconnaître au lésé le droit d'être indemnisé pour la perte de la chance d'obtenir un résultat qui ne lui avait pas été promis, telle est l'essence de la théorie de la perte d'une chance. [...] Elle ne lui permet cependant pas d'obtenir une indemnité égale à celle qui serait la sienne si l'obligation avait été de résultat. Alors que dans l'obligation de moyens "nul ne peut savoir si la perte aurait pu être évitée", le préjudice est exclu dans l'obligation de résultat, l'absence de la perte ayant en effet été promise»¹³¹⁵.

"*floodgates argument*" seems to be the phantom capable of terrifying us most. As such, it is the number one reason for a reluctant, not too liberal approach to compensating the victims of another's acts.

¹³¹³ CHABAS ([1973], n° 4), contredit sur ce point par SALLET (p. 6). Voir aussi MEMETEAU/MELENNEC, p. 140.

¹³¹⁴ MEMETEAU (1986), p. 137, 148; MEMETEAU (1994), p. 1153.

¹³¹⁵ WERRO (1993), n° 1022. Cet auteur estime que dans la ligne de l'article 43 CO, la juge peut se prévaloir d'un motif d'équité pour justifier cette indemnité qui empiéterait sur le terrain de l'intérêt positif (n° 1023). La reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance en droit suisse rendrait superflu ce détour théorique.

Ce parallélisme entre le champ d'application de la théorie de la perte d'une chance et la nature de l'obligation en jeu est tout à fait cohérent avec le fait que la théorie de la perte d'une chance ne trouve application que si l'enjeu total est par définition aléatoire (n° 369 ss) et ne peut dès lors pas faire l'objet d'une promesse. Comme la doctoresse ne répond que d'une obligation de moyens, c'est justement la chance de guérir ou de survivre que la mandataire fait perdre à la patiente par sa faute. De ce point de vue, il est même plus cohérent avec la nature de l'obligation de moyens de n'indemniser que la perte d'une chance en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un contrat de mandat¹³¹⁶. Le rapport entre la violation de l'obligation de moyens et la perte d'une chance en matière médicale trouve donc son pendant dans le fait que la doctoresse n'a pas l'obligation de guérir, mais celle de bien soigner. Si elle a mal soigné, on ne saurait dès lors lui reprocher de ne pas avoir guéri, mais seulement d'avoir diminué les chances de guérison. Il ne faut en outre pas perdre de vue que la faute de la mandataire constitue une des conditions cumulatives de l'application de la théorie de la perte d'une chance (n° 362 ss)¹³¹⁷. Cette exigence constitue donc un obstacle efficace à une responsabilité sans bornes.

7.4.2.7 Augmentation des coûts de la santé

321 Primes d'assurance responsabilité professionnelle plus élevées. - C'est surtout aux Etats-Unis que cette préoccupation de politique juridique est invoquée contre l'indemnisation des chances perdues¹³¹⁸. Certaines commentatrices pensent que l'introduction de la théorie de la perte d'une chance entraînerait une augmentation de la responsabilité professionnelle. Le nombre plus élevé de transactions et de litiges aurait comme conséquence d'importants coûts sociaux. THURMAN, par exemple, est d'avis que l'augmentation des coûts de la santé serait la conséquence de trois facteurs: des primes plus élevées pour l'assurance responsabilité professionnelle des mandataires, des changements dans les pratiques dus à des risques de responsabilité professionnelle plus élevés (évolution vers une médecine dite défensive), et des coûts découlant d'actions non couvertes par l'assurance responsabilité professionnelle¹³¹⁹. Ces auteures estiment ainsi que si la perte d'une chance permet d'introduire plus d'actions en justice, les mandataires dépenseraient plus d'argent pour leurs avocats, les expertes et les tribunaux par le biais d'une augmentation de leurs primes d'assurance responsabilité professionnelle.

322 Manque de pertinence de la critique. - Cette assertion est pour le moins faible¹³²⁰. En effet, si l'on admet l'argument d'un certain effet préventif accru (n° 294 ss), le nombre de cas de responsabilité diminuerait grâce à la plus grande diligence des mandataires. Les doctresses veilleraient à ce que les tests soient effectués selon les règles et envisageront toutes les méthodes de traitement à disposition¹³²¹. Même si l'on admet pas l'argument de la prévention, le montant total des dommages-intérêts sous le régime de la perte d'une chance n'augmenterait en tout cas pas (n° 304 s.). En effet, si la moitié des malades dans un hôpital ont une chance de survie de 51% et l'autre moitié de 49% et

¹³¹⁶ WERRO (1996), p. 6 s.

¹³¹⁷ AKKERMANS, p. 217, note 498; VINEY, n° 370; VANSWEEVELT, n° 462.

¹³¹⁸ *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W.2d 44, 66 (Mich. 1990) (RILEY, opinion dissidente).

¹³¹⁹ THURMAN, p. 116.

¹³²⁰ WILLGING, p. 559; KEITH, p. 779; Donna H. SMITH, Note: Increased Risk of Harm: A New Standard For Sufficiency of Evidence of Causation in Medical Malpractice Cases, 65 *Boston University Law Review* (1985) p. 309 ss.

¹³²¹ FELDMAN, p. 151.

toutes meurent à la suite de négligences médicales, le système de la perte d'une chance redistribuerait seulement plus équitablement les dommages-intérêts parmi les patientes. Cela signifie que si le nombre de cas de perte d'une chance est inférieure au nombre de cas "traditionnels" de responsabilité médicale, les coûts imposés aux doctresses seraient inférieurs. L'exemple suivant illustre ce raisonnement¹³²².

- Supposons que 100 malades arrivent à l'hôpital et la valeur de l'intérêt pécuniaire de chacune de ces patientes est de FRS 100 000.
- Perte d'une chance:
 - Si 50 actions sont introduites et chaque patiente a une chance de survie de 25%, la perte de ces vies par négligence provoquerait un préjudice total de FRS 1 250 000 (FRS 25 000 x 50). Si les autres 50 patientes ont une chance de survie de 75%, la perte de leurs vies déclencherait une responsabilité équivalente à FRS 3 750 000 (FRS 75 000 x 50). Les doctresses devraient donc payer des dommages-intérêts de FRS 5 000 000, si le nombre de patientes se trouvant des deux côtés du seuil des 50% est égal.
 - Si le nombre de patientes avec une chance de survie de 25% est par contre de 5 et l'autre catégorie reste à 50, la mort de ces patientes sous la perte d'une chance représenterait un dommage de FRS 125 000 (FRS 25 000 x 5). La catégorie des patientes avec une chance de survie de 75% équivalait toujours à un montant de FRS 3 750 000 (FRS 75 000 x 50). Le total des dommages-intérêts serait donc de FRS 3 875 000.
- Tout-ou-rien:
 - Les dommages-intérêts dans le premier cas (chaque catégorie comptant 50 personnes) correspondraient au calcul suivant. Pas de dommages-intérêts pour les patientes en-dessous d'une chance de survie de 50% et dommages-intérêts pleins pour les autres. Le total des dommages-intérêts seraient donc de FRS 5 000 000 (FRS 100 000 x 50).
 - Cependant, le deuxième exemple donne un résultat différent. S'il y a 5 patientes avec une chance de survie de 25% et 50 patientes avec une chance de survie de 75%, le résultat est toujours de FRS 5 000 000.

Cela signifie que le résultat final est de FRS 1 125 000 inférieur dans un système juridique qui reconnaît la théorie de la perte d'une chance par rapport à un système juridique qui applique l'approche du tout-ou-rien. D'un point de vue économique, il est donc clairement avantageux d'adopter la théorie de la perte d'une chance.

Un autre argument économique en faveur de l'indemnisation de chances perdues réside dans le fait que dans les cas où les chances de survie étaient modestes, une patiente n'aura qu'une petite motivation pécuniaire à introduire une action en justice contre la doctresse. En effet, les dommages-intérêts seraient de toute manière drastiquement réduits en fonction des probabilités de survie ou de guérison découlant de la condition préexistante (n° 378)¹³²³. Les expériences faites avec des actions fondées sur la perte d'une chance montrent en outre que les tribunaux savent très bien distinguer entre une

¹³²² L'exemple est repris de WILLING, p. 559 note 124.

¹³²³ *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991). Pour le calcul de l'indemnité découlant de la perte d'une chance, voir n° 552 ss.

chance réelle et sérieuse dont la perte ouvre le droit à une réparation et des demandes à caractère purement spéculatif. Certes, il y aurait plus d'actions en responsabilité. Mais cela serait uniquement dû au fait qu'une chance perdue est considérée comme un dommage dont la victime devrait pouvoir se plaindre en justice. Si un dommage doit donner lieu à réparation pour des raisons juridiques (n° 290 ss), il est contradictoire d'argumenter en même temps que cela serait problématique d'un point de vue purement pragmatique à cause d'une augmentation du nombre de litiges.

7.5 Résumé et conclusion

- 323 **Aucun argument contre l'introduction de la perte d'une chance.** – L'article 56d II de l'Avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile permettrait l'indemnisation de chances perdues en droit suisse. Malgré une tendance plutôt favorable dans la doctrine, de nombreuses questions sont cependant controversées. Le droit de la responsabilité civile suisse est dominé par le principe du tout-ou-rien qui contraint le juge à feindre l'acquisition d'une certitude suffisante concernant un enchaînement causal même en présence d'une causalité incertaine. Cette approche radicale conduit en dernière conséquence à des résultats arbitraires. Elle est contraire au principe fondamental de la réparation intégrale et favorise de multiples manipulations et distorsions des conditions traditionnelles de la responsabilité. Les palliatifs actuels, à savoir l'allègement et le renversement du fardeau de la preuve de la causalité, le jeu des facteurs de réduction et l'objectivation de la faute n'offrent pas de solutions satisfaisantes. Le droit suisse est également mis en difficultés par le problème de l'indemnisation de la création fautive d'un risque durable. La reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance permettrait de remédier aux défauts de la méthode drastique du tout-ou-rien en introduisant une réparation plus équitable. Les objectifs de la compensation et de la prévention seraient également mieux servis. En revanche, aucun argument contre la reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance ne résiste à un examen critique: le dommage découlant de la perte d'une chance n'est en effet pas aléatoire, mais peut au contraire être isolé comme la privation d'une propriété antérieure de la victime. Comme la chance est une notion essentielle du monde tel qu'il est perçu par les justiciables, la critique du caractère artificiel de cette notion est dénuée de fondement. Même s'il est vrai que l'indemnisation de chances perdues présente le risque de conduire à plus d'erreurs que le système traditionnel du tout-ou-rien, cette critique doit être relativisée compte tenu du fait que la somme d'argent globale qui changerait de mains entre les responsables et les victimes resterait la même. Chaque erreur individuelle serait par contre réduite. Par conséquent, c'est l'ensemble des patientes qui supporterait le risque d'une sous-indemnisation plutôt que chaque patiente individuellement. La critique du recours excessif aux données statistiques se révèle également sans pertinence car le système traditionnel du tout-ou-rien présuppose le même raisonnement. Mais là où les sciences statistiques apportent un plus, c'est qu'elles maîtrisent en outre les difficultés découlant de l'écart entre la chance statistique moyenne et la chance individuelle. L'introduction de la théorie ne conduirait pas non plus à une responsabilité sans limites ou à une obligation de résultat pour les mandataires, mais serait au contraire plus adaptée à la nature aléatoire de l'objet même du contrat de mandat. Des exemples théoriques démontrent enfin que l'indemnisation de chances perdues n'aurait pas non plus une augmentation des coûts de la santé comme résultat. L'analyse de tous ces arguments en faveur et en défaveur de la théorie de la perte d'une chance conduit dès lors à la conclusion de principe qu'il serait plus cohérent avec le droit suisse actuel de re-

connaître la chance perdue comme un dommage indemnisable plutôt que de renoncer à l'introduction de cette théorie.

8 Une théorie suisse de la perte d'une chance

324 Plan. – Après avoir analysé la question de savoir si l'indemnisation de chances perdues représente un problème de procédure ou de fond (8.1), il s'agira d'examiner si cette problématique relève de la causalité ou du dommage (8.2). La troisième partie de ce chapitre sera consacrée aux conditions générales d'application de la théorie (8.3). La question de savoir sous quelle forme la théorie de la perte d'une chance doit être introduite en droit suisse fera l'objet de la dernière partie du présent chapitre (8.4).

8.1 Problème de procédure ou de fond?

325 Place de l'article 56d AP LRCiv. – La question de savoir si l'indemnisation de la perte d'une chance relève du droit de la procédure ou du droit matériel se pose entre autre à causé de la place que les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile ont réservée à la disposition par laquelle ils entendent introduire la perte d'une chance en droit suisse (n° 256). L'article 56d AP LRCiv se trouve en effet sous la lettre J ("Procédure et preuves"), plus précisément sous le chiffre III ("Preuves"). Il porte le titre marginal "Fardeau de la preuve et présomption de fait". La systématique de l'avant-projet pourrait en effet faire penser que les experts considèrent la perte d'une chance comme un problème de procédure. La question du fardeau de la preuve se situe certes à la jointure du droit de fond et du droit de procédure¹³²⁴. Les auteurs comptent néanmoins introduire la perte d'une chance par une disposition appartenant à un chapitre de l'avant-projet consacré à la procédure et aux preuves¹³²⁵. La commission d'étude avait déjà fait allusion à la perte d'une chance dans un chapitre consacré à la notion de dommage, mais se contentait de renvoyer, pour "*gewisse mit der Schadensproblematik zusammenhängende Fragenkreise*", aux dispositions sur la procédure et les preuves¹³²⁶. Certaines auteurs suisses (n° 263) et l'ancienne doctrine belge (n° 194) considèrent également que la perte d'une chance doit être résolue sous l'angle de la procédure. La doctrine allemande a aussi essayé de résoudre les problèmes liés à l'indemnisation de chances perdues par le biais de la réparation du gain manqué (n° 164) et surtout du degré de preuve nécessaire pour l'établir, mais cette tentative n'a pas conduit à une gradation de la réparation en fonction de la vraisemblance du lien causal (n° 161, 165).

326 Critique. – La solution procédurale n'apporte pas de réponse à la question centrale de savoir si oui ou non de simples chances, mêmes minces, doivent donner lieu à indemnisation en cas de perte¹³²⁷. Les systèmes juridiques qui ont parfois essayé de répondre à cette question à l'aide de concepts relevant à la fois du droit de procédure et du droit matériel (comme par exemple celui de la "certitude" en droit français [n° 41 ss] ou la

¹³²⁴ Henri DESCHENAUX, *Le titre préliminaire du code civil*, Traité de droit privé suisse, vol. II, I (Fribourg 1969), p. 230.

¹³²⁵ Rapport explicatif, p. 241 ss. Voir déjà le rapport de la Commission qui examinait la question sous le titre "*Beweislast, Beweiserleichterung*", p. 143 ss.

¹³²⁶ Rapport, p. 86.

¹³²⁷ Pour le droit allemand, DEUTSCH (1996), n° 852: "*Der Verlust einer Chance als Schaden wird sich zwar nicht stets sicher begründen lassen, da die Aussichten unterschiedlich beurteilt werden können und bisweilen überhaupt nicht sicher feststellbar sind. Soweit es sie jedoch gibt, ist es ein guter Weg, die Unsicherheit der Zurechnung des Schadens vom Prozessrecht in das materielle Recht zu verlegen*".

"certainty" en droit américain [note 507]) n'ont pas vraiment réussi à surmonter le problème. L'analyse des droits français, allemand, belge et anglais a montré que la seule solution consiste en une règle relevant du droit matériel qui admet l'indemnisation des chances perdues. La solution procédurale ne permet en effet une indemnisation que pour les éventualités qui bénéficient d'une probabilité plus grande de se réaliser que de ne pas se réaliser, car la juge a besoin d'une vraisemblance au moins prépondérante pour admettre un fait comme établi. Or, dans de nombreux autres cas aussi, il peut y avoir un besoin d'indemnisation des chances perdues. La causalité alternative en est un exemple: trois entreprises se disputent, avec des chances égales, un seul contrat. Aucun des trois ne décroche le contrat par la faute d'une tierce personne. Il serait insatisfaisant de refuser une quelconque indemnité au motif que le gain manqué ne serait pas prouvé de façon suffisante (chacune n'aurait eu qu'une chance de 33% de décrocher le contrat convoité). Une telle décision empêcherait une véritable solution de fond et ne donnerait pas de réponse adéquate au problème de l'indemnisation de chances perdues¹³²⁸. Les tentatives, en droits suisse (n° 277 s.) et allemand (n° 172 s.), de permettre, par le biais de l'allègement ou du renversement du fardeau de la preuve, l'indemnisation de la perte de grandes chances en présence d'un lien causal incertain montrent l'inefficacité de cette approche¹³²⁹.

- 327 **Conclusion.** – La question de l'indemnisation d'une chance perdue constitue un problème du droit de fond et non du droit de procédure¹³³⁰. La perte d'une chance a bien sa source dans un problème de preuve, mais ne peut pas être résolue, tant d'un point de vue pratique que dogmatique, sous cet angle. La véritable question est en effet celle de savoir si des perspectives de gain au sens large doivent donner lieu à une indemnisation même dans le cas où leur réalisation paraît peu probable. Cela nécessite une décision de la législature ou des juges suprêmes qui doit être prise sur la base des principes du droit matériel de la responsabilité civile et notamment des principes qui ont trait à la notion de dommage (n° 339 ss). Cette décision présuppose un jugement de valeur pour lequel le droit de la preuve ne peut pas fournir des critères ou des réponses. Ce dernier peut uniquement décider dans quelles conditions un événement passé ou futur doit être tenu pour probable et comment la juge doit faire pour trouver la réponse à cette question. Le droit de procédure peut certes répondre, dans une certaine mesure, au besoin d'indemniser des chances perdues en diminuant les exigences de probabilité ou de vraisemblance comme le prévoit l'article 56d II AP LRCiv. Le droit de la preuve n'est en revanche pas en mesure d'apporter une réponse à la question de savoir pourquoi la perte de chances, même faibles, doit donner lieu à réparation. Les expériences faites dans les systèmes étrangers analysés montrent qu'il serait mieux, pour le droit suisse, d'éviter de tels détours par des notions de procédure et de situer le problème directement dans le domaine auquel il appartient, le droit matériel.
- 328 **Conséquences pour l'article 56d II AP LRCiv.** – La problématique de la perte d'une chance ne devrait donc pas être réglée dans l'article 56d II AP LRCiv. La question de savoir sous quelle forme exactement la perte d'une chance devrait être introduite en droit suisse, fera l'objet d'un chapitre à part (n° 408 ss).

¹³²⁸ LOSER, 3 *PJA* (1994) p. 956 s.

¹³²⁹ Pour les chances de guérison et de survie en droit allemand, voir KASCHE, p. 250, 265.

¹³³⁰ Du même avis, en ce qui concerne le droit allemand, MÜLLER-STOY, p. 154.

8.2 Problème de causalité ou de dommage?

8.2.1 Introduction

329 Difficulté. – La question de savoir si la perte d'une chance relève de la causalité ou de l'estimation du dommage compte parmi les plus délicates de la théorie de la perte d'une chance¹³³¹. Ces difficultés de classification dogmatique apparaissent aussi chez WIDMER, qui compare le droit de la responsabilité civile à un pot de mélasse dans lequel toutes les questions sont liées de sorte que où que l'on tire, il y a toujours le tout qui vient avec¹³³². Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la perte d'une chance. Les dérapages des tribunaux français et les vives controverses dans la doctrine étrangère en général sur les fondements théoriques de l'indemnisation de chances perdues permettront au droit suisse d'éviter ce genre de piège.

330 Source de la confusion. – Une chance est par définition aléatoire et rien n'indique donc que si l'événement qui a privé la victime de cette chance n'avait pas eu lieu, le profit escompté aurait effectivement été réalisé. Grande est alors la tentation de confondre cet aléa, intrinsèque au préjudice, avec l'incertitude sur le lien de causalité¹³³³. C'est pourquoi de nombreuses auteures françaises font la distinction entre une "vraie" théorie de la perte d'une chance, à savoir celle qui n'est pas victime de cette confusion, et une "fausse" qui, selon ces auteures, rattache à tort la théorie au domaine de la causalité¹³³⁴.

8.2.2 "Fausse" théorie: problème de causalité

8.2.2.1 La causalité et sa preuve en droit actuel

331 Introduction et renvoi. – Pour que l'on puisse exiger d'une personne la réparation d'un préjudice, on doit établir que c'est elle qui l'a causé¹³³⁵. Pour souligner l'importance capitale du rapport causal pour toute responsabilité, on cite souvent OFTINGER:

*«Es kann nicht eindringlich genug darauf hingewiesen werden, dass die Kausalitätsfrage das Zentralproblem des Schadenersatzrechts ist; keine schadenersatzrechtliche Deduktion lässt sich zu Ende denken, ohne das Kausalproblem zu berühren»*¹³³⁶.

Les mauvaises expériences faites notamment en droit français avec la tentative de résoudre le problème de la perte d'une chance au niveau de la causalité montrent cependant que pour une fois, la causalité doit céder le pas à la problématique du dommage

¹³³¹ GUILLOD (1989), p. 79. Voir aussi HARICHAUX-RAMU, n° 63.

¹³³² WIDMER (1991), p. 159.

¹³³³ CHABAS (1996), p. 230; VINEY/JOURDAIN, n° 370. FABRE-MAGNAN (n° 601 ss) dénonce la même confusion pour la réparation du dommage résultant d'une violation d'une obligation d'information. FLEISCHER dénonce la même confusion (p. 772).

¹³³⁴ CHABAS (1996), p. 230; DORSNER-DOLIVET, n° 499 ss; LAMBERT-FAIVRE, n° 597 ss; BORE, n° 13 ss; René SAVATIER, Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin, *D* 1967 chron. n° 66; ENDREO/MAILLAUD, n° 10.

¹³³⁵ DESCHENAUX exprimait cela en ces termes: «C'est une exigence fondamentale de la raison et de la justice que l'auteur d'un dommage ou d'un tort moral ne soit tenu de le réparer que si ce préjudice est en rapport d'effet à cause avec un fait ou un état de choses qui réalise pour lui un chef de responsabilité» (Henri DESCHENAUX, *Norme et causalité en responsabilité civile*, in: *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse* [Bâle 1975], p. 399).

¹³³⁶ OFTINGER, p. 104.

pour permettre une solution dogmatiquement cohérente de la question. Un survol de la notion de causalité et de sa preuve en droit suisse se trouve aux n° 267 ss.

- 332 Causalité alternative.** - Les situations de perte d'une chance se caractérisent en général par une concurrence entre deux causes possibles pour la survenance du dommage: d'une part, le comportement de la défenderesse et, d'autre part, l'évolution naturelle des choses (ou le hasard) en l'absence d'une quelconque intervention de la responsable. Il est cependant impossible de savoir avec certitude laquelle de ces causes possibles était effectivement à l'origine du dommage subi. C'est pourquoi le problème de la perte d'une chance est souvent considéré comme une question de causalité alternative relevant finalement du domaine de la preuve¹³³⁷.

8.2.2.2 Expériences négatives du droit français en matière médicale

- 333 Raisons favorisant la confusion en matière médicale.** - La possible confusion entre l'aléa intrinsèque au préjudice et l'incertitude sur le lien de causalité a été le plus vivement discutée en droit français, dans le cadre de l'indemnisation de chances médicales perdues. Quatre raisons principales ont été avancées pour expliquer cette confusion en matière médicale¹³³⁸.

- Premièrement, un motif de politique juridique: cette utilisation, considérée comme abusive, de la théorie de la perte d'une chance ne constitue en fin de compte qu'un moyen supplémentaire pour indemniser les patientes coûte que coûte, en tordant les conditions générales de la responsabilité civile, parfois bien au-delà des limites traditionnelles. Le lien de causalité ne peut être une certitude, alors que la médecine moderne en contient bien peu¹³³⁹.
- Une deuxième raison pour l'acceptation de la perte d'une chance en matière médicale réside dans le risque anormal que court la malade en cas d'intervention chirurgicale. Même de nos jours, les doctresses les plus optimistes reconnaissent que les suites d'une anesthésie ou d'une opération sont rarement prévisibles. Les dangers liés à un acte médical sont souvent proportionnels à l'efficacité de l'intervention¹³⁴⁰.
- Un troisième facteur réside dans l'inégalité économique entre la victime, même assurée, et la praticienne, obligatoirement assurée¹³⁴¹.
- Le caractère fuyant des éléments de preuve constitue la quatrième raison. L'opération chirurgicale se déroule souvent dans le secret. La victime est le plus souvent endormie et n'a donc que des connaissances très lacunaires de ce qui s'est effectivement

¹³³⁷ WYSS, p. 319.

¹³³⁸ R. SAVATIER (1970), et notes sous Cass. (civ. 1^{re}) 14 décembre 1965, *Dr P. c. M. et Dr B.*, et CA Paris 10 mars 1966, *T. c. Sté anonyme Clinique X. et Dr Y.*, JCP 1966 II 14753; CHABAS (1973), et note sous Cass. (crim.) 9 janvier 1979, *Dr G.*, JCP 1980 II 19272; PENNEAU (1977), n° 103 s.; MEMETEAU (1986), p. 126.

¹³³⁹ Guy NICOLAS, *La responsabilité médicale* (Paris 1997), p. 49 s.

¹³⁴⁰ Une étude américaine montre qu'en 1994, plus de 2 millions d'Américaines sont tombées sérieusement malades à cause de réactions d'empoisonnement à des médicaments correctement prescrits et administrés et que plus de 100 000 sont décédées suite à ces réactions (Jason LAZAROU/Bruce H. POMERANZ/Paul N. COREY, *Incidence of Adverse Drug Reactions in Hospitalized Patients - A Meta-analysis of Prospective Studies*, 279 *The Journal of the American Medical Association* (1998) p. 1200 ss.

¹³⁴¹ CHABAS (1973), n° 6. Cet argument qui est parfois aussi invoqué en faveur d'un renversement du fardeau de la preuve à charge de la doctresse, est sujet à caution (n° 278).

passé dans la salle d'opération. Les témoins sont unis par des liens de consorité ou même de subordination et sont souvent membres des mêmes associations professionnelles¹³⁴². Les moyens de preuve eux-mêmes sont fuyants et leur sauvegarde dépend des personnes contre lesquelles la victime voudrait les utiliser. La tâche de l'experte commise après coup est toujours ardue. Il est donc souvent très difficile de discerner la ou les causes d'un préjudice comme une certitude¹³⁴³.

- 334 Causalité partielle = condamnation partielle?** - A partir de l'arrêt du 24 octobre 1962 de la Cour d'appel de Grenoble (n° 105), une série d'arrêts rendus en matière de responsabilité médicale ont indemnisé les chances de survie ou de guérison perdues lors d'un acte médical¹³⁴⁴. Une partie de la doctrine avait alors considéré que cette nouvelle utilisation de la perte d'une chance relevait de la "fausse" théorie et l'a vigoureusement combattue¹³⁴⁵. Elle estimait en effet que cette jurisprudence détournait la notion de perte d'une chance de sa signification habituelle et qu'elle l'utilisait pour prononcer une condamnation partielle dans des hypothèses où la causalité entre une faute médicale et le dommage subi par la patiente n'était pas établie avec certitude¹³⁴⁶. C'est notamment SAVATIER qui a exprimé cette critique:

«Une causalité douteuse permettant de fonder une responsabilité partielle, il y a tout lieu de craindre que le juge n'en vienne à confondre le degré de la prétendue chance perdue avec le degré de son doute propre sur la causalité»¹³⁴⁷.

Selon SAVATIER, l'application de la théorie de la perte d'une chance aux fautes médicales amène à une responsabilité sans preuve du lien causal. A défaut de repères objectifs, cela conduirait à des jugements arbitraires. Il estime que cette astuce représente un précédent dangereux, car c'est justement la tâche de la juge de résoudre ce problème¹³⁴⁸. Selon lui, cette application de la perte d'une chance représente le paradis des juges indécis¹³⁴⁹. Cette jurisprudence a souvent été comparée à certaines condamnations avec

¹³⁴² Voir cependant GATTIKER (p. 655 s.) qui estime que la plupart des expertes accomplissent leur devoir délicat avec la distance et les connaissances nécessaires. Les avocates travaillant dans le domaine de la responsabilité civile sauraient en outre pertinemment quelles expertes sont plutôt favorables aux doctores et quelles expertes sont plutôt favorables aux patientes. En plus, un manque de neutralité vis-à-vis de l'une ou de l'autre partie pourrait se manifester dans n'importe quel domaine où des connaissances d'expertes sont nécessaires pour l'appréciation des faits. La patiente lésée ne se trouverait donc pas dans une situation justifiant des mesures particulières (comme par exemple un renversement du fardeau de la preuve; n° 278).

¹³⁴³ CHABAS (1973), n° 6. Voir aussi, en droit allemand, MÜLLER-STOY, p. 17.

¹³⁴⁴ L'un des arrêts les plus explicites à cet égard est Cass. (civ. 1^{re}) 18 mars 1969, *Dr Marcotorchino c. Dame Karoubi*, Bull. civ. I n° 117, D 1970 somm. 70, JCP 1970 II 16422, 67 RTDC (1969) p. 797 (note 355).

¹³⁴⁵ CHABAS (1973), n° 6; DORSNER-DOLIVET, n° 499.

¹³⁴⁶ SAVATIER (1970); HARICHAUX-RAMU, n° 74.

¹³⁴⁷ SAVATIER (1970). Voir aussi René SAVATIER, *Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale*, 44 *Revue Générale des Assurances Terrestres* (1973) p. 473 ss; CHARTIER (1983), n° 28; VACARIE, p. 908: «Le doute du juge sur la relation causale ne peut justifier une réparation partielle par le biais de l'indemnisation de la perte d'une chance».

¹³⁴⁸ SAVATIER (1970), p. 125.

¹³⁴⁹ SAVATIER (1970), p. 125. Voir aussi J. PENNEAU (1977), n° 109, et note sous Cass. (civ. 1^{re}) 27 mars 1973, *G. c. Veuve Andry*, D 1973 j.p. 597; MEMETEAU/MELENNEC, p. 145 s.

des larges circonstances atténuantes que prononcent les jurys mal convaincus de la culpabilité d'une accusée¹³⁵⁰. MEMETEAU s'exprime de la manière suivante:

«La perte de chance, quant à elle, n'est, et ne peut être, qu'un détournement du raisonnement commis dans le seul but, qu'il aurait fallu au moins avouer clairement, d'indemniser les victimes les plus avides ou les mieux conseillées des accidents médicaux. Reconstruction de l'avenir à partir du passé, prééminence d'une hypothèse triée parmi les autres, pari sur les probabilités, cette théorie n'est qu'un artifice»¹³⁵¹.

Selon LE TOURNEAU/CADIET, la notion de perte d'une chance ne doit intervenir qu'à propos de l'étendue du droit de la victime, pour évaluer son préjudice; elle ne saurait conduire à déclarer la doctoresse partiellement responsable d'un risque¹³⁵². Cette approche confondrait donc le stade de la détermination des faits, stade où l'évaluation probabiliste doit intervenir, et celui de l'application à ces faits déterminés de la règle de droit. Les juges confondraient en effet "avoir 70% de chances d'être responsable" et "être responsable à 70%".

- 335 **Parallèle en droit américain.** - Aux Etats-Unis, une partie de la doctrine et de la jurisprudence a également utilisé une prétendue érosion des principes traditionnels du droit de la responsabilité civile comme argument contre la théorie¹³⁵³. Selon ce courant, la théorie de la perte d'une chance affaiblit la notion traditionnelle de causalité¹³⁵⁴. Dans *Gooding v. University Hospital Building, Inc.*, la Cour Suprême de Floride a rejeté la théorie de la perte d'une chance précisément pour cette raison¹³⁵⁵. RILEY, dans son opinion dissidente dans *Falcon v. Memorial Hosp.* (n° 140), s'exprime en des termes encore plus radicaux:

«The lost chance of survival theory does more than merely lower the threshold of proof of causation; it fundamentally alters the meaning of causation. [...] The recognition of a lost chance as a cognizable injury is necessarily based on the reasoning that but for the defendant's negligence, the plaintiff might possibly have avoided an adverse result. Thus, recognition of lost chance as a recoverable interest contradicts the very notion of cause in fact»¹³⁵⁶.

¹³⁵⁰ ENDREO/MAILLAUD, n° 10; MEMETEAU (1997), p. 1367 s.; CHARAF ELDINE, p. 69.

¹³⁵¹ MEMETEAU (1986), p. 150.

¹³⁵² LE TOURNEAU/CADIET, n° 1775.

¹³⁵³ Le juge STATON utilise l'exemple suivant dans son opinion dissidente dans *Mayhue v. Sparkman*, 627 N.E.2d 1354 (Ind. 1995), pour illustrer cet argument: si une doctoresse soigne négligemment une patiente avec une chance de guérison de 40% et la négligence de la doctoresse réduit la chance de guérison de la patiente à seulement 10%, que la patiente survive ou meure, la négligence de la doctoresse a causé à la patiente une perte de 30% de ses chances de survie. Si la patiente meurt, la cause probable de son décès était la condition préexistante, à savoir la maladie; il est improbable que la négligence ait causé la mort. Si la patiente survit, la négligence n'a clairement pas causé la mort. Mais dans les deux scénarios, il y avait une négligence causant une perte de 30% dans les chances de survie. Si les tribunaux reconnaissent des dommages-intérêts pour la perte de chances de survie, une telle indemnité devrait alors être allouée indépendamment de la question de savoir si la patiente devient la victime du problème médical préexistant ou si elle guérit miraculeusement et malgré la négligence de la doctoresse. Il conclut en disant que comme des dommages-intérêts pour la perte d'une chance ne sont alloués que si la patiente décède, on peut aussi soutenir que des dommages-intérêts sont alloués pour la simple possibilité que la négligence ait été la cause de la mort. Ce raisonnement n'est pas dénué de tout fondement, mais il est incomplet (n° 402 s.).

¹³⁵⁴ BRENNWALD, p. 749; ANDEL, p. 982.

¹³⁵⁵ *Gooding v. University Hosp. Building, Inc.*, 445 So. 2d 1015 (Fla. 1984).

¹³⁵⁶ *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W.2d 44, 65 (Mich. 1990) (RILEY, opinion dissidente).

336 Revirement de jurisprudence? - L'arrêt de la Cour de cassation française du 17 novembre 1982¹³⁵⁷ avait été interprété par une partie de la doctrine comme une remise en cause de la jurisprudence indemnisant la perte de chances en matière médicale, notamment en tant que moyen pour atténuer la rigidité de l'exigence d'une causalité certaine¹³⁵⁸. La Haute Cour française censurait une décision qui avait condamné un chirurgien à réparer la perte d'une chance d'éviter la complication survenue, bien que les juges du fond aient constaté l'absence de lien de causalité certain entre la faute commise et l'incapacité subsistant après l'opération. L'arrêt de cassation reprochait à la décision attaquée d'avoir eu «recours à la notion de perte d'une chance pour déclarer le médecin responsable de la réalisation d'un risque, alors que cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice». Les espoirs de celles qui auraient souhaité un abandon de la perte d'une chance dans ce domaine ont été cependant rapidement déçus¹³⁵⁹. De nombreux arrêts ont par la suite renoué avec cette utilisation de la perte d'une chance dans des cas où le lien de causalité entre une faute médicale et le décès ou l'invalidité permanente de la patiente était incertain (n° 109 s.)¹³⁶⁰. Cette jurisprudence favorable à la perte d'une chance ne s'est en outre pas limitée au cas où un risque préexistait à l'intervention de la doctoresse. Même lorsque la patiente avait *a priori* toutes ses chances d'éviter un dommage, la faute commise peut être de nature, selon la Cour de cassation, à faire perdre à la victime des chances de guérison ou de survie en l'affaiblissant ou en la «fragilisant», c'est-à-dire en l'exposant à un risque supplémentaire de complication qui n'existait pas auparavant¹³⁶¹. MEMETEAU commente cette évolution de la jurisprudence en disant que «la perte de chance rejetée du domaine de la causalité en 1982 réalise un retour sous une autre qualification».

337 Causalité possible en droit suisse. - Différentes auteures suisses ont discuté l'opportunité d'une causalité simplement possible en droit suisse. PETER, par exemple, aimerait rendre responsable chaque personne qui aurait dû s'attendre à la survenance du dommage. Comme pour l'action préventive, un danger sérieux de dommage suffirait pour déclencher cette responsabilité¹³⁶². SCHWEIZER mentionne la possibilité d'un abaissement des «exigences relatives à la solidité de la relation causale elle-même» dans le sens d'un affaiblissement au niveau des faits¹³⁶³. La théorie développée par QUENDOZ va dans ce sens. Son importance est cependant moindre pour le présent travail car elle concerne avant tout le cas de la «*market share liability*», et doit probablement être comprise comme une proposition de *lege ferenda*¹³⁶⁴. Cet auteur a essayé de développer une

¹³⁵⁷ Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1982, *Goddé c. Debrune et autres* (n° 108).

¹³⁵⁸ J. PENNEAU, D 1983 ir. 380; M. SALUDEN, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1982, *Goddé c. Debrune et autres*, JCP 1983 II 20056; G. DURRY, note in: 82 RTDC (1983) p. 547; A. DORSNER-DOLIVET, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1982, *Goddé c. Debrune et autres*, D 1984 jp. 305; HARICHAUX-RAMU, n° 64; MEMETEAU (Montréal 1990), n° 322 ss; LE TOURNEAU/CADIET, n° 1775.

¹³⁵⁹ FABRE-MAGNAN, n° 604.

¹³⁶⁰ HARICHAUX-RAMU (n° 64), par contre, est d'un avis contraire et estime que «cette conception ne semble pas avoir été remise en cause par les décisions postérieures».

¹³⁶¹ Cass. (civ. 1^{re}) 8 janvier 1985, *Corson c. Gutmacher et autre* (n° 109); Cass. (civ. 1^{re}) 18 janvier 1989, *Polyclinique de Rillieux c. Epoux Toutlian*, Bull. civ. I n° 19, 25 RDSS (1989) p. 496, D 1989 somm. 315; Cass. (civ. 1^{re}) 30 octobre 1995, *Epoux X c. Assurances générales de France (AGF) et autres*, Bull. civ. I n° 384.

¹³⁶² Hansjörg PETER, *Pflanzenkrankheiten und Privatrecht am Beispiel des Gitterrostes*, 84 *RSJ* (1988) p. 196 s.

¹³⁶³ SCHWEIZER, p. 183.

¹³⁶⁴ LOSER, p. 198; Ernst A. KRAMER, *Recessions*, I *PJA* (1992) p. 1472.

théorie de responsabilité en cas de causalité alternative. Le point de départ de son modèle est la double constatation que le lien de causalité naturelle doit être compris comme une théorie de l'imputation normative et qu'il a pour but d'établir les causes fondant la responsabilité¹³⁶⁵. Même pour les cas de responsabilité "ordinaires", la causalité naturelle avec sa formule de la *conditio sine qua non* ne remplirait cependant pas cette fonction¹³⁶⁶. Comme dans l'hypothèse de plusieurs causes possibles, l'examen de la causalité conduirait à une pluralité de circonstances causales envisageables qui doivent ensuite être triées à l'aide du caractère adéquat ou non des différentes causes en question¹³⁶⁷. Comme la causalité possible ("*mögliche Kausalität*") poursuit le même but, à savoir celui de cristalliser les circonstances qui pourraient avoir eu un effet sur la survenance du dommage¹³⁶⁸, la causalité possible pourrait également être incluse dans la notion juridique de la causalité naturelle. Selon QUENDOZ, la simple possibilité d'une causalité est concrétisée par le fait que la victime doit prouver pour chaque responsable potentielle que celle-ci a adopté un comportement concret qui est généralement susceptible de causer un dommage du type de celui qui s'est produit¹³⁶⁹. Les causes possibles devraient être limitées une seconde fois par l'examen de leur caractère adéquat, ayant comme correctif nécessaire non pas, comme c'est le cas traditionnellement, une augmentation non négligeable ("*nicht unerheblich*") du danger, mais une augmentation substantielle ("*erheblich*") du danger, ou en d'autres termes, une mise en danger concrète ("*konkrete Gefährdung*")¹³⁷⁰. QUENDOZ applique en effet le modèle des vases communicants de WILBURG¹³⁷¹, comme on se contente pour la causalité alternative d'une preuve moins stricte de la causalité naturelle, il s'agirait de trouver un correctif qui conduit à une limitation raisonnable de la responsabilité au niveau de l'imputation¹³⁷². La notion de causalité naturelle inclurait donc aussi des causes simplement possibles et adéquates entraînant une mise en danger concrète, mais non de simples causes potentielles ("*potentielle Ursachen*")¹³⁷³. Tout en cherchant à résoudre le problème du rapport causal incertain par le biais de la causalité elle-même, QUENDOZ arrive au même résultat final que la théorie de la perte d'une chance telle qu'elle est proposée dans ce travail. En effet, quand la cause incertaine créée par la responsable possible se trouve en concurrence avec le hasard ou une autre cause étrangère ne déclenchant aucune responsabilité, il conviendrait, selon cet auteur, de réduire l'indemnité en fonction de la probabilité de causalité¹³⁷⁴.

- 338 Erreur de cette théorie.** – Il ne s'agit pas ici de discuter en détails des avantages et inconvénients de théories qui tentent de résoudre le problème du rapport causal incertain sous l'angle de la causalité elle-même. Il suffit de relever que les théories fondées sur cette approche sont contraintes de graduer les exigences en matière de preuve pour la causalité naturelle, ce qui est conceptuellement peu satisfaisant et pratiquement diffi-

¹³⁶⁵ QUENDOZ, p. 50 ss.

¹³⁶⁶ QUENDOZ, p. 49.

¹³⁶⁷ QUENDOZ, p. 49.

¹³⁶⁸ QUENDOZ, p. 53.

¹³⁶⁹ QUENDOZ, p. 54.

¹³⁷⁰ QUENDOZ, p. 56.

¹³⁷¹ Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* (Marburg an der Lahn 1941), p. 74 s.

¹³⁷² QUENDOZ, p. 55 s.

¹³⁷³ Pour des critiques de cette théorie, voir WYSS, p. 315; Daniel PETITPIERRE, *Zivilrechtliche Haftpflicht für Umweltschädigungen nach schweizerischem Recht* (Basel 1993), p. 123 s.

¹³⁷⁴ QUENDOZ, p. 92.

lement réalisable de manière équitable. Comme la théorie de la perte d'une chance se fonde sur des probabilités nécessairement objectives (n° 28 ss), elle ne peut trouver application au niveau de la causalité, notamment adéquate, qui est un concept juridique qui ne correspond pas au sens que donnent à la causalité la logique et les sciences naturelles¹³⁷⁵. La théorie de la perte d'une chance, telle qu'elle est proposée pour le droit suisse dans ce travail, n'implique aucune atteinte au lien de causalité. Cela vaut aussi bien pour son acception traditionnelle que pour son utilisation dans le domaine médical. Dans l'approche proposée, il doit toujours y avoir un lien de causalité certain, seulement avec un *autre* dommage (n° 404)¹³⁷⁶. Celles qui s'opposent à la théorie de la perte d'une chance, que ce soit uniquement dans le domaine médical ou de façon générale, négligent le fait que la condition d'un rapport causal est tout à fait respectée¹³⁷⁷.

8.2.3 "Vraie" théorie: problème de préjudice

8.2.3.1 Solution dogmatique cohérente

339 **Maintien des conditions classiques de la responsabilité.** – La "vraie" théorie de la perte d'une chance considère la problématique comme relevant du domaine du préjudice:

*«The idea of a lost chance says that the loss of a chance should be legally acknowledged as a new kind of harm generating recovery. Thus, it factually transforms problems of proof of causation into terms of the assessment of damages»*¹³⁷⁸.

Selon cette théorie, la perte d'une chance est une catégorie de préjudice réparable, parfaitement distincte du concept du lien de causalité qui ne sert qu'à donner la mesure du dommage réparable, quelle que soit la catégorie à laquelle ce dommage appartient¹³⁷⁹. Les arguments contre la reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance et notamment la crainte d'une éviction de la condition du lien de causalité (n° 331 ss) ne sont ainsi plus fondés¹³⁸⁰. La "vraie" théorie de la perte d'une chance ne fait en effet pas abstraction des conditions classiques des responsabilités délictuelle et contractuelle, et même l'acceptation de l'indemnisation de la perte d'une chance de guérison ou de survie ne change rien à cela:

«Ein weiterer Anknüpfungspunkt liegt darin, dass man die unsichere Verursachung nicht als Frage des Kausalzusammenhangs, sondern des Schadensbegriffs auffasst, indem eine neue Schadensart, das "Risiko eines Vermögensverlustes", geschaffen

¹³⁷⁵ Rapport explicatif, p. 110. Voir aussi l'article 47 AP LRCiv.

¹³⁷⁶ AKKERMANS, p. 193.

¹³⁷⁷ VACARIE, p. 915; JANSEN, p. 284 ss; AKKERMANS, p. 194; VANSWEEVELT, n° 460; STOLKER (p. 124) qui estime aussi que si l'on reconnaît la chance perdue comme poste indépendant du dommage, l'exigence de la causalité est respectée; ERICH DIRIX, *Het verlies van genezings- en overlevingskansen*, VI. T. Gez. (1982) p. 106. Il est aussi intéressant de constater que la plupart des critiques en question – dont SAVATIER (1970) – s'expriment en faveur de l'application de la théorie de la perte d'une chance en dehors du contexte médical (sur cette limitation, voir n° 425 ss). Voir, en droit suisse, LOSER, 3 PJA (1994) p. 956.

¹³⁷⁸ JANSEN, p. 282.

¹³⁷⁹ Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. III, Les obligations, Le contrat, 2^e éd. (Paris 1990), n° 656; MALAURIE/AYNES, n° 242.

¹³⁸⁰ CHARTIER (1983), n° 26.

*wird. Dieser "Kunstgriff" ermöglicht es, sowohl am traditionellen Kausalitätsbegriff als auch am strengen Regelbeweismass festzuhalten*¹³⁸¹.

En effet, cette approche présuppose, pour qu'une doctoresse soit condamnée à la réparation d'une chance perdue, que la patiente établisse bien une faute de la doctoresse (n° 362 ss) et un lien de causalité (n° 404). C'est dans ce sens que la majorité de la doctrine française approuve aujourd'hui sans réserve l'indemnisation de chances médicales perdues. Cette méthode apporterait un assouplissement utile à la preuve du lien de causalité, dans un domaine où celle-ci est rendue particulièrement difficile par des rapports d'expertise qui comportent souvent une appréciation dubitative sur l'existence de la corrélation entre l'erreur ou la négligence commise et le résultat constaté¹³⁸². VINEY/JOURDAIN s'expriment de la manière suivante:

«[D]ès lors que l'on accepte d'indemniser la perte de chances d'obtenir un gain ou d'éviter une perte, il nous semble nécessaire d'admettre l'utilisation de cette notion lorsqu'une incertitude demeure entre le fait générateur et le dommage qui s'est réalisé. D'ailleurs, la perte d'une chance postule une telle incertitude, car on ne saura jamais ni si la perte subie eût été évitée, ni si l'avantage espéré aurait été acquis»¹³⁸³.

BORE plaide en faveur de la perte d'une chance en tant que type de préjudice en disant qu'elle s'explique «dans une conception de la causalité qui, tenant compte de la complexité du réel, reconnaît dans la production des phénomènes, la combinaison de la loi causale et de la loi aléatoire»¹³⁸⁴.

- 340 Perte d'une chance comme notion normative. — Il est crucial de comprendre que l'idée de la perte d'une chance est essentiellement de nature normative. Elle se réfère plutôt à des droits ou à des normes et moins à des questions de causalité ou de faits¹³⁸⁵. Si la perte d'une chance est reconnue par le droit comme un dommage indemnisable en soi, la question ne se pose plus de savoir si la patiente décédée aurait probablement survécu en l'absence de la faute médicale. Cette fonction limitative constitue un élément traditionnel de la notion de dommage au sens juridique. Cela peut être illustré par l'exemple de la personne qui porte fautivement atteinte à certains biens ayant une valeur économique: si une personne vole ou détruit de l'argent que sa victime était sur le point de dépenser dans un casino, elle ne peut pas prétendre qu'elle n'a pas causé de dommage sous prétexte que la victime aurait de toute façon perdu ou dépensé l'argent. Comme la perte de l'argent est un dommage réparable en soi, cela pose une limite à ce genre d'investigations. L'idée même de la perte d'une chance réside ainsi dans le fait qu'il n'est plus nécessaire de rechercher si la victime aurait subi le dommage final même en l'absence du comportement fautif de la responsable. Sur un plan juridique, cette question ne se pose plus. Le risque de subir le dommage final devient ainsi exclusivement l'affaire de la victime. Le fait d'éviter un dommage final ou d'obtenir un avantage final est ainsi considéré comme un droit personnel¹³⁸⁶. Cela protège la victime contre des arguments basés sur le concept de la *conditio sine qua non* dans les cas où ce

¹³⁸¹ LOSER, 3 *PJA* (1994) p. 357.

¹³⁸² Georges DURRY, 70 *RTDC* (1972) p. 408.

¹³⁸³ VINEY/JOURDAIN, n° 371.

¹³⁸⁴ BORE, n° 23 s.

¹³⁸⁵ JANSEN, p. 283.

¹³⁸⁶ JANSEN, p. 283. Voir aussi *Poseidon Ltd. v. Adelaide Petroleum NL*, [1994] 68 *Australian Law Journal Reports* 313, 327, où BRENNAN de la *Australian High Court* précisait: «[...] the loss of a right to obtain a benefit is itself a loss in respect of which an amount may be recovered».

genre de rapport causal ne peut pas être établi. La nouveauté consiste dans le fait que la perte d'une chance offre cette protection non pas en proposant un autre concept relevant de la causalité, mais en imposant une limite à la preuve du lien de causalité.

341 Distinction entre deux rapports causals. — La solution dogmatique consiste donc à distinguer entre deux liens de causalité: celui entre la faute de la doctoresse et la perte de l'enjeu total, qui ne peut et ne doit pas être prouvé; et celui entre cette même faute de la praticienne et la perte d'une chance de survie ou de guérison, qui, lui, doit être prouvé par la victime (n° 404). Chaque partie peut bien évidemment essayer d'établir la présence ou l'absence d'une relation causale avec le dommage final. La possibilité d'une action fondée sur la perte d'une chance n'exclut ni une demande en rapport avec le dommage final, ni une défense entière contre l'action fondée sur la perte d'une chance. Cela signifie tout simplement que chaque partie peut prouver que, contrairement à ce qu'avance la partie adverse, l'affaire ne concerne pas la perte d'une chance car elle ne relève pas des cas d'incertitude intrinsèque sur le lien de causalité¹³⁸⁷.

342 Distinction en fonction de la source de l'incertitude. — Les critiques à l'égard de la perte d'une chance en tant que problème de causalité sont dénuées de fondement si les deux situations suivantes sont rigoureusement distinguées: la situation où, par suite du caractère aléatoire intrinsèque du préjudice, l'enjeu total est affecté d'un aléa et celle où l'enjeu est perdu tout entier mais pour une cause inconnue, peut-être par la faute de la défenderesse. Dans les deux situations, l'enjeu total est perdu sans que l'on soit sûr que le comportement de la défenderesse en ait été la cause. Les raisons de cette incertitude ne sont cependant pas les mêmes. Les exemples suivants illustrent les différences entre les deux situations¹³⁸⁸:

- Dans la première situation, une jeune femme dont la vie n'est nullement en danger, consulte une chirurgienne pour être opérée d'une hernie. La jeune femme meurt. On établit que la praticienne a commis une faute, mais la demanderesse ne peut démontrer que cette faute a été causale, l'expertise ne pouvant déterminer les causes de la mort.
- Dans la deuxième situation, une femme atteinte d'un cancer consulte une doctoresse qui commet une faute. La patiente décède. Mais nul ne pourra prouver que la faute de la praticienne a été la cause de la mort.

Dans les deux cas, il n'est que *possible* que la doctoresse ait causé le décès la patiente. Et pourtant dans un cas une condamnation pour perte d'une chance est justifiée, dans l'autre non. Pourquoi? Parce que les potentiels perdus ne sont en réalité pas les mêmes. Si l'on avait raisonné sur la perte de la vie, il aurait fallu, dans les deux cas, débouter la victime pour des raisons apparemment identiques, à savoir l'incertitude sur le lien de causalité. Mais l'identité de raison est apparente seulement. La différence apparaît au niveau du potentiel perdu. Dans le cas de l'hernie, il n'y a pas d'aléa. La vie de la patiente n'est pas en danger. Elle a toutes ses chances. Mais il y a incertitude sur les causes de la perte de la vie: l'enjeu est la vie. Dans le cas du cancer, l'aléa est à la base, il est l'élément constitutif de l'enjeu. Le préjudice n'est pas la perte de la vie, mais la perte des chances qui restaient lorsqu'est intervenue la doctoresse. Il y a certitude sur les causes de la perte de cet enjeu: les chances de survie.

¹³⁸⁷ JANSEN, p. 283.

¹³⁸⁸ Les exemples sont inspirés par CHABAS (1991), p. 139 s. Voir aussi, l'appréciation favorable de cette distinction par STOLL (1995), p. 473 s.

- 343 Aléa au moment de la survenance du fait dommageable.** – Il faudrait donc distinguer selon qu'existe ou non un aléa au moment de l'intervention fautive de la tierce personne. En cas d'aléa ou de risque préexistant, la patiente qui n'a plus que des chances de guérison ou de survie les perd par la faute de la doctoresse. Cette perte de chance est alors indemnisable. Au contraire, lorsque l'état de santé de la victime ne l'exposait *a priori* à aucun risque particulier de dommage (autre que ceux inhérents à toute intervention chirurgicale), la question de la perte d'une chance ne se pose pas. En effet, lorsque, au moment de la faute médicale, la patiente n'était pas engagée dans une évolution défavorable d'une maladie (pour la perte d'une chance de guérison) ou dans un processus morbide évolutif (pour la perte d'une chance de survie), elle a alors toutes ses chances d'éviter le dommage. Ce n'est alors plus la perte d'une chance qui est en jeu, mais la seule question qui se pose est de savoir si oui ou non la faute médicale est la cause du dommage, car indemniser la perte d'une chance reviendrait alors à une "confusion entre l'aléa intrinsèque au préjudice et l'incertitude sur le lien causal"¹³⁸⁹ (n° 330, 333).
- 344 Doctrine suisse.** – Une partie de la doctrine suisse a reconnu le bien-fondé de cette distinction. WERRO l'exprime de la manière suivante:

«La perte d'une chance ainsi définie est l'évaluation d'un dommage, et non pas, comme la jurisprudence française antérieure l'avait affirmé, l'évaluation du rapport de causalité entre l'acte dommageable et son effet. Autrement dit, la perte d'une chance dans son acception moderne ne supplée pas le défaut de certitude du lien causal entre l'acte dommageable et le dommage. Elle tend bien à compenser la perte qui résulte d'une faute certaine ayant pour effet de supprimer la chance d'obtenir un avantage existant mais aléatoire»¹³⁹⁰.

8.2.3.2 Le dommage et sa preuve en droit actuel

- 345 Définition.** – La notion classique et prédominante définit le dommage comme la diminution involontaire du patrimoine de la personne lésée¹³⁹¹. Cette acception du dommage a ses racines dans la définition que MOMMSEN a donnée en 1855 du terme "intérêt" ("Interesse").

«Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würden»¹³⁹².

Le Tribunal fédéral ainsi que la doctrine suisse majoritaire ont repris cette notion du dommage avec son caractère "pécuniaire" et sa limitation au dommage patrimonial¹³⁹³. La Haute Cour exprime cette conception habituellement par la formule suivante:

«Le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il peut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou dans un gain manqué; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le

¹³⁸⁹ CHABAS (1991), p. 133.

¹³⁹⁰ WERRO (1996), p. 27. Voir aussi Atilay ILERI, *Verfahrensfragen/Aus der Sicht eines Geschädigtenvertreters*, 65 *RSÄ* (1997) p. 44; GUILLOD (1989), p. 79 s.

¹³⁹¹ HONSELL (2000), § 1 n° 26 ss; REY, n° 151 ss; OFTINGER/STARK, § 2 n° 4.

¹³⁹² Friedrich MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht: Zur Lehre von dem Interesse* (Braunschweig 1855), p. 3. Voir aussi ROBERTO, p. 11 ss.

¹³⁹³ REY, n° 165.

montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit¹³⁹⁴.

Le dommage se détermine donc par la comparaison entre l'état effectif et actuel du patrimoine tel qu'il se présente après la survenance de l'événement dommageable et l'état hypothétique du patrimoine tel qu'il serait si l'événement dommageable n'était pas survenu ("théorie de la soustraction ou de la différence")¹³⁹⁵. Le dommage ne comprend donc pas seulement la perte éprouvée ("*entstandener Verlust*", *damnum emergens*), mais également le gain manqué ("*entgangener Gewinn*", *lucrum cessans*)¹³⁹⁶.

- 346 **Patrimoine.** – Le dommage patrimonial présuppose que le fait dommageable touche un bien qui a une valeur économique ou pécuniaire. Le patrimoine ("*Vermögen*") est en effet l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou peuvent avoir une valeur économique¹³⁹⁷; les droits dont dispose effectivement la personne, à savoir les divers postes de l'actif, comme les droits réels, les créances, les droits formateurs, les droits immatériels et les expectatives¹³⁹⁸. Si des biens personnels comme par exemple le corps humain, sont lésés, le dommage consiste dans les conséquences économiques de cette atteinte¹³⁹⁹, comme les frais de doctoresse ou d'hôpital. Le dommage représente dans ces cas donc l'expression patrimoniale de la lésion¹⁴⁰⁰. La joie et le plaisir de vivre ne sont par contre pas des biens ayant une valeur pécuniaire, tout comme les loisirs ou le repos. Une diminution involontaire de ces biens constitue donc un dommage "immatériel" qui n'est pas indemnisable en principe¹⁴⁰¹. Il faut cependant aussi tenir compte du passif afférent au patrimoine, puisque le dommage peut consister en une augmentation du passif. Des virtualités comme par exemple un gain usuel ou qui était attendu avec une grande vraisemblance font également partie du patrimoine¹⁴⁰².

¹³⁹⁴ ATF 120 II 296 [298]. Voir aussi ATF 116 II 441 [444], 115 II 474 [481], 104 II 198 [199], 97 II 169 [176]; REY, n° 151 ss; BREHM, art. 41 CO n° 70; KELLER (1998), p. 26; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 3 ss.

¹³⁹⁵ BREHM, art. 41 CO n° 70; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 9; ENGEL (1997), p. 472; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2624; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 n° 18 ss; KELLER (1998), p. 26; KELLER/GABI, p. 8 ss; Max KELLER/Carole SCHMIED-SYZ, *Haftpflichtrecht – Ein Grundriss in Schemen und Tabellen*, 4^e éd. (Zürich 1997), p. 12; REY, n° 153; VON TUHR/PETER, p. 84 ss.

¹³⁹⁶ HONSELL (2000), § 1 n° 42 s.; REY, n° 345 ss; ROBERTO, p. 157.

¹³⁹⁷ REY, n° 156; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 7 s.

¹³⁹⁸ Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, t. I, 3^e éd. (Berne 1997), n° 86; Arthur MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5^e éd. (Bern 1981), n° 151; Heinz REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, t. I, *Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, t. I, 2^e éd. (Bern 2000), n° 131.

¹³⁹⁹ BREHM, art. 41 CO n° 69; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 n° 6.

¹⁴⁰⁰ Pierre TERCIER, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, 109 RDS (1990) II p. 110.

¹⁴⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2657; KELLER/GABI, p. 9; MERZ, p. 195 ss; OFTINGER, p. 57 s.; ATF 115 II 474 [481]. Si un de ces biens non pécuniaires est diminué de manière particulièrement intensive, cela peut cependant représenter un tort moral, soit une diminution du bien-être de la lésée, qui est sujet à réparation conformément aux articles 47 et 49 CO (REY, n° 160, 442 ss).

¹⁴⁰² REY, n° 156; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 7.

- 347 Types de dommages.** – La doctrine distingue plusieurs types de dommages, selon différents critères¹⁴⁰³: le dommage direct ("*unmittelbarer Schaden*") et le dommage indirect (ou subséquent) ("*mittelbarer Schaden*") selon la proximité du lien de causalité¹⁴⁰⁴; le dommage propre ("*direkter Schaden*") et le dommage réfléchi ("*Reflexschaden*") selon la personne de la victime¹⁴⁰⁵; le dommage actuel ("*aktueller Schaden*") et le dommage futur ("*zukünftiger Schaden*"), selon le moment où se produit le préjudice¹⁴⁰⁶; et finalement le dommage corporel ("*Personenschaden*"), le dommage matériel ("*Sachschaden*") et les autres dommages (dommages purement économiques; "*sonstige Schäden, Vermögensschäden*"), selon la nature du bien atteint¹⁴⁰⁷. La question se posera de savoir à quelles catégories de dommage la perte d'une chance devra être rattachée (n° 354 ss).
- 348 Autres dommages ("*reiner Vermögensschaden*")**¹⁴⁰⁸. – Le patrimoine en tant que tel n'est pas protégé par le droit de la responsabilité civile et notamment l'article 41 I CO¹⁴⁰⁹. Le patrimoine n'est pas un droit absolu et ne peut pas faire l'objet, comme un bien détruit ou volé, d'une intervention directe fondant l'illicéité. Une protection du patrimoine d'une disposition désavantageuse causée par la responsable peut résulter de l'article 41 II CO ou de la violation d'une norme protectrice spécifique (par exemple en cas d'escroquerie selon l'article 146 CP).
- 349 Gain manqué en particulier.** – Le gain manqué résulte soit d'une non-augmentation de l'actif, soit d'une non-diminution du passif¹⁴¹⁰. Il s'agit non seulement de la perte de gain jusqu'au jour du jugement¹⁴¹¹, mais aussi de tous les gains futurs que la personne lésée aurait obtenus si le fait dommageable n'était pas intervenu¹⁴¹². Le gain manqué doit être indemnisé même si au moment de l'atteinte, la personne lésée n'avait pas encore de prétention juridique ou de droit aux gains escomptés¹⁴¹³. Il faut cependant que le gain attendu ait été réalisé avec une vraisemblance "suffisante" en l'absence du fait dommageable¹⁴¹⁴. Cette condition reste souvent floue car l'évolution hypothétique ne peut pas être déterminée avec certitude¹⁴¹⁵. La loi renvoie la juge à une appréciation "selon le cours ordinaire des choses" (art. 42 II CO). En ce qui concerne la relation de la perte d'une chance avec le gain manqué, il est important de voir que la différence n'est

¹⁴⁰³ WIDMER (1999), n° 2.33 ss.

¹⁴⁰⁴ HONSELL (2000), § 1 n° 44 ss; REY, n° 333 ss.

¹⁴⁰⁵ HONSELL (2000), § 1 n° 48 ss; REY, n° 350 ss.

¹⁴⁰⁶ REY, n° 192 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 13 ss.

¹⁴⁰⁷ HONSELL (2000), § 1 n° 58 s.; BREHM, art. 41 CO n° 75 ss; REY, n° 219 ss, 306 ss, 329 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 18 ss.

¹⁴⁰⁸ Voir Ingeborg SCHWENZER/Beat SCHÖNENBERGER, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, in: *Rapports suisses présentés au X^{ème} Congrès international de droit comparé* (Zürich 1998), p. 353 ss.

¹⁴⁰⁹ ATF 119 II 127 [128 ss], commenté par A. KOLLER, 3 *PJA* (1994) p. 791 ss. Pour la délimitation par rapport au dommage matériel, voir Bruno SCHATZMANN, Der Begriff des Sachschadens in der Betriebshaftpflichtversicherung und im Haftpflichtrecht, 68 *RSA* (2000) p. 26 ss.

¹⁴¹⁰ HONSELL (2000), § 1 n° 43.

¹⁴¹¹ DESCHENAUX/TERCIER, § 25 n° 11.

¹⁴¹² HONSELL (2000), § 1 n° 43; REY, n° 347; OFTINGER/STARK, § 2 n° 12 ss.

¹⁴¹³ OFTINGER/STARK, § 2 n° 14.

¹⁴¹⁴ HONSELL (2000), § 1 n° 43; REY, n° 348; BREHM, art. 41 CO n° 70; OFTINGER/STARK, § 2 n° 14; ATF 82 II 397 [401].

¹⁴¹⁵ HONSELL (2000), § 1 n° 43.

pas une différence de nature, mais de degré¹⁴¹⁶. La différence entre un gain manqué possible et un gain manqué probable est en effet subtile.

- 350 Dommage normatif.** – La doctrine plus récente a tendance à corriger la théorie de la différence par un élément "normatif"¹⁴¹⁷. Elle distingue entre la notion "naturelle" du dommage qui se trouve à la base de la théorie de la différence et la notion "normative" du dommage. Ceci a comme conséquence que sous l'angle de critères d'évaluation normatifs, un désavantage peut être considéré comme réparable aussi dans les cas où aucune différence au niveau du patrimoine ne peut être constatée. Il s'agit notamment d'effets négatifs sur des possibilités d'utilisation (comme par exemple l'impossibilité d'utiliser un véhicule suite à un accident) ou des dépenses devenues inutiles (par exemple la non-utilisation d'un billet de théâtre suite à un accident de voiture). La reconnaissance du caractère indemnisable de certaines chances perdues pourrait dogmatiquement être rattachée à cette notion normative du dommage. REY estime également que la notion de "dommage" se trouvant à la base de l'article 41 I CO comme condition de la responsabilité n'exclurait pas forcément un dommage "immatériel" et une extension "normative" de la notion vu qu'il s'agit d'une notion juridique indéterminée ("*unbestimmter Gesetzesbegriff*")¹⁴¹⁸. Les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile arrivent à la même conclusion en disant que:

«[...] la notion de dommage comporte une connotation normative en droit de la responsabilité civile. Certains dommages en effet ne sont pas réparables, non parce qu'on ne peut les réparer, mais parce qu'on ne veut les réparer»¹⁴¹⁹.

REY estime cependant que la restriction de la notion de dommage au dommage patrimonial répond au postulat de politique juridique de limiter la responsabilité civile¹⁴²⁰.

- 351 Dommage de frustration en particulier.** – Certaines tendances dans la théorie du dommage, notamment dans la doctrine allemande¹⁴²¹, préconisent, tout en maintenant la théorie de la différence, d'inclure des composantes économiques dans le préjudice patrimonial ("*Kommerzialisierungsgedanke*")¹⁴²². Il serait ainsi possible de tenir compte de la privation de l'usage d'un bien ou de la privation d'un plaisir futur pour lesquels on a payé¹⁴²³. Cela permettrait, de façon générale, de prendre en compte des pertes qui ne se sont pas directement traduites par une réduction du patrimoine¹⁴²⁴. Il y a dommage de frustration ("*Frustrationsschaden*") lorsque, par le fait dommageable, les bénéfices d'une dépense déjà effectuée ne peuvent se réaliser¹⁴²⁵. Subit par exemple un dommage de frustration celui qui, dans l'attente d'un plaisir futur (p. ex. un vol en montgolfière), a payé de l'argent, mais est victime d'un accident de voiture le jour avant le départ et ne

¹⁴¹⁶ MÜLLER-STOY, p. 186.

¹⁴¹⁷ HONSELL (2000), § 8 n° 12; REY, n° 176 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2635 ss; ROBERTO, p. 38 ss.

¹⁴¹⁸ REY, n° 165, 191.

¹⁴¹⁹ Rapport explicatif, p. 76 s.

¹⁴²⁰ REY, n° 165, 191.

¹⁴²¹ ESSER/SCHMIDT, § 31 II p. 182 ss; LARENZ, p. 427.

¹⁴²² REY, n° 179; HONSELL (2000), § 8 n° 55 ss; ROBERTO, p. 30 ss.

¹⁴²³ REY, n° 181 s.

¹⁴²⁴ ROBERTO, p. 30 ss, 34 ss.

¹⁴²⁵ REY, n° 389; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2639; HONSELL (2000), § 8 n° 55 ss; KELLER (1998), p. 29.

peut dès lors prendre part au vol. La majorité de la doctrine suisse¹⁴²⁶ ainsi que le Tribunal fédéral¹⁴²⁷ s'opposent cependant à l'indemnisation du dommage de frustration, notamment dans le domaine de la responsabilité contractuelle. Ils craignent surtout l'impossibilité de délimiter raisonnablement les conditions d'indemnisation. Ils considèrent également que ce type de dommage irait à l'encontre du principe selon lequel les atteintes qui n'ont pas d'effets sur le patrimoine au sens traditionnel du terme ne justifient pas des dommages-intérêts selon l'article 41 CO¹⁴²⁸.

- 352 **Perte du bénéfice de l'activité ménagère de l'époux.** – Un élargissement de la notion de dommage n'est pas seulement revendiqué par une partie de la doctrine, mais le Tribunal fédéral lui-même a fait un pas important dans la direction du dommage normatif en reconnaissant la perte du bénéfice de l'activité ménagère de l'époux (*"Haushaltsschaden"*) comme dommage indemnisable:

«Nach der Rechtsprechung [...] hat der Hauspflichtige somit nicht bloss die konkreten Aufwendungen für Haushaltshilfen zu ersetzen, welche wegen des Ausfalls der Hausfrau beigezogen werden. Auszugleichen ist vielmehr [...] der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Auf-

¹⁴²⁶ REY, n° 393; BREHM, art. 41 CO n° 81 ss; Anton K. SCHNYDER, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, 2^e éd. (Basel/Frankfurt am Main 1996), art. 41 CO n° 4; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 n° 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2660; KELLER/GABI, p. 9; Emil W. STARK, RDS 105 II (1986) p. 585 ss; STARK (1989), p. 312 ss; VON TUHR/PETER, p. 84; HONSELL (2000), § 8 n° 55. Pour la doctrine favorable, voir Karl LARENZ, *Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden*, in: M. Keller (éd.), *Revolution der Technik – Evolution des Rechts*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Otfinger (Zürich 1969), p. 151 ss; OTTINGER/STARK, § 2 n° 56 ss. Voir aussi l'arrêt de l'*Obergericht* zurichois du 13 novembre 1980, 77 RSJ (1981) p. 80 s.

¹⁴²⁷ ATF 126 III 388 [393]: «Même si la volonté de compenser la privation de l'usage d'un bien peut se comprendre, en particulier lorsque celui-ci a une valeur économique intrinsèque, cette conception ne peut être suivie. [...] La perte de l'usage d'un bien ne représente que la source possible d'un dommage, mais pas le dommage en soi [...]. En indemnisant cette perte, on ferait perdre à la notion de dommage consécutif au défaut tout lien concret avec une diminution de la fortune nette. En outre, admettre un dommage dans cette hypothèse entraînerait des difficultés pratiques considérables, tant en raison de la fréquence des situations dans lesquelles une telle indemnisation pourrait être requise que dans la détermination de celle-ci, car l'atteinte liée à la privation de l'usage est, par définition, difficilement évaluable». Voir aussi ATF 115 II 474 [481]: «Die Anerkennung ersatzfähigen immateriellen Schadens ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; die dafür allenfalls zu leistende Geldsumme ist nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung [...]. Das muss auch dort gelten, wo eine bestimmte Aufwendung ihren inneren Wert verliert, weil der mit ihr angestrebte Zweck sich nicht oder nicht vollständig einstellt; diesfalls wird nicht das Vermögen geschmälert, sondern bloss eine Erwartung enttäuscht [...]». Voir aussi l'arrêt du 16 juin 1998 de l'*Obergericht* zurichois, *X. contre Schulgemehde Z.*, 76 RSA (1999) p. 79. Voir par contre, l'arrêt du 15 décembre 1995 de la Cour de cassation zurichoise accordant des dommages-intérêts pour des vacances gâchées après la clôture d'une enquête pénale qui avait conduit à l'arrestation du lésé immédiatement avant le départ en vacances (89 RSJ [1993] p. 419 ss). Dans le domaine de la responsabilité de l'avocate, voir ATF 87 II 290.

¹⁴²⁸ Ainsi, STARK (1989), p. 321: «Abgesehen von der Genugtuung scheint es fast als selbstverständlich, dass durch Geld nur ersetzt werden soll, was Geldwert hat. Die Kommerzialisierung anderer Faktoren kann nur begründet werden aufgrund der Idee, dass alles letztlich einen Geldwert habe, die aber abzulehnen ist».

*wand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur
Hinnahme von Qualitätsverlusten führt*¹⁴²⁹.

La particularité de la perte du bénéfice de l'activité ménagère de l'époux réside dans le fait qu'elle doit être réparée même si elle ne se matérialise pas sous forme d'une charge supplémentaire¹⁴³⁰. Il ne s'agit donc pas d'un dommage au sens traditionnel du terme, car il n'y a aucune diminution de la fortune, mais d'un dommage normatif¹⁴³¹. Celui-ci ne peut pas être calculé de manière concrète, mais seulement de façon abstraite¹⁴³². Cette jurisprudence a connu un écho mitigé de la part de la doctrine¹⁴³³. Ce qui est sûr par contre c'est que le Tribunal fédéral a rompu par ces décisions avec le tabou de la notion classique du dommage¹⁴³⁴. GAUCH estime que cette tendance doit être saluée car il ne serait pas tolérable que des évolutions nécessaires du droit se heurtent simplement à des notions juridiques traditionnelles¹⁴³⁵. L'acceptation de la théorie de la perte d'une chance s'insérerait ainsi dans le prolongement d'une tendance jurisprudentielle déjà entamée il y a presque une décennie.

- 353 Article 42 II CO.** – C'est à la lésée qu'incombe la preuve de l'existence et de l'étendue du dommage subi (art. 42 I CO, art. 8 CC)¹⁴³⁶. Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, la juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 II CO). C'est donc par une réduction du degré de la preuve que des conséquences trop dures d'une répartition stricte du fardeau de la preuve sont amorties. Selon la doctrine et la jurisprudence, cette disposition trouve application quand les preuves nécessaires du dommage – dans son montant, mais aussi dans son existence même – font défaut ou que l'on ne saurait attendre de la victime qu'elle les fournisse, soit qu'il en découlerait une atteinte inadmissible à sa personnalité (par exemple à sa vie privée ou au secret des affaires), soit qu'il en résulterait des frais excessifs¹⁴³⁷. Ainsi en va-t-il souvent en cas de préjudices futurs consécutifs à une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique, au crédit, aux droits de la propriété intellectuelle ou de la concurrence économique¹⁴³⁸. Suivant les propositions de la commission d'étude¹⁴³⁹, les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la règle régissant l'appréciation du dommage, dont le montant exact ne peut être établi, doit être reprise dans le droit futur (art. 56d III AP LRCiv). Mais ils préconisent aussi que la loi pose à l'avenir, en termes généraux, une présomption de fait destinée à alléger la stricte répartition du fardeau de la preuve.

¹⁴²⁹ REY, n° 263a; ATF 117 II 609 [623], 113 II 345 [350 ss], 99 II 221 [222 ss].

¹⁴³⁰ ATF du 13 décembre 1994, *R. J.-T. c. Versicherungsgesellschaft X. u. Apphof Kl. BE*, in: 84 Pra (1995) n° 172 p. 556.

¹⁴³¹ REY, n° 305a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2639a; SCHWENZER, n° 14.10.

¹⁴³² En détails, Volker PRIBNOW, *Zur Bestimmung des Haushaltschadens*, 14 *plädoyer* (1996), n° 4 p. 30 ss.

¹⁴³³ REY (n° 305a) et GAUCH (p. 226) sont favorables. HONSELL ([2000], § 8 n° 79) et FELLMANN (p. 882 s.) sont sceptiques.

¹⁴³⁴ GAUCH, p. 226; FELLMANN, p. 882.

¹⁴³⁵ GAUCH, p. 226.

¹⁴³⁶ REY, n° 198; BREHM, art. 42 CO n° 9.

¹⁴³⁷ BREHM, art. 42 CO n° 47 ss; OFTINGER, p. 176; DESCHENAUX/TERCIER, § 21 n° 21 ss; ATF 122 III 219 [221], 97 II 216 [218], 95 II 481 [501], 81 II 50 [55].

¹⁴³⁸ BREHM, art. 42 CO n° 63 ss; André BUSSY/Baptiste RUSCONI, *Code suisse de la circulation routière – Commentaire* (Lausanne 1996), art. 86 LCR n° 3.4.3.

¹⁴³⁹ Rapport, p. 143 ss.

8.2.3.3 Perte d'une chance comme dommage indemnisable

354 Valeur pécuniaire de la chance. – La perte d'une chance constitue un préjudice au sens naturel de ce terme, car cette notion englobe toute diminution de n'importe quelle valeur (comme p. ex. des biens du patrimoine, des possibilités de gains, l'intégrité physique, la santé) ou tout désavantage¹⁴⁴⁰. La question est de savoir si l'ordre juridique veut en tenir compte dans sa définition de la notion de dommage au sens du droit des responsabilités civile, administrative et pénale. Pour qu'une perte soit considérée comme dommage au sens juridique et devienne ainsi réparable, il faut que celle-ci représente une diminution involontaire d'une valeur économique ou pécuniaire faisant partie du patrimoine (n° 345 ss). L'analyse des droits étrangers a montré que la chance peut satisfaire à ces exigences à certaines conditions car elle constitue un poste des actifs d'une personne physique ou morale, elle fait partie des "assets" dont la perte doit être réparée¹⁴⁴¹. Même les auteurs allemands qui considèrent que la privation d'une chance ne représente pas une diminution du patrimoine, estiment qu'elle représente un désavantage économique qui doit être indemnisé, en tous les cas quand la chance perdue est, en tant que telle, juridiquement protégée¹⁴⁴². La pratique de l'assurance repose également sur l'idée que la chance a une valeur en soi puisque les risques qui forment la matière de l'assurance sont en réalité des malchances. Le caractère aléatoire ne retire donc pas toute réalité à la chance (n° 298 ss) et, par conséquent, n'empêche pas que sa disparition puisse être considérée comme un dommage au sens juridique du terme.

355 Vente aléatoire. – Un autre argument en faveur de la reconnaissance de la chance comme valeur patrimoniale découle d'un parallèle avec la vente aléatoire ("*Hoffnungskauf*"). En effet, des choses futures ou des droits futurs peuvent faire l'objet d'une vente au sens de l'article 184 I CO¹⁴⁴³. La doctrine fait la distinction entre l'achat d'une chose espérée (*emptio rei speratae*) et celui d'une espérance (*emptio spei*; "*Hoffnungsskauf*")¹⁴⁴⁴. La vente d'un billet de loterie constitue l'exemple le plus parlant de cette dernière catégorie. Il n'a ainsi jamais été contesté qu'un billet de loterie (qui n'est rien d'autre qu'un titre représentatif d'une chance¹⁴⁴⁵) peut être vendu contre un prix. C'est pourquoi la vente ne devient pas impossible de manière subséquente (art. 119 CO) par le fait que la chance ne se réalise finalement pas. On est par contre en présence d'une im-

¹⁴⁴⁰ MERZ, p. 185; OFTINGER/STARK, § 2 n° 1. C'est aussi ce que souligne la doctrine italienne qui considère la perte d'une chance non pas comme une perte de gain hypothétique, mais comme une perte certaine d'une chance de gain et ainsi comme une perte patrimoniale positive; Francesco Donato BUSNELLI, *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, 88 *Il Foro Italiano* (1965) IV p. 47, 51: «[L]a perdita di questa "chance" dà luogo, di per sé, ad un danno, più o meno grave ed a volte di difficile valutazione, ma nondimeno certo ed effettivo».

¹⁴⁴¹ Voir cependant l'observation de Axel FLESSNER, *Geldersatz für Gebrauchsentgang*, 42 *JZ* (1987) p. 276, selon lequel "*ausserhalb der Länder deutscher Sprache der Begriff des Vermögens und des Schadens eine viel geringere Rolle spielt, wenn schwierige Probleme der Ersatzwürdigkeit zu lösen sind*".

¹⁴⁴² STOLL (1993), p. 41.

¹⁴⁴³ Alfred KOLLER, art. 184 CO n° 14, in: H. Honsell/N. Peter Vogt/W. Wiegand (éd.), *Obligationenrecht I* (Bâle 1996). Pour le droit français, voir l'article 1130 I CCF et LE TOURNEAU/CADIET, n° 4597.

¹⁴⁴⁴ Alfred KOLLER, art. 184 CO n° 14, in: H. Honsell/N. Peter Vogt/W. Wiegand (éd.), *Obligationenrecht I* (Bâle 1996); Hans GIGER, *Commentaire bernois* (Berne 1979), art. 184 CO n° 27.

¹⁴⁴⁵ VINEY/JOURDAIN, n° 279; MÜLLER-STOY, p. 161; FLEISCHER, p. 769.

possibilité initiale lorsque la chance ne peut jamais se réaliser, par exemple parce que le billet est truqué ou le tirage au sort a déjà eu lieu (art. 20 I CO)¹⁴⁴⁶.

356 Jurisprudence. – La jurisprudence suisse attribue fréquemment, probablement sans vraiment s'en rendre compte, une valeur pécuniaire à la chance. Le domaine d'application le plus vaste et le plus fréquent est celui des dommages consécutifs à une lésion corporelle et au décès. Il fera l'objet d'un chapitre séparé (n° 500 ss). À côté de ce domaine, il existe de nombreux exemples isolés. En matière d'expropriation par exemple, le Tribunal administratif du canton de Bâle-Campagne a rejeté un recours contre une décision du Tribunal d'expropriation allouant une indemnité pour la perte de la chance de pouvoir vendre un domaine agricole frappé d'expropriation à des prix correspondant à la zone à bâtir¹⁴⁴⁷. Cette indemnité correspondait à une compensation des inconvénients résultant des mesures d'expropriation (*"Inkonvenienzenentschädigung"*) conformément au § 19 I let. c de la loi du canton de Bâle-Campagne sur l'expropriation. Cette disposition prévoit que l'expropriante doit indemniser l'expropriée de tous les inconvénients qui sont prévisibles comme conséquences de l'expropriation selon le cours ordinaire des choses. D'autres exemples seront discutés dans les différents chapitres consacrés aux diverses applications de la future théorie suisse (n° 472 ss).

357 Doctrine défavorable. – STARK pense que la chance ne peut pas être considérée comme une nouvelle forme de préjudice. La perte d'une chance serait une modification de la façon de calculer le dommage qui toucherait l'ensemble des types de dommage et le calcul de la valeur de la chance perdue serait fonction du type de dommage en question¹⁴⁴⁸. Des problèmes de preuve ne pourraient en outre servir de prétexte pour créer un nouveau type de dommage¹⁴⁴⁹. Il invoque aussi la problématique de la responsabilité dans le cadre d'accidents atomiques sans préciser pourtant en quoi cette question poserait un problème pour la reconnaissance de la perte d'une chance comme nouveau type de dommage¹⁴⁵⁰.

358 Doctrine favorable. – SCHWEIZER juge que l'idée d'un préjudice autonome et indépendant pourrait être utile en droit positif suisse dans l'hypothèse de la perte de chance en matière contentieuse, notamment pour trouver une solution élégante au problème de l'autorité de la chose jugée¹⁴⁵¹. WERRO estime également que «[l]a perte d'une chance se comprend comme une forme de dommage particulier»¹⁴⁵². GUILLOD semble également privilégier cette solution:

«Plutôt que d'apprécier la causalité entre la faute et le préjudice final (par exemple le décès), ne devrait-on pas plutôt l'apprécier à l'égard de la perte d'une chance en soi, considérée comme un préjudice autonome, distinct du préjudice final?»¹⁴⁵³.

359 Difficultés avec la théorie de la différence. – La théorie de la différence (n° 345) peut rencontrer certains problèmes conceptuels face au phénomène de la chance¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁴⁶ Herbert SCHÖNLE, *Commentaire zurichois V/2a* (Zürich 1993), art. 184 CO n° 65.

¹⁴⁴⁷ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Bâle-Campagne du 16 novembre 1983, X., *Basel-landschaftliche Verwaltungsgerichtsentscheide* (1983/84) p. 126 ss.

¹⁴⁴⁸ STARK (1991), p. 148 s.

¹⁴⁴⁹ STARK (1991), p. 149.

¹⁴⁵⁰ STARK (1991), p. 149.

¹⁴⁵¹ Philippe SCHWEIZER, *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guilloid (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 160.

¹⁴⁵² WERRO (1993), n° 1015 s.; (1996), p. 27 (citation n° 263).

¹⁴⁵³ GUILLOD (1989), p. 79.

L'estimation du dommage se faisant au moment du jugement (art. 46 II CO)¹⁴⁵⁵, la conclusion suivante s'impose pour une chance qui se serait réalisée avant cette date: la chance ne se trouve ni dans le patrimoine effectif de la personne lésée, ni dans le patrimoine hypothétique. Elle ne se trouve pas dans le patrimoine réel parce que la chance a effectivement été perdue. Elle ne se trouve pas non plus dans le patrimoine hypothétique car la chance se serait mutée dans un accroissement du patrimoine ou ne se serait pas réalisée pour d'autres raisons. Il est impossible de savoir si l'une ou l'autre branche de cette alternative se serait réalisée. La valeur de la chance est cependant sortie du patrimoine et ceci dans les deux hypothèses. La chance perdue ne peut donc être appréhendée par la théorie de la différence¹⁴⁵⁶. Cette difficulté s'explique par la nature même d'une chance. La chance n'est pas un bien statique, mais elle a un caractère dynamique ou évolutif. Elle est toujours provisoire et tend vers sa réalisation. Elle se transmute ou bien en un gain ou bien en rien. Elle n'est de toute façon pas destinée à rester dans le patrimoine en l'état¹⁴⁵⁷. La théorie de la différence ne peut pas maîtriser les problèmes liés au caractère provisoire et fuyant de la chance. Elle n'a aucun problème avec les éléments qui se seraient réalisés avec certitude sans le fait dommageable et avec ceux qui ne se seraient de toute façon pas avérés, notamment aussi en l'absence du fait dommageable. Mais pour le domaine intermédiaire où il est justement difficile de savoir si un gain se serait réalisé ou non, la théorie de la différence ne fournit aucun critère de décision. Cette difficulté conceptuelle et théorique ne pèse cependant pas assez lourd dans la balance des avantages et des inconvénients de l'indemnisation de chances perdues, pour que le droit suisse y renonce.

- 360 **Limites.** – La question de la reconnaissance de la chance comme valeur pécuniaire et comme dommage réparable en cas de perte ne peut pas être liquidée par une simple déclaration de principe, car dans un certain sens, tout peut être traduit en espèces sous une forme ou une autre. Si le droit de la responsabilité civile se développait sans contrôle dans cette direction, l'obligation de réparation pourrait être étendue à l'infini (note 1428)¹⁴⁵⁸. C'est pour cette raison que des conditions strictes doivent être posées à l'application de la théorie¹⁴⁵⁹. La question de savoir s'il est possible de reconnaître à une chance une valeur économique autonome, dépend en premier lieu de ce à quoi la chance se réfère. Les différents types de chances seront discutés ultérieurement (n° 381 ss), mais les deux exemples extrêmes suivants peuvent d'ores et déjà être signalés. Si la perte concerne une chance se rapportant à un bien patrimonial avec une valeur pécuniaire déterminée, comme la chance d'obtenir le bien en question, la perte de cette chance représente une diminution involontaire de la fortune nette dont le montant se déduit de la valeur de l'avantage patrimonial concerné. Cela ne signifie bien évidemment pas que dans tous les autres cas, il est impossible d'attribuer une valeur à une chance¹⁴⁶⁰. La perte d'une chance de conclure un mariage, par exemple, n'a aucun effet direct sur le

¹⁴⁵⁴ VON BAR, §1 n° 149.

¹⁴⁵⁵ Il s'agit du prononcé de l'instance cantonale qui peut encore connaître de faits nouveaux (ATF 99 II 214 [216]).

¹⁴⁵⁶ MÜLLER-STOY, p. 200.

¹⁴⁵⁷ MÜLLER, p. 113; BENABENT, n° 237.

¹⁴⁵⁸ AKKERMANS, p. 171.

¹⁴⁵⁹ KASCHE, p. 4; AKKERMANS, p. 171.

¹⁴⁶⁰ AKKERMANS, p. 172.

patrimoine¹⁴⁶¹, mais peut représenter pour la victime un désavantage économique substantiel. Une telle chance peut être jugée suffisamment importante, comme c'est le cas en France (note 275), en Belgique¹⁴⁶² et en Grande-Bretagne¹⁴⁶³, pour donner lieu à réparation en cas de perte¹⁴⁶⁴.

8.3 Conditions d'application

361 **Introduction.** – Il s'agira dans ce chapitre de dégager les conditions d'application communes à l'ensemble des états de faits pour lesquels le problème de la causalité incertaine peut être résolu à l'aide de la théorie de la perte d'une chance¹⁴⁶⁵. Ces conditions sont au nombre de sept, six positives et une négative. Les conditions positives sont: le titre de responsabilité (8.3.1), l'illicéité ou la violation d'une obligation contractuelle (8.3.2), le caractère aléatoire de l'enjeu total (8.3.3), une chance d'obtenir l'avantage escompté (8.3.4), la perte de cette chance (8.3.5), et finalement le lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et la perte de la chance (8.3.6). La condition négative requiert l'absence de contral aléatoire (8.3.7).

8.3.1 Titre de responsabilité

362 **Responsabilités aquilienne et contractuelle.** – Dans les responsabilités aquilienne et contractuelle, seules les chances dont la perte est due à une faute ("*Verschulden*") sont susceptibles de donner lieu à réparation¹⁴⁶⁶. Ce sont les règles de chaque domaine dans lequel la perte d'une chance pourrait trouver application qui déterminent quel comportement est considéré comme fautif¹⁴⁶⁷. En matière de responsabilité délictuelle, c'est la demanderesse qui supporte le fardeau de la preuve pour la faute, tandis qu'en matière de responsabilité contractuelle, celle-ci est présumée et il incombe à la défenderesse de se disculper¹⁴⁶⁸.

363 **Pas de nécessité d'assouplissement.** – La condition de la faute n'est pas propre à la problématique de la perte d'une chance, mais constitue une condition générale des responsabilités pour faute. L'avantage de l'approche de la théorie de la perte d'une chance

¹⁴⁶¹ Une relation avec certaines valeurs patrimoniales est certes imaginables, par exemple sous la forme de la fortune éventuelle que le partenaire convoité aurait apporté, mais ce rapport paraît en principe trop lointain pour être pris au sérieux. Voir aussi la jurisprudence française citée dans la note 275. Quelque peu différent aussi, STOLL (1972), p. 19.

¹⁴⁶² Cass. 30 novembre 1981, *A.G. v. K. e.a.*, 46 RW (1982-83) p. 1688 s.; SCHUERMANS *e.a.* (1994), p. 994 ss; VANSWEEVELT, n° 464.

¹⁴⁶³ *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (HL).

¹⁴⁶⁴ AKKERMANS (p. 172) estime par contre que ce cas n'entre plus dans le domaine du préjudice patrimonial, mais que la victime doit être indemnisée pour des dommages immatériels.

¹⁴⁶⁵ La "vraie" théorie de la perte d'une chance a été entourée de différentes conditions et restrictions par la doctrine et la jurisprudence des systèmes juridiques examinés. Les conditions proposées par CHABAS ([1996], p. 227 ss) sont celles qui se trouvent à la base de ce chapitre, car elles sont les plus cohérentes du point de vue de la logique juridique et de l'applicabilité pratique. Elles sont exemptes de contradictions et préviennent les éventuels abus ou dérapages dans le courant actuel de l'extension de la responsabilité. Voir aussi, pour un auteur qui propose des conditions plus strictes, MEMETEAU (1986), p. 132 ss, 141 ss; (Montréal 1990), n° 301, 316 ss; (1997).

¹⁴⁶⁶ SALLET, p. 4.

¹⁴⁶⁷ En général, HONSELL (2000), § 6; WIDMER (1999), n° 2.65 ss; REY, n° 804 ss. Pour la faute médicale en particulier, voir n° 519.

¹⁴⁶⁸ HONSELL (2000), § 6 n° 19; REY, n° 41 s.

consiste cependant dans le fait que les règles traditionnelles sur la faute trouvent application sans qu'il soit nécessaire de les assouplir pour permettre une meilleure indemnisation des victimes¹⁴⁶⁹. La théorie de la perte d'une chance permet ainsi d'éviter les distinctions souvent arbitraires et difficilement praticables du droit allemand entre la faute grave et la faute légère pour permettre le renversement du fardeau de la preuve en matière médicale afin d'adoucir la dureté du système du tout-ou-rien (n° 172 ss).

364 Types de faute. - La perte d'une chance peut être imputée aussi bien à une faute de commission qu'à une faute d'omission¹⁴⁷⁰. L'exemple du défaut d'information de la part de la doctoresse qui prive la patiente de la possibilité de prendre une décision plus judicieuse pour éviter un dommage qui s'est finalement réalisé, illustre cela (n° 429 ss)¹⁴⁷¹. Il est par contre difficile de partager l'opinion de VACARIE qui estime que l'indemnisation de chances perdues est seulement concevable si la doctoresse a commis une faute d'abstention, et non pas si sa faute résulte d'un fait positif¹⁴⁷². Ainsi, par exemple, la chirurgienne qui opère mal une paralytique ayant des chances de recouvrer la mobilité de son bras et qui rend ainsi l'infirmité irréversible, doit également réparer la perte des chances qu'elle a causées. L'application de la théorie de la perte d'une chance ne dépend pas non plus de la gravité de la faute¹⁴⁷³.

365 Moment de la faute. - Un des aspects caractéristiques de la théorie de la perte d'une chance est que l'ordre chronologique dans lequel interviennent les événements importe peu. Certes, pour être causale, la faute doit être antérieure au préjudice, donc antérieure à la perte de la chance. Mais pour qu'il s'agisse de la perte d'une chance, la faute doit être postérieure au phénomène qui a réduit la victime à de simples chances. La Cour de cassation française a cependant considéré que cette deuxième affirmation était sujette à caution pour la raison suivante: combinée avec la précédente qui, elle, ne serait pas discutable, elle entraînerait comme conséquence que lorsque la faute a épuisé ses effets avant que naisse le processus réduisant la victime à des chances, aucune responsabilité ne serait concevable¹⁴⁷⁴. La faute pourrait cependant être prise en compte lorsque par avance elle a fait disparaître l'aléa qui aurait été la caractéristique d'un événement futur. La première chambre a appliqué ce raisonnement dans une affaire où un médecin, par une cobalthérapie intempestive avait fragilisé l'os sur lequel devait être implanté une prothèse¹⁴⁷⁵ qui, sans ce traitement, aurait eu de simples chances de tenir. La faute du praticien aurait par avance fait perdre définitivement ces chances. Cependant, cette application de la théorie relève plutôt de la création d'un risque durable et non de la perte d'une chance au sens restreint du terme (n° 449 ss).

¹⁴⁶⁹ Pour la tendance d'objectiver la notion de faute, n° 281.

¹⁴⁷⁰ FABRE-MAGNAN, n° 615.

¹⁴⁷¹ Au demeurant, il n'est en pratique pas toujours évident de distinguer entre faute d'abstention et faute de commission. Ainsi, lorsqu'une doctoresse a prescrit un traitement nocif à une malade alors qu'un autre traitement s'imposait, a-t-elle commis une faute de commission (avoir prescrit un mauvais traitement) ou une faute d'abstention (ne pas avoir prescrit un autre traitement), ou même les deux?

¹⁴⁷² VACARIE, p. 908.

¹⁴⁷³ La gravité de la faute peut cependant intervenir comme facteur de réduction des dommages-intérêts (art. 43 I CO; n° 279).

¹⁴⁷⁴ Cass. (civ. I^{re}) 27 mars 1985, *Consorts Peyras c. S.A.R.L. Clinique Juge et autre*, D 1986 jp. 390: incident d'anesthésie apparaissant après le retour de l'anesthésiste dans la salle d'opération qu'il avait quitté fautivement.

¹⁴⁷⁵ Cass. (civ. I^{re}) 8 janvier 1985, *Corson c. Guimacher et autre* (n° 109).

366 Responsabilités objectives simple et aggravée. – Pour les responsabilités objectives (aussi appelées légales ou causales; "*Kausalhaftungen*"), le titre (aussi "chef" ou "fondement") de responsabilité est la loi. Les responsabilités objectives simples (aussi appelées "atténuées" ou "ordinaires"; "*einfache, milde oder gewöhnliche Kausalhaftungen*") sont en outre fondées sur la violation présumée d'un devoir de diligence¹⁴⁷⁶ et les responsabilités objectives aggravées (ou à raison du risque; "*Gefährdungshaftungen*") sur un risque particulier¹⁴⁷⁷. Même si la théorie de la perte d'une chance peut tout aussi bien trouver application dans les responsabilités objectives, la suite de ce chapitre se concentrera sur les responsabilités pour faute.

8.3.2 Illicéité ou violation d'une obligation contractuelle

367 Survol du droit actuel¹⁴⁷⁸. – Le terme d'illicéité ("*Widerrechtlichkeit*") signifie littéralement "contraire au droit". Depuis le siècle passé, deux théories de l'illicéité s'affrontent dans la doctrine¹⁴⁷⁹. Selon la théorie subjective, est illicite le simple fait de causer un préjudice à autrui ("*neminem laedere*"), sauf pour l'auteur de l'acte à se prévaloir d'un motif justificatif (subjectif)¹⁴⁸⁰. Selon la théorie objective, qui recueille l'approbation de la doctrine majoritaire et du Tribunal fédéral¹⁴⁸¹, l'illicéité se définit comme la violation sans motifs justificatifs d'une norme (objective) de l'ordre juridique destinée à protéger l'intérêt atteint. Cette définition a un sens différent selon que le bien juridique atteint est un droit absolu ou non. Si l'acte dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu – comme la vie, l'intégrité physique ou psychique, la propriété et la possession, les droits de la personnalité et de la propriété intellectuelle, mais pas le patrimoine comme tel – l'illicéité est *a priori* réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique. On parle d'illicéité par le résultat ("*Erfolgsunrecht*")¹⁴⁸². Si, en revanche, l'acte dommageable consiste dans l'atteinte à un autre intérêt qu'un droit absolu, l'illicéité n'est réalisée que si l'auteur a enfreint une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause. On parle d'illicéité par le comportement ("*Verhaltensunrecht*")¹⁴⁸³. Dans ce dernier sens, l'illicéité résulte d'une certaine manière d'agir (ou de s'abstenir) que l'ordre juridique condamne. Elle n'est significative que lorsqu'il n'y a pas atteinte à un droit absolu, c'est-à-dire qu'en cas de survenance d'un "dommage purement économique"¹⁴⁸⁴. Dans une telle éventualité, la personne lésée n'est habilitée à exiger réparation que si elle peut se prévaloir en sa faveur d'une norme protectrice. Le tribunal applique alors la théorie de la finalité protectrice de la norme ("*Normzwecktheorie*") qui, suivant les cas, conduit à la réparation de préjudices causés à des personnes lésées par ricochet.

¹⁴⁷⁶ HONSELL (2000), § 1 n° 24, § 15; REY, n° 880 ss.

¹⁴⁷⁷ HONSELL (2000), § 20; REY, n° 1242 ss.

¹⁴⁷⁸ En général, HONSELL (2000), § 4; REY, n° 666 ss.

¹⁴⁷⁹ Voir, à ce sujet, WIDMER (1999), n° 2.46 ss.

¹⁴⁸⁰ Rapport explicatif, p. 98.

¹⁴⁸¹ BREHM, art. 41 CO n° 33 ss; REY, n° 672; DESCHENAUX/TERCIER, § 6 n° 9; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 186; KELLER/GABI, p. 37; OFTINGER, p. 128 ss; ATF 120 II 331 [335], 119 II 127 [128], 118 Ib 473 [476], 116 Ib 367 [373 s.], 115 II 15 [18], 109 II 123 [124]. Voir aussi l'article 46 I AP LRCiv.

¹⁴⁸² REY, n° 682 ss; Rapport explicatif, p. 96 s.

¹⁴⁸³ REY, n° 695 ss; Rapport explicatif, p. 97.

¹⁴⁸⁴ A ce sujet, Christophe MISTEL, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse (Lausanne 1999).

368 **Chance comme bien juridiquement protégé?** – La reconnaissance de la perte d'une chance en droit suisse ne signifierait pas que la chance devrait être considérée comme le bien juridique protégé dans le cadre de l'illicéité. La problématique de la violation incertaine d'un bien juridiquement protégé ("*unsichere Rechtsgutverletzung*") doit en effet être séparée de la question de savoir si la perte de chances de gain doit être indemnisable¹⁴⁸⁵. La première question concerne le principe même de la responsabilité, tandis que la deuxième a trait à l'étendue de la réparation¹⁴⁸⁶. Pour être indemnisable, la chance perdue doit se référer à un bien patrimonial profitant de la protection d'une prescription de l'ordre juridique destinée à protéger l'intérêt atteint. L'exemple de la responsabilité médicale illustre cela: une docteure qui fait perdre des chances de guérison ou de survie à une patiente porte atteinte au processus de guérison et, par là, à la santé en tant que bien juridiquement protégé. Il est dès lors inutile de qualifier des chances de survie ou de guérison de biens juridiques spécifiques. Ceci d'autant plus que les chances ne sont pas des faits tangibles, mais de simples possibilités d'évolution¹⁴⁸⁷. KOZIOL estime par contre que dans les systèmes avec une clause générale concernant le dommage indemnisable (comme l'article 41 I CO), le problème des biens juridiquement protégés de manière absolue se pose de façon identique sous l'aspect de l'illicéité¹⁴⁸⁸.

8.3.3 Caractère aléatoire de l'enjeu total

369 **Avantage "espéré".** – L'enjeu est ce qui est "en jeu", c'est l'avantage espéré. Celle qui est en train de mourir espère survivre, celle qui est malade espère guérir, celle qui a perdu son procès en première instance espère le gagner en instance de recours, celle qui est devenue incapable de travailler aurait préféré une promotion assortie probablement d'une augmentation. L'enjeu est la survie, la guérison, la valeur litigieuse, l'augmentation de salaire. La théorie de la perte d'une chance ne s'applique que si la situation de la demanderesse est réduite à une simple chance d'obtenir un résultat favorable. L'élément aléatoire ne découle donc pas de la vie, mais de la survie; pas du maintien de l'infirmité, mais de sa disparition; pas de la perte du procès, mais de son gain. Le préjudice consiste donc dans la disparition d'un simple potentiel de chances. Dans l'acception restreinte de la théorie, il s'agit toujours d'un événement bénéfique qui consiste soit à acquérir une valeur soit à éviter un mal (n° 449 ss).

370 **Autre préjudice.** – Dans ces hypothèses, ce ne sont pas la mort, l'invalidité permanente, la perte du procès en instance de recours, la non-augmentation de salaire qui constituent le dommage. Au contraire, celui-ci consiste dans la perte d'une chance d'obtenir l'enjeu total. COUTURIER illustre les rapports entre le préjudice final et celui constitué par la perte d'une chance par l'image suivante:

«[I]a "fonction chance perdue" est la dérivée [la dérivée d'une fonction en un point étant égale à la pente de la tangente au point correspondant de la courbe représentative de cette fonction] de la "fonction préjudice final" et varie alors de manière asymptotique par rapport à cette dernière. Tout comme la science est l'asymptote de la vérité [...], la chance perdue serait l'asymptote du préjudice final, de l'état réel du patient. Si l'asymptote est considérée comme une tangente dont le point de contact avec une droite se situe à l'infini, la chance perdue devient la tangente du préjudice final dont le point de contact avec ce dernier se situe à l'instant où le degré de pro-

¹⁴⁸⁵ ROBERTO, p. 159.

¹⁴⁸⁶ ROBERTO, p. 159.

¹⁴⁸⁷ Du même avis, GROSS, p. 202.

¹⁴⁸⁸ KOZIOL (2001), p. 906 s.

babilité de la chance perdue est égal à l'unité, c'est-à-dire atteint la certitude. Lorsque la probabilité atteint la certitude, il n'est plus question de chance, celle-ci disparaît et se confond avec le préjudice final. Le lien de causalité qui était établi entre la faute du médecin et la chance perdue l'est alors à l'égard du préjudice final¹⁴⁸⁹.

Il reste à espérer que cette représentation trigonométrique, légèrement capillotractée, apporte la clarification souhaitée à toutes les juristes aussi douées en mathématiques que cet auteur français ... Parfois, la perte d'une chance est qualifiée de préjudice intermédiaire, par opposition au préjudice final (résultant de la mort, de l'invalidité permanente, de la perte du procès, de la non-augmentation de salaire)¹⁴⁹⁰. Le terme "intermédiaire" est cependant inapproprié et susceptible d'induire en erreur (n° 562).

- 371 Impossibilité de prouver le rapport de causalité.** - Pour que la théorie de la perte d'une chance trouve application, il faut qu'il soit impossible d'établir la preuve du lien de causalité naturelle entre la faute et la perte de l'enjeu total car, par définition, l'enjeu total est justement aléatoire¹⁴⁹¹. La disparition de l'enjeu total doit toujours pouvoir être attribuée tant à des causes naturelles qu'au comportement fautif de la défenderesse. Autrement dit, il est seulement possible que l'intervention fautive ait favorisé la perte de l'enjeu total. On ne saura donc jamais si c'est la responsable qui l'a fait perdre, car l'enjeu aurait pu se perdre sans l'intervention de cette dernière. La patiente aurait pu mourir ou rester invalide sans l'intervention de la doctoresse, la justiciable aurait pu perdre son procès sans l'activité de l'avocate et l'employée aurait pu ne pas être promue sans les agissements de la tierce personne. Ainsi, la faute de la défenderesse n'est même pas une *conditio sine qua non* de la perte de l'enjeu total, de la perte du résultat attendu. Dans tous ces cas, la situation finale (mort, invalidité permanente, perte du recours, non-augmentation de salaire) ne peut être imputée avec certitude à la responsable car il y a deux causes possibles: une cause naturelle ou la faute. Il s'ensuit que, si les juges constatent qu'il n'y a pas d'aléa, elles doivent indemniser intégralement le dommage ou écarter toute indemnisation car il n'y a pas simple perte de chances¹⁴⁹².

- 372 Délimitation discutable mais nécessaire.** - On pourrait objecter à cette délimitation, tracée par le biais du caractère aléatoire de l'enjeu total, qu'elle crée une inégalité entre la victime qui se trouvait déjà dans un état aléatoire au moment de l'intervention fautive et celle qui était encore en possession de toutes ses chances. Qu'il vaudrait donc, en quelque sorte, "mieux" être mourant qu'en bonne santé dans l'hypothèse où le lien cau-

¹⁴⁸⁹ J.-P. COUTURIER, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi c. Vignes*, D 1991 jp. 160.

¹⁴⁹⁰ WERRO (1993), n° 1018.

¹⁴⁹¹ KASCHE, p. 220.

¹⁴⁹² Voir notamment, CA Bourges 27 mars 1984, *Me X. c. O.P.H.L.M. Haute-Marne et compagnie d'assurance Abeille-Paix* (n° 63); Cass. (civ. 1^{re}) 2 octobre 1984, *Mme Asbroucq c. M. Debaecker*, Bull. civ. I n° 245, JCP 1984 IV 338, JCP 1985 panorama 60; Cass. (civ. 2^e) 16 janvier 1985, *Mme Martin c. Société d'assurances mutuelles de France et autres*, Bull. civ. II n° 13, GP 1985 pj. 141; la Cour de cassation censure la cour d'appel qui a ordonné l'indemnisation de la victime d'un accident pour la perte d'une chance d'obtenir une situation favorable si elle avait accédé normalement à la retraite pour laquelle elle avait cotisé; selon la Cour de cassation, le droit de la victime de percevoir une pension de retraite entière lorsqu'elle aurait atteint l'âge prévu en poursuivant son activité ne comporte aucun caractère aléatoire; Cass. (crim.) 18 mars 1986, *Encinas veuve Barret*, JCP 1986 IV 154; Cass. (civ. 2^e) 23 juin 1993, *Mme Recordet c. Caisse régionale de garantie des notaires de la Cour d'appel de Paris et autre*, Bull. civ. II n° 233, JCP 1993 IV 2192, 93 RTDC (1994) p. 110; CA Paris 29 octobre 1993, *Michaud c. Attuël et autres*, D 1995 somm. 97.

sal entre la faute et le dommage ne peut pas être prouvé. JOURDAIN exprime ces interrogations de la manière suivante:

«Il ne sera pas toujours aisé de faire concrètement le départ entre le cas où il y a un risque préexistant et ceux où il n'y en a pas. En matière médicale, toute intervention présente d'ailleurs une certaine dose d'aléa. Aussi, refuser de prendre en compte la perte d'une chance lorsque, *a priori*, l'aléa n'existe pas, pourrait conduire à des distinctions arbitraires. [...] Toutes [les victimes] ont été victimes de fautes qui ont dégradé leur état ou leur situation et les raisons théoriques de distinguer apparaissent d'une subtilité qui pourrait bien leur échapper. Toute augmentation ou création de risques devrait donc, à notre sens, être considérée comme réparable dès lors que l'on admet l'indemnisation des chances perdues d'éviter un dommage»¹⁴⁹³.

Cette délimitation est pourtant impérative, d'une part, pour empêcher que la perte d'une chance ne serve à cacher les doutes sur le lien de causalité et permette d'indemniser n'importe quel préjudice en fonction de l'importance du doute des magistrats. D'autre part, comme la théorie de la perte d'une chance proposée dans ce travail pourrait permettre, contrairement à ce qu'admet prétendument la théorie française (n° 450), d'englober aussi la création d'un risque durable, la distinction perd sa raison d'être dans une large mesure.

- 373 Absence de parallélisme.** - L'originalité de la situation tient à ce que l'enjeu - la situation initiale compromise - n'est pas l'inverse de la situation finale: ce qu'a fait perdre la responsable, ce n'est pas la vie, la santé, le gain du procès ou l'augmentation de salaire qui étaient déjà obérés par des causes naturelles *préexistantes*. Ce sont plutôt des chances de survie, de guérison, de gain de cause ou d'augmentation de salaire qui ont été perdues. Le dommage n'est donc pas la perte de l'enjeu, mais la perte des chances de le conserver ou de l'obtenir. Il s'agit donc d'un préjudice "intermédiaire" (n° 562) qui intervient en amont du préjudice "effectivement" subi.
- 374 Nature de l'aléa.** - L'aléa ne réside pas seulement dans l'éventuelle action de la nature. La malade a des chances de survie si elle est bien soignée (et à temps), l'infirmes a des chances de guérison si elle est bien opérée, la plaignante a des chances de gagner si elle est bien représentée, la salariée a des chances de voir son traitement augmenter si elle continue à satisfaire aux exigences de son employeuse. C'est l'une des raisons pour lesquelles il y a un aléa. En matière médicale par exemple, l'événement n'est pas seulement aléatoire parce qu'il dépend du terrain que constitue la victime (l'être humain et ses réactions physiques imprévisibles), mais aussi parce que pour contrecarrer les forces capricieuses de la nature, il n'y a que la personne humaine qui est incapable de dominer à coup sûr ces forces. La même chose vaut pour le domaine du contentieux où l'événement n'est pas seulement aléatoire parce qu'il dépend des réactions inévitablement humaines de la juge, mais aussi parce qu'il n'y a que l'avocate avec sa force de persuasion naturellement limitée pour influencer les aléas de la justice. La question de savoir si le caractère aléatoire de l'enjeu total peut aussi résider exclusivement dans l'imprévisibilité des réactions de la victime elle-même est controversée (n° 429 ss).
- 375 Exclusion du contrat d'entreprise.** - L'exigence du caractère aléatoire de l'enjeu total rend la théorie de la perte d'une chance inapplicable au contrat d'entreprise (pour le contrat de mandat par contre, voir n° 319 s.). Comme l'entrepreneuse promet un résultat à la maîtresse d'ouvrage, soit l'enjeu total n'est pas aléatoire, soit c'est à l'entrepreneuse

¹⁴⁹³ Patrice JOURDAIN, Sur la perte d'une chance, 91 RTDC (1992) p. 111.

d'assumer complètement et exclusivement les difficultés découlant du caractère aléatoire de ce qu'elle promet.

8.3.4 Chance d'obtenir l'avantage escompté

8.3.4.1 Caractéristiques qualitatives

376 Recherche de critères. – Le droit français (et, dans une moindre mesure, le droit belge) indemnise en principe n'importe quel type de chances sans que l'on puisse déceler des limites qualitatives¹⁴⁹⁴. On peut se poser la question de savoir si une telle conception n'irait pas trop loin en droit suisse et aurait des conséquences qui ne répondraient plus aux exigences d'une délimitation raisonnable des cas de responsabilité¹⁴⁹⁵. Ce sont les principes fondamentaux de la sécurité et de la prévisibilité du droit qui pourraient ainsi être remis en question¹⁴⁹⁶. Comme la qualification de valeur patrimoniale ou non d'une chance ne suffit pas pour délimiter certains types de chances indemnissables (n° 360), il s'agira dans ce chapitre de rechercher des critères qualitatifs généraux pour délimiter les chances dont la perte mérite d'être indemnisée de celles qui ne déclenchent pas de conséquences juridiques en cas de perte. ROBERTO exprime cette nécessité de la manière suivante:

*«Vielmehr ist hinsichtlich der einzelnen ersatzfähigen Schadensposten zu untersuchen, ob und inwiefern der Gedanke der "perte d'une chance" Anwendung finden kann»*¹⁴⁹⁷.

377 Caractère objectif. – Comme en droit suisse, le dommage est une notion purement objective (n° 345 ss), la chance perdue doit, pour être indemnissable, également être appréciée de manière objective. Elle doit notamment être distinguée de l'espoir purement subjectif de la victime. En effet, une chance apparaît d'une part comme une attente subjective, un espoir dont l'intensité dépend de l'optimisme de la personne concernée. Cette estimation subjective se rapproche de l'intérêt purement affectif (*"Affektionsinteresse"*) dont le droit suisse refuse également de tenir compte dans l'évaluation du dommage¹⁴⁹⁸. D'autre part, la chance repose aussi toujours sur une situation objective et peut dès lors s'apprécier objectivement (n° 28 ss). La malade atteinte d'un cancer incurable peut conserver l'espoir de guérir. Médicalement, cependant, elle ne disposera d'aucune chance appréciable de guérison. La chance se distingue également de la certitude. Elle n'est qu'une probabilité suffisante. La chance ou l'aléa est une caractéristique de fait qui a comme conséquence que le dommage est affecté d'un "coefficient d'incertitude"¹⁴⁹⁹ qui est plus élevé que celui du dommage traditionnel. Dans tous les cas considérés par la théorie de la perte d'une chance, la victime n'avait qu'une probabilité suffisante de se voir réaliser un événement bénéfique ou favorable. Sinon il n'y aurait pas de diminution

¹⁴⁹⁴ MÜLLER-STOY, p. 26.

¹⁴⁹⁵ ROBERTO, p. 159 s.

¹⁴⁹⁶ Rapport explicatif, p. 244.

¹⁴⁹⁷ ROBERTO, p. 160.

¹⁴⁹⁸ REY, n° 323. La perte d'un bien d'une grande valeur affective pourrait cependant aussi causer un tort moral, qui pourrait éventuellement être indemnisé conformément à l'article 49 CO (ATF 87 II 290 [292]; KELLER [1998], p. 104; KELLER/GABI, p. 99; OPTINGER/STARK, § 6 n° 379; FELLMANN, p. 881).

¹⁴⁹⁹ LESOURD, p. 49.

involontaire du patrimoine lorsque cette probabilité disparaît¹⁵⁰⁰. La chance juridiquement pertinente peut donc être décrite comme la probabilité objectivement suffisante d'un événement bénéfique.

- 378 **Condition préexistante.** — La théorie de la perte d'une chance ne trouve application que si le processus pouvant conduire à la perte de l'enjeu total est déjà engagé. C'est ainsi que l'on parlera de perte des chances de survie pour celle qui n'aura plus que des chances de ne pas mourir. Paradoxalement, cette situation se distingue de celle où une personne a "des risques de mourir". L'aléa n'est pas la même chose que le risque (n° 2). L'état initial de la lésée (en matière médicale, le problème de santé de la patiente qui peut être guéri par un traitement médical correct¹⁵⁰¹) est appelé "la condition préexistante" (*"preexisting condition"*)¹⁵⁰².

*"[A] preexisting condition may be defined as a disease, condition or force that has become sufficiently associated with the victim to be factored into the value of the interest destroyed, and that has become so before the defendant's conduct has reached a similar stage"*¹⁵⁰³.

Cette condition préexistante étant donnée, une patiente a une certaine probabilité de guérir si la docteure applique des soins appropriés à la condition préexistante¹⁵⁰⁴. Celle qui meurt dans un accident, alors qu'elle circule dans des circonstances très dangereuses, ne perd donc pas une chance de survie. Le même raisonnement s'applique au cas de la personne âgée. Ces personnes courent peut-être le risque de mourir plus tôt que d'autres, mais elle ne sont pas, pour autant, réduites à la simple probabilité de ne pas mourir. WESSNER n'est donc pas suffisamment précis quand il écrit que la théorie de la perte d'une chance trouve application «quand par exemple le patient décide à la suite d'une opération aléatoire, mais dont il pouvait raisonnablement escompter des chances de survie si le médecin n'avait pas violé de manière fautive son devoir de diligence»¹⁵⁰⁵. Premièrement, ce n'est pas l'opération qui a un caractère aléatoire, mais la survie ou la guérison de la patiente atteinte d'une maladie. La théorie de la perte d'une chance s'applique indépendamment du caractère aléatoire ou non de l'intervention. Deuxièmement, ce n'est pas de l'opération (aléatoire ou non) que la patiente escompte des chances de guérison ou de survie, mais les chances de survie ou de guérison dont dispose la patiente sont fonction de son état de santé au moment où la faute médicale intervient. L'état de santé constitue donc la condition préexistante et la qualité de l'état de santé s'exprime par l'importance des chances de survie ou de guérison. La condition préexis-

¹⁵⁰⁰ CA Paris 26 avril 1984, *Chevereau c. Yver et autres*, D 1985 ir. 368: «S'agissant du traitement prescrit par un autre médecin, considéré par les experts comme non usuel et inconnu dans les centres anti-cancéreux, le retard de cinq mois, période pendant laquelle il eût été possible de multiplier les examens de sécurité pour établir de façon plus précoce un diagnostic, n'a pas été de nature à priver la malade de chances sérieuses de guérison étant donné les caractères propres très rapidement évolutifs de la maladie pendant ces cinq mois et jusqu'à son décès, étant ajouté que la détection plus précoce de la maladie et la prescription d'un traitement adéquat pendant cette période n'auraient pas pu faire changer le cours de la maladie, ni faire reculer l'issue fatale».

¹⁵⁰¹ DEFREYN, p. 810; LORD, p. 1491.

¹⁵⁰² LORD, p. 1491.

¹⁵⁰³ KING, p. 1357.

¹⁵⁰⁴ LORD, p. 1491.

¹⁵⁰⁵ Pierre WESSNER, *La révision totale du droit de la responsabilité civile: Quelques orientations nouvelles susceptibles d'influencer le domaine des soins médicaux et hospitaliers*, in: *La responsabilité médicale*, Cahier n° 2 de l'Institut de Droit de la Santé (Neuchâtel 1996), p. 60 s.

tante peut résulter d'un événement naturel comme une maladie, mais peut aussi être due (en tout cas partiellement) à la faute d'autres personnes (potentiellement responsables). JANSEN illustre ceci à l'aide de l'exemple théorique suivant: A est victime d'un arrêt cardiaque. Si elle avait été traitée immédiatement, elle aurait eu 80% de chances de survie. Cependant, pendant son transport à l'hôpital, une piétonne B qui traverse la rue sans faire attention, cause un accident mineur avec l'ambulance, ce qui entraîne un retard de 10 minutes. Cela réduit les chances de survie de A de 80% à 40%. A cause d'une négligence grave de la part de la doctoresse C, elle n'est pas traitée pendant encore une fois 10 minutes, ce qui réduit ses chances de survie à zéro. A meurt finalement comme résultat de toutes les trois "causes"¹⁵⁰⁶. Au moment où la faute de la doctoresse C intervient, la négligence de la piétonne B avait ainsi déjà sensiblement aggravé la condition préexistante de la patiente A.

379 Caractère personnel. - Il ressort de la jurisprudence étrangère analysée que la perte d'une chance peut être invoquée aussi bien par la victime directe (n° 84) que par la victime atteinte par ricochet (n° 90). Dans la jurisprudence française, le caractère personnel de la perte d'une chance a cependant posé problème dans le cas où les héritières de la victime d'un accident mortel tentaient de se prévaloir, pour obtenir une réparation du dommage causé à la défunte, de la perte, par celle-ci, d'une "espérance de vie" dont elles auraient recueilli dans sa succession la possibilité de demander réparation (n° 541 ss). La Cour de cassation a fermement repoussé cette prétention¹⁵⁰⁷, sauf dans le cas particulier des contaminations par le virus HIV à la suite de transfusions sanguines, où la "perte d'espérance de vie" a été introduite dans la définition du "préjudice de contamination" ou de "séropositivité"¹⁵⁰⁸.

380 Prédisposition constitutionnelle. - La majorité de la doctrine française refuse de considérer comme simple titulaire de chances celle qui n'a que des dispositions latentes à subir un dommage dont le processus n'est pas engagé¹⁵⁰⁹. La chance étant la probabilité suffisante de réalisation d'un événement *bénéfique*, il n'y a pas lieu de considérer, en droit suisse, la prédisposition constitutionnelle (n° 280) comme une chance donnant droit à une quelconque indemnité en cas de perte. Est cependant controversée, dans la doctrine française, la question de savoir si celle qui a des dispositions latentes à bénéficier d'un avantage, soit par le jeu possible des forces de la nature, soit par l'intervention peut-être profitable d'une tierce personne, dispose de chances et doit être indemnisée si la responsable les a fait perdre¹⁵¹⁰. Une réponse à cette question peut être trouvée en appliquant à la disposition latente en question les mêmes critères qualitatifs et quantitatifs de délimitation qu'à n'importe quelle chance.

¹⁵⁰⁶ JANSEN, p. 272.

¹⁵⁰⁷ Cass. (crim.) 30 octobre 1979, *Consorts Carnet*, Bull. crim. n° 299, JCP 1980 IV 15, D 1980 ir. 409.

¹⁵⁰⁸ VINEY/JOURDAIN, n° 265.

¹⁵⁰⁹ CHABAS (1996), p. 232: «Se ci rifiutiamo di considerare come semplice titolare di chance colui che non ha che una predisposizione latente a subire un pregiudizio nel cui processo non è coinvolto, pensiamo al contrario che colui che possiede una predisposizione latente a beneficiare di un vantaggio, sia per il gioco delle possibili forze della natura, sia per l'intervento di un terzo, possiede delle chances e debba essere indennizzato se l'agente glielo fa perdere».

¹⁵¹⁰ CHABAS ([1996], p. 232) est pour, VACARIE (p. 908) est contre.

381 Situations type. – Les situations type suivantes permettront de mieux dégager d'autres critères qualitatifs nécessaires à une délimitation raisonnable des cas de la perte d'une chance¹⁵¹¹:

- 1.) A achète pour FRS 10.- le droit de participer à une loterie. Avant le tirage au sort, B détruit secrètement le billet de loterie.
- 2.) Trois entreprises font des soumissions pour l'adjudication d'un seul contrat lucratif. L'attribution des travaux est empêchée par une violation fautive par l'autorité des règles régissant la procédure d'adjudication.
- 3.) Une architecte dépense FRS 15 000 pour des travaux et du matériel en vue de la confection d'une maquette pour un projet de construction. Elle a l'intention de participer, avec cette maquette, à un concours d'architectes à côté de six autres candidates. Le meilleur projet obtiendra un prix de FRS 150 000. Par une violation des règles du concours, le jury exclut la maquette déjà confectionnée de la compétition.
- 4.) Une cliente mandate son avocate de solliciter le témoignage de X. concernant une question décisive pour l'issue du procès. L'avocate oublie de donner suite et le procès est perdu. La personne qui aurait dû témoigner décède avant l'ouverture du procès en responsabilité contre l'avocate. Il est désormais impossible de savoir si sa déposition aurait été favorable ou non à la demanderesse.
- 5.) Lors d'une exposition, on attend, à un certain moment, la millionième visiteuse. Elle doit recevoir un cadeau d'une grande valeur. Au moment critique, A (qui n'a pas encore acheté son billet d'entrée) se trouve sur le chemin vers l'exposition, mais est victime d'un accident peu avant l'arrivée à la salle d'exposition.

On aurait tendance probablement à admettre un dommage patrimonial dans les cas n^{os} 1 et 2, on aurait des doutes dans les cas n^{os} 3 et 4 et on refuserait cette qualification dans le cas n^o 5. Ce n'est apparemment pas la même chose que d'être empêchée de gagner son procès à cause de la faute d'une mandataire et d'être la millionième visiteuse d'une exposition. Il y a apparemment une différence entre les deux situations suivantes où une architecte est privée de la chance de gagner un concours: dans la première situation, elle a seulement l'intention de participer à un concours, mais en est empêchée parce qu'elle est victime d'un accident de la circulation; dans la deuxième situation, elle en est empêchée parce que le jury exclut sa maquette déjà confectionnée en violant les règles du concours. Ces différences vaguement perceptibles méritent une analyse plus approfondie.

382 Critère de la concrétisation ou de l'individualisation. – Des chances de succès ou de gain de tout genre se trouvent partout pour ainsi dire "dans l'air". Toutes celles qui se dirigent vers l'exposition au moment critique ont la possibilité d'être la millionième visiteuse. N'importe quelle architecte peut participer à un concours et y gagner un prix. Mais pour que la chance en question fasse partie du patrimoine d'une personne, il faut que cette personne ait saisi la chance "dans l'air", c'est-à-dire qu'elle ait établi une relation concrète avec cette chance. Pour cela, il ne suffit pas que la personne *veuille* seulement tenter la chance. La concrétisation nécessaire intervient seulement au moment où la personne prend des mesures concrètes en vue de la réalisation de la chance en question. C'est seulement à partir du moment où une personne saisit une chance qui est *a priori* à disposition de toute personne et que cette personne a pris des mesures adéqua-

¹⁵¹¹ Les exemples sont repris de MÖLLER-STOY, p. 160.

tes, notamment des dispositions patrimoniales en vue de sa réalisation que la question se pose de savoir si la chance d'obtenir le gain qui en résulte constitue une valeur patrimoniale ou non. Les chances qui ne sont pas concrétisées et/ou individualisées de cette façon doivent être écartées d'emblée de la qualification de valeurs patrimoniales¹⁵¹². Le critère de l'individualisation permet ainsi d'écarter l'exemple n° 5 car la personne "lésée" ne se trouve pas dans une relation suffisamment concrète avec la chance en question. Les quatre autres exemples répondent cependant au critère de la concrétisation de la chance: la participante à la loterie a acheté son billet, les entreprises ont rempli les conditions pour participer à la procédure d'adjudication, l'architecte a confectionné ses maquettes et la justiciable a commencé son procès et a indiqué la personne à faire inter-roger.

383 Chances transmissibles. – Tous les biens auxquels le marché attribue une valeur économique font partie du patrimoine (n° 346 ss). Cette notion comprend aussi de simples perspectives de gain. Ainsi, on obtient la chance de gagner un prix dans une loterie, dans un loto ou lors d'un autre tirage au sort, en principe par le paiement d'un certain prix et cette chance peut être revendue en principe au même prix jusqu'au moment du tirage au sort. Le marché attribue à cette chance une certaine valeur. La perte de chances résultant de tels jeux de hasard représente donc un dommage patrimonial. Cela ne vaut pas seulement pour l'achat d'un billet de loterie ou de contrats semblables, mais en général, pour tous les domaines où le marché fait des chances l'objet de transactions¹⁵¹³. C'est pourquoi l'objet de la vente aléatoire ("*Hoffnungskauf*", *emptio spei*) consiste en la tradition de chances de gain et que l'on attribue à ces chances une valeur patrimoniale (n° 355). Autrement, il ne serait pas possible de demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ce genre de contrat. L'exemple n° 1 constitue donc sans doute un des cas les plus évidents dans lesquels la perte d'une chance devrait donner lieu à réparation.

384 Chances non transmissibles. – Une diminution de la fortune nette se constate cependant aussi pour les éléments du patrimoine (ayant un caractère aléatoire) qui ne sont pas transmissibles¹⁵¹⁴. La valeur des chances et des risques apparaît parfois sous la forme de primes d'assurance¹⁵¹⁵. Ce sont le plus souvent les efforts fournis par la victime en vue de l'obtention, du maintien ou de l'utilisation de certaines chances qui imposent leur reconnaissance en tant qu'éléments patrimoniaux. Il est possible que cette notion se soit trouvée à la base d'anciennes décisions dans différents systèmes juridiques dans lesquelles la perte d'une chance de gagner un concours a été reconnue comme un préjudice susceptible de réparation¹⁵¹⁶. Les sacrifices financiers parfois considérables consentis par les participantes en vue de "mettre toutes les chances de leur côté", justifient la reconnaissance d'une valeur pécuniaire à ce genre de chance. La valeur économique de cette chance est évidente lorsque la chance en question constitue l'objet d'un contrat et est perdue par la mauvaise exécution de la partie cocontractante¹⁵¹⁷. Indépendamment de la valeur du marché éventuelle d'une telle chance, pour la victime, celle-ci a une valeur

¹⁵¹² MERTENS, p. 151; MÜLLER-STOY, p. 162 s.

¹⁵¹³ ROBERTO, p. 160.

¹⁵¹⁴ Réticent par contre, ROBERTO, p. 160.

¹⁵¹⁵ AKKERMANS, p. 174; COOPER, p. 224 s.; LEGUM, p. 590; RGRK-STEFFEN, § 823 n° 441.

¹⁵¹⁶ AKKERMANS, p. 174; en droit français, n° 67 s.; en droit américain, n° 131; en droit anglais, n° 179.

¹⁵¹⁷ AKKERMANS, p. 174.

pécuniaire au moins équivalente à la valeur de la contre-prestation promise ou fournie par elle¹⁵¹⁸. Déjà pour cette raison, il n'est pas possible de la priver d'une réparation:

«If someone is prepared to contract for a chance and a fortiori to give consideration for it, it would be inconsistent for the law to treat it as being of no value, particularly since "value" in this context does not depend exclusively on profitability»¹⁵¹⁹.

385 Activité des entreprises commerciales. – La clientèle, la réputation, la situation sur le marché, etc. d'une entreprise commerciale représentent une valeur économique. Cette valeur joue un rôle très important dans la pratique commerciale et est résumée sous les termes de fonds de commerce ou, en français moderne, de "goodwill". La même chose vaut pour une chance concrète. La chance de gain représente souvent une valeur que le marché sensible et expérimenté peut estimer de façon assez précise. Les réactions de la bourse à des transactions commerciales (fusions et acquisitions d'entreprises, offres publiques d'achat ou d'échange, etc.) ou la pratique des crédits accordés en principe uniquement aux projets qui ont de grandes chances de succès ou de gain illustrent cela. Il en résulte que la chance de l'exemple n° 2, à savoir celle de réaliser un bénéfice en cas d'adjudication du mandat, représente une valeur patrimoniale et sa perte un dommage qui devrait en principe donner lieu à réparation (n° 493 ss). L'approche du tout-ou-rien aboutirait, dans un tel cas d'espèce, à des solutions insatisfaisantes. Les chances perdues dans le cadre d'une activité économique doivent dès lors donner lieu à réparation lorsque leur réalisation aurait "avec certitude" procuré à la personne lésée un bénéfice. Cette solution correspond à la pratique des tribunaux étrangers, notamment français (n° 69 ss) et anglais (n° 181 s.).

386 Activité privée de personnes physiques. – Dans les exemples n°s 3 et 4, les chances n'ont pas été perdues dans le cadre d'une activité économique d'une entreprise commerciale, mais ont plutôt trait à la question de savoir si des chances qui résultent de l'activité privée de personnes physiques représentent également des valeurs patrimoniales. Il est difficile de déceler une attitude du marché qui attribuerait à de telles chances une valeur patrimoniale. Cette difficulté est due au fait que le marché ne s'est pas (encore) saisi de ces chances¹⁵²⁰. La chance de gain est souvent liée à la personne en question de sorte qu'une exploitation économique n'entre pas en ligne de compte pour sa titulaire. Il n'est cependant pas nécessaire pour une valeur patrimoniale de pouvoir faire l'objet de transactions pour qu'elle soit reconnue par l'ordre juridique comme telle (n° 346 ss). On aurait pu songer à tirer des arguments en faveur de la reconnaissance de chances "privées" de la doctrine concernant l'indemnisation du dommage de frustration, mais comme cette figure n'a pas (encore) été reconnue en droit suisse (n° 351), une telle discussion compliquerait l'argumentation inutilement. Il n'en est même pas besoin, car de telles chances reposent sur une situation objective: la victime s'est créé la chance de réussite par des mesures concrètes, par un investissement en argent et en temps. Cette chance de succès effective est mesurable objectivement et indépendamment de l'espoir subjectif que la victime y attache (n° 377). Les chances dans le cadre de l'activité privée de personnes physiques doivent, dès lors, également être considérées comme des chan-

¹⁵¹⁸ Au moins, car la valeur de la chance qui n'a pas pu être réalisée peut être supérieure et la victime peut avoir droit à la réparation de son intérêt positif au contrat.

¹⁵¹⁹ COOTE, p. 768.

¹⁵²⁰ Ceci est cependant de moins en moins vrai pour l'activité de l'avocate qui est souvent appelée à établir un devis pour ses prestations. Les clientes ont de plus en plus tendance à solliciter de tels devis auprès de plusieurs études afin de mandater finalement le cabinet le moins cher.

ces donnant lieu à réparation en cas de perte, à condition qu'elles aient un caractère objectif, qu'elles aient été obtenues par des dispositions patrimoniales concrètes et qu'elles aient en principe comme but une augmentation du patrimoine. Ces critères de délimitation se retrouvent dans les droits étrangers analysés. Ils sont remplis dans les exemples n^{os} 3 et 4: l'architecte et la justiciable ont pris des mesures concrètes (confectionné une maquette et chargé une avocate de la défense des intérêts) qui avaient comme but direct la réalisation d'un gain (l'obtention d'un prix et le gain du procès). Dans les exemples n^{os} 3 et 4, les victimes ont donc également subi des dommages patrimoniaux susceptibles de réparation.

8.3.4.2 Caractéristiques quantitatives en général

387 Nécessité de limites. - La commission d'étude semble vouloir introduire la théorie de la perte d'une chance seulement pour les chances supérieures à 50% (n^o 258). Différentes auteures étrangères ont également discuté la question de savoir si cette théorie devait trouver application seulement pour les chances supérieures à 50% ou aussi pour celles qui n'atteignent pas cette limite. La théorie proposée dans ce travail s'applique indépendamment de la question de savoir de quel côté de ce seuil se trouvent les chances perdues (n^o 389 ss). Un autre problème de nature quantitative est celui de savoir quels pourcentages minimal et maximal une chance perdue doit avoir pour être réparable¹⁵²¹. Les droits étrangers analysés partent tous du principe que les chances indemnisables doivent se situer entre des limites minimale et maximale, mais ils donnent des réponses très diverses à la question de savoir où doivent se situer ces limites. Les décisions ne mentionnent jamais de seuils abstraits. Même pour le pourcentage de chances de l'espèce, les juges françaises et belges ne mentionnent que très rarement un chiffre précis¹⁵²², mais se contentent plutôt d'une estimation du dommage *ex aequo et bono*. Certaines auteures soutiennent aussi qu'aucune limite ne peut être tracée¹⁵²³, ce qui aurait cependant comme conséquence que le champ d'application de la perte d'une chance deviendrait extrêmement large. La responsabilité en fonction du degré de vraisemblance du rapport de causalité deviendrait alors le principe, au lieu de rester l'exception¹⁵²⁴. Comme il reste quasiment toujours des doutes, aussi faibles qu'ils soient, sur l'existence d'un rapport de causalité, il est évident que cette approche créerait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait¹⁵²⁵. Il s'agira donc dans ce chapitre de trouver des critères pour fixer des seuils minimal et maximal pour les chances indemnisables.

¹⁵²¹ Pierre GIOVANNONI, *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guilloid (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 166.

¹⁵²² VANSWEEVELT, n^o 468.

¹⁵²³ MAKDISI, p. 1063 ss. MAKDISI propose de remplacer l'exigence de la causalité naturelle ("*causation in fact*") par la condition de la causalité naturelle probable ("*probable causation in fact*") (p. 1064). Il préfère cependant une approche basée sur le rapport causal plutôt qu'une méthode attribuant la problématique à la notion du dommage comme celle de la "*loss of a chance*" (p. 1092 ss).

¹⁵²⁴ AKKERMANS, p. 244.

¹⁵²⁵ Dans ce sens la conclusion basée sur une analyse économique du droit de Steven SHAVELL, *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, 28 *Journal of Law and Economics* (1985) p. 587 ss: «*the appeal of proportional liability will be limited primarily to situations where [...] the chance of uncertainty over causation is significant. [...] In the context of most torts, however, there will be no real advantage of proportional liability, as the likelihood of uncertainty over causation is undoubtedly low*» (p. 606 s.).

- 388** Approche au cas par cas. - Aucune jurisprudence étrangère n'a fixé des limites s'appliquant de manière générale, mais toutes ont préféré résoudre cette question en fonction de chaque cas d'espèce à trancher. Il semble que les tribunaux ne peuvent pas faire mieux car des pourcentages minimal et maximal valables de façon générale et abstraite ne peuvent pas être fixés raisonnablement:

«[R]ien n'est absolument certain, et tout n'est pas également probable. Le problème pour les juges est justement de déterminer ce qui est suffisamment probable, ce qu'aucune formule, croyons-nous, ne permettra de déterminer à l'avance»¹⁵²⁶.

Même si l'absence de seuils généralement applicables peut paraître critiquable, la fixation de telles limites serait dénuée de fondement objectif¹⁵²⁷ et amènerait à des résultats arbitraires dans des cas particuliers. C'est pourquoi un traitement au cas par cas est préférable¹⁵²⁸. Il s'agira donc plutôt d'élaborer des critères généraux guidant la juge dans la recherche d'une limite concrète dans chaque cas d'espèce. L'examen des jurisprudences étrangères montre d'ailleurs à quel point il est difficile d'apprécier le degré de probabilité d'un événement aléatoire et que les décisions sont, inévitablement, fluctuantes à ce sujet.

8.3.4.3 Chances inférieures à 50% en particulier

- 389** "Vraisemblance convaincante". - Le Rapport explicatif donne le commentaire suivant concernant la vraisemblance exigée pour que la perte d'une chance puisse donner lieu à réparation en droit suisse:

«Dans tous les cas, le critère de la vraisemblance exige que le fait en cause ait pu survenir ou puisse exister avec une *vraisemblance convaincante*. Cela signifie que, comme dans le droit actuel [...], le tribunal ne saurait jamais se contenter d'une simple possibilité, au risque sinon de rendre une décision arbitraire et de mettre en péril la sécurité du droit»¹⁵²⁹ (mise en évidence ajoutée).

Les véritables possibilités d'indemniser les chances perdues en droit suisse dépendront donc du sens exact que la jurisprudence donnera au terme "vraisemblance convaincante". L'adjectif "convaincant" est cependant mal choisi et induira facilement en erreur. Pour qu'une juge puisse être "convaincue" de la vraisemblance de l'existence d'un fait, il faut qu'elle tienne son existence pour plus probable que son inexistence. Cela revient logiquement à dire que la probabilité d'existence du fait en question doit être supérieure à 50%. La commission d'étude était encore plus explicite quant au champ d'application qu'elle compte assigner à la théorie de la perte d'une chance:

«Die Schadenersatzbemessung nach der Höhe der Wahrscheinlichkeit ist schliesslich in jenen Fällen sachgerecht, wo eine überwiegende, aber keine allzu hohe Wahrscheinlichkeit für einen Sachverhalt gegeben ist (z.B. zwischen 55 und 90 Prozent)»¹⁵³⁰.

¹⁵²⁶ Georges DURRY, 70 *RTDC* (1972) p. 600.

¹⁵²⁷ En ce qui concerne le pourcentage minimal, voir STOLKER, p. 126.

¹⁵²⁸ AKKERMANS, p. 246.

¹⁵²⁹ Rapport explicatif, p. 244.

¹⁵³⁰ Rapport, p. 145.

390 Limitation dénuée de pertinence. — L'analyse des droits étrangers impose la conclusion qu'une telle limitation est dénuée de pertinence¹⁵³¹. Bien que la plus grande partie des doctrines française et belge semble adhérer à la règle des 50%, on peut constater qu'une partie de la jurisprudence, consciemment ou non, passe outre cette exigence. Dans plusieurs décisions, les tribunaux français et belges ont attribué des indemnités pour la perte d'une chance qui se trouve sous les 50% lorsqu'on la calcule en pourcentage du préjudice "intégral" ou "absolu"¹⁵³². Ces décisions ont incité VANSWEEVELT à proposer une véritable réforme de la théorie belge de la perte d'une chance en ce sens qu'il suggère d'indemniser la perte d'une chance sans que les chances perdues ne doivent atteindre un quelconque pourcentage minimal¹⁵³³. La règle des 50% conduirait en effet à une approche de tout-ou-rien à l'intérieur de la perte d'une chance, ce qui serait arbitraire¹⁵³⁴. Il est vrai que cette approche ne nous avancerait guère par rapport au système actuel avec son exigence du tout-ou-rien et tous les arguments invoqués contre le système actuel seraient, quoique dans une moindre mesure, pertinents contre une telle limitation (n° 272 ss). La nouvelle possibilité de la juge de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance aurait ainsi un champ d'application extrêmement limité: elle s'appliquerait uniquement aux degrés de probabilité entre 51% (ou même 55%) et une limite supérieure qui reste à discuter (n° 398 s.). Au-dessous de 51%, la juge ne serait pas plus convaincue de l'existence de la chance que de son inexistence; au-dessus de la limite supérieure, l'existence de la chance deviendrait vraisemblable à un point où elle doit être tenue comme juridiquement établie et certaine. La véritable théorie de la perte d'une chance, telle qu'elle est pratiquée dans les systèmes étrangers analysés, permet cependant d'indemniser une chance perdue non seulement si sa réalisation est établie avec une vraisemblance convaincante, mais déjà lorsque son potentiel de réalisation est sérieux. Cela permettrait à la juge d'indemniser aussi la perte d'une chance inférieure à 51%, ce qui élargirait considérablement le champ d'application de cette nouvelle théorie et qui permettrait des solutions plus équitables au-dessous et au-dessus du seuil fatidique des 50%.

391 Contradiction avec le caractère adéquat de la causalité. — C'est encore une fois la fausse théorie de la perte d'une chance, à savoir celle qui considère que ce phénomène doit être résolu sous l'angle de la causalité (n° 331 ss), qui se trouve à la source de cette limitation erronée. Cette fois-ci, la confusion ne provient pas de la causalité naturelle, mais de la question de son caractère adéquat ou non. Le critère du cours normal des choses et de l'expérience générale de la vie pour déterminer le caractère adéquat du rapport de causalité naturelle (n° 268) pose en effet un problème logique insurmontable en rapport avec la question de savoir si la perte d'une chance inférieure à 50% est également indemnizable. Si la perte d'une chance n'était indemnizable que si la juge était convaincue de la vraisemblance de sa réalisation, la chance devrait donc logiquement être supé-

¹⁵³¹ Pour le droit américain, voir n° 145 s.; pour le droit anglais, voir n° 190 s.; pour le droit belge, voir n° 199 s.; pour le droit néerlandais, voir n° 210 s.

VANSWEEVELT, n° 476 ss.

¹⁵³² Outre les affaires belges déjà signalées (Sentence Arbitrale 10 octobre 1927, *R. c. Dr C. et Cie X. d'assurances*, RGAR [1928] p. 292; CA Mons 16 février 1981, *MGFA c. Demoulin et Me Legat qq. c. Demoulin*, 55 RGAR [1982] n° 10479), voir aussi, en droit français, CA Orléans 27 février 1969, *C. c. Veuve P.*, D 1969 jp. 661, JCP 1969 IV 242; CAA Paris 13 juin 1989, *Consorts Lahouel*, Rec. CE p. 909; CA Paris 9 novembre 1989, *Perrin et Waldmann c. Cts B.*, 3 Resp. civ. et assur. (1990) n° 24.

¹⁵³³ VANSWEEVELT, n° 480.

¹⁵³⁴ VANSWEEVELT, n° 476; KING, p. 1376 ss; ANDEL, p. 978.

rieure à 50%¹⁵³⁵. Ainsi, selon ce raisonnement, une patiente n'ayant que 25% de chances de guérison ou de survie ne recevra pas d'indemnité, parce qu'il n'est pas suffisamment certain que la chance se soit réalisée, selon le cours normal des choses et l'expérience générale de la vie. Exiger que la chance se soit vraisemblablement réalisée, signifie cependant que la victime doit démontrer - avec une probabilité prépondérante - le lien de causalité entre la faute et le dommage final, ce qui conduirait en principe à une indemnisation intégrale. C'est pour cela que le critère du cours normal des choses, appliqué de cette manière, se trouve en contradiction intrinsèque avec la théorie de la perte d'une chance. C'est aussi pourquoi la problématique des chances perdues ne peut pas être résolue sous l'angle de la causalité naturelle et adéquate. Car la théorie de la perte d'une chance implique justement que la lésée n'arrive pas à prouver que la faute a causé le dommage final, complet ou absolu (c'est-à-dire l'invalidité permanente ou le décès) selon une certitude judiciaire ou selon le cours normal des choses. Parfois, la doctrine étrangère estime qu'il suffit que la réalisation de la chance soit "probable" ou "particulièrement probable" pour que sa perte ouvre le droit à une indemnité. On peut cependant se poser la question de savoir si ces adjectifs apportent plus de clarté car le terme "probable" décrit également quelque chose qui a plus de chance de se produire que de ne pas se produire¹⁵³⁶.

8.3.4.4 Seuil minimal en particulier

392 Indemnisation de très petites chances. - En droits français (n° 50 ss) et belge (n° 199), une chance doit être suffisamment "sérieuse" et "réelle" ou encore "raisonnable" pour être indemnisée en cas de perte¹⁵³⁷. Aux Etats-Unis, les chances doivent être "*substantial*" ou "*appreciable*" pour entrer en ligne de compte pour une indemnisation (n° 138). En Grande-Bretagne, on indique négativement que les chances ne doivent pas être "*minimal*" ou "*a mere speculative possibility*" (n° 190). Le principe généralement reconnu de la réparation intégrale plaide en faveur de l'indemnisation aussi de petites chances. Ce principe veut en effet que tout préjudice soit réparé, aussi petit soit-il¹⁵³⁸. Certaines auteures en déduisent qu'un seuil minimal ne peut pas être fixé, aussi longtemps que l'*existence* de la chance perdue est suffisamment certaine¹⁵³⁹. La question de savoir si les frais de procédure peuvent être trop élevés pour ce genre d'action et que la maxime de *minimis non curat praetor* interdit ainsi de tenir compte de très petites chances, est controversée à l'étranger¹⁵⁴⁰. D'un point de vue plus économique, l'ampleur de la chance n'est pas la seule grandeur à prendre en compte, car la valeur litigieuse de la chance perdue résulte de la combinaison de l'importance de cette chance et de l'étendue du préjudice final (n° 564 ss). Ainsi, même une petite chance peut représenter une valeur litigieuse élevée, si elle se réfère à un préjudice final substantiel¹⁵⁴¹. Une petite chance d'obtenir un gain important (par exemple une chance de 2% d'obtenir un gain de

¹⁵³⁵ Pour le droit belge, VANSWEEVELT, n° 474.

¹⁵³⁶ CHARTIER (1983), n° 36.

¹⁵³⁷ En Belgique, les mêmes critères sont appliqués, sous les termes "*ernstig*" ou "*reëel*" en flamand.

¹⁵³⁸ VANSWEEVELT, n° 470; *James v. United States*, 483 F.Supp. 581, 587 (N.D. Cal. 1980) (citation sous n° 394).

¹⁵³⁹ VANSWEEVELT, n° 480.

¹⁵⁴⁰ Est pour, en ce qui concerne le droit néerlandais, Michael G. FAURE, (*Geen schijn van kans: Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade* (Antwerpen 1993), p. 41; VANSWEEVELT (n° 470) est contre. Voir aussi, en droit américain, LEVMORE, p. 707.

¹⁵⁴¹ Hans Albrecht FISCHER, *Der Schaden - nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich* (Jena 1903), p. 54.

FRS 100 000.-) et une grande chance d'obtenir un petit gain (par exemple une chance de 98% d'obtenir un gain de FRS 2 040.80) sont dès lors, d'un point de vue purement économique, équivalentes (elles ont les deux une valeur économique d'environ FRS 2 000.-). HONSELL estime cependant qu'une appréciation *juridique* accordant une indemnité uniquement pour une probabilité élevée de réaliser un gain, se justifie¹⁵⁴².

- 393 **Caractère "réel" et "sérieux".** - En droits français et belge, une chance perdue ne peut donner lieu à indemnisation que lorsqu'elle est "réelle" et "sérieuse". Une analyse approfondie de ces deux adjectifs montre cependant qu'ils constituent plutôt une de ces nombreuses formules que les juristes utilisent par habitude sans jamais plus s'interroger sur le véritable sens des termes. En ce qui concerne l'adjectif "réelle", cette exigence n'indique rien d'autre que la chance doit exister. Une patiente lésée (ou ses ayants droit) devra d'abord démontrer qu'elle possédait encore des chances de guérison (ou de survie) avant que la faute médicale ne soit commise. Si tel n'est pas le cas, aucune chance n'a été perdue et aucun dommage n'a été créé. La condition du caractère réel d'une chance ne dit donc rien sur l'importance que celle-ci doit avoir. En ce qui concerne l'adjectif "sérieuse", un double sens peut être attribué à ce terme. Dans le langage courant, "sérieux" signifie que la chance perdue doit être "assez grande" ou "véritable" ou "d'un certain niveau"¹⁵⁴³. En d'autres termes, une indemnisation n'est possible que si la chance perdue atteint un certain pourcentage. Lorsque la chance se trouve en-dessous de ce niveau, aucune indemnisation n'est possible. On peut cependant se demander si une telle conclusion n'est pas contraire aux principes régissant les droits de la responsabilité français et belge. Les deux systèmes connaissent en effet le principe de l'indemnisation intégrale, qui trouve application indépendamment de l'*étendue* du préjudice à condition qu'il y ait une certitude concernant son *existence*¹⁵⁴⁴. VANSWEEVELT estime qu'à la lumière de ce raisonnement, l'adjectif "sérieuse", en son sens général, n'est pas approprié pour constituer une condition supplémentaire pour l'indemnisation de chances perdues¹⁵⁴⁵. Selon une jurisprudence et une doctrine belges quasi unanimes, il faut donner une deuxième signification spécifiquement juridique au terme "sérieuse". Une chance n'est sérieuse que lorsque sa réalisation est suffisamment certaine selon le cours normal des choses¹⁵⁴⁶, ou lorsque la victime pouvait compter raisonnablement sur sa réalisation¹⁵⁴⁷, ou encore lorsque la réalisation de la chance "est établie avec un degré de probabilité suffisant"¹⁵⁴⁸ ou n'est que "probable"¹⁵⁴⁹. Les mêmes périphrases se rencontrent en droit français. CHARTIER estime également que les termes utilisés par la Cour de cassation française ne sont qu'une autre façon d'exprimer que l'événement devenu impos-

¹⁵⁴² HONSELL (2000), § 1 n° 43. D'un avis contraire, ROBERTO, p. 159.

¹⁵⁴³ Sérieux est ce qui est "important", ce "qui compte, par la quantité ou la qualité" ou encore ce qui est "sûr" (Le Nouveau Petit Robert [Paris 1993], p. 2078).

¹⁵⁴⁴ Pour le droit français, voir n° 49. Pour le droit belge, voir RONSE *e.a.*, n° 95; DIRIX, n° 22.

¹⁵⁴⁵ VANSWEEVELT, n° 470.

¹⁵⁴⁶ RONSE *e.a.*, n° 103; SCHUERMANS *e.a.* (1984), p. 542.

¹⁵⁴⁷ Cass. 7 avril 1978, *Corbeels c. Huybens et Compagnie d'assurance "Eagle Star CB 1821"*, Pas. 1978 I 884; DIRIX, n° 122.

¹⁵⁴⁸ ALOÏS VAN OEVELEN, note sous CA Gand 26 février 1981, *M.-S. et C.-L. c. C. et H.*, De professionele aansprakelijkheid van de advocaat en de gerechtsdeurwaarder bij de betekening van een dagvaarding, 46 RW (1982-83) p. 450.

¹⁵⁴⁹ Luc SCHUERMANS, *Onrechtmatige daad. (Schade en schadeloosstelling). Overzicht van rechtspraak (1961-68)*, 6 TPR (1969) p. 79 ss.

sible était probable¹⁵⁵⁰. GARDNER rappelle aussi que la notion de la "certitude juridique suffisante" est pour le moins floue. La seule chose qui serait sûre c'est que celle-ci doit être inférieure à la certitude absolue qui n'existerait de toute façon quasiment jamais. Dans son commentaire du nouveau Code civil du Québec, cet auteur écrit pertinemment à ce sujet:

«A ce critère de certitude, nous aurions préféré un critère de *probabilité*, car c'est bien de cela qu'il s'agit»¹⁵⁵¹.

On pourrait soutenir que "certitude juridique suffisante" veut dire "certitude convaincante". Ce sont les termes utilisés par l'AP LRCiv. Mais cette notion entraîne une limitation du champ d'application de la théorie de la perte d'une chance qui ne se justifie pas et se trouve en dernière conséquence en contradiction avec une indemnisation proportionnée d'après le degré de la vraisemblance au sens pur (n° 390).

- 394 Caractère "*substantial*" ou "*appreciable*". - Des auteures américaines ont également exprimé des craintes concernant l'indemnisation de la perte de chances "*de minimis*"¹⁵⁵². La jurisprudence américaine exige que les chances soient "*substantial*" ou "*appreciable*" pour être susceptibles d'indemnisation¹⁵⁵³. Tout en considérant que la question de savoir si une chance est assez grande pour être considérée comme "*substantial*" se décide "*on a case by case basis*", la Cour suprême du Nevada a estimé qu'il existait dans tous les cas des limites et que la réponse à cette question devenait douteuse autour de 10%¹⁵⁵⁴. Dans *Delaney v. Cade*¹⁵⁵⁵, le *Kansas District Court* a jugé qu'une chance de guérison de 5% était trop petite pour être considérée comme étant "*appreciable*"¹⁵⁵⁶. Dans *Waffen v. United States*¹⁵⁵⁷, une indemnisation a été refusée pour la perte d'une chance de guérison qui n'a pas été quantifiée de manière plus précise, mais qui a été jugée être "*de minimis*". Une attitude plus large était à la base de la décision dans *James v. United States*¹⁵⁵⁸:

«No matter how small that chance may have been - and its magnitude cannot be ascertained - no one can say that the chance of prolonging one's life or decreasing suffering is valueless»¹⁵⁵⁹.

- 395 Incertitude sur l'existence de la chance: un problème théorique. - L'analyse des droits étrangers et le principe qui veut qu'un préjudice doit être réparé, aussi petit soit-il, imposent donc la conclusion qu'une grandeur minimale ne peut pas être exigée pour une chance perdue, aussi longtemps que l'existence de cette chance est suffisamment certaine¹⁵⁶⁰. L'arbitre unique appliquant le droit suisse dans sa sentence de 1998 arrive à la même conclusion:

¹⁵⁵⁰ CHARTIER (1983), n° 36; notes sous Cass. (civ. 2^e) 9 novembre 1983, *Association La Ronde Folklorique et autre c. Poisse*, et Cass. (crim.) 3 novembre 1983, *Cassagnau*, JCP 1985 II 20360.

¹⁵⁵¹ Daniel GARDNER, *L'évaluation du préjudice corporel* (Cowansville 1994), p. 8.

¹⁵⁵² GOLD, p. 401 note 124.

¹⁵⁵³ KEITH, p. 792 ss.

¹⁵⁵⁴ *Perez v. Las Vegas Medical Center*, 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991).

¹⁵⁵⁵ 756 F.Supp. 1476 (D.Kan. 1991), confirmé par 758 F.Supp. 1437 (D.Kan. 1991).

¹⁵⁵⁶ *Delaney v. Cade*, 756 F.Supp. 1476, 1484 (D.Kan. 1991).

¹⁵⁵⁷ 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986).

¹⁵⁵⁸ 483 F.Supp. 581 (N.D. Cal. 1980).

¹⁵⁵⁹ *James v. United States*, 483 F.Supp. 581, 587 (N.D. Cal. 1980).

¹⁵⁶⁰ VANSWEEVELT, n° 480.

*In other words, a very likelihood is not required. If the likelihood is less great, the degree of uncertainty of the materialisation of the opportunity is reflected in the amount of damages awarded for the loss of the opportunity*¹⁵⁶¹.

Ce raisonnement est cependant problématique sur le plan théorique car la notion de "chance" englobe de toute façon une incertitude. Toute incertitude supplémentaire est ainsi automatiquement incluse dans cette notion. La chance d'une chance représente à nouveau une chance, seulement une chance plus petite¹⁵⁶². Et la dernière chance est en principe de nouveau "certaine" dans son existence. L'exemple fictif suivant illustre cela¹⁵⁶³ : une personne demande des dommages-intérêts pour la perte d'une chance de gagner une somme d'argent dans un jeu de dés. Pour gagner, elle aurait dû faire un six en une seule fois. A première vue, elle a ainsi perdu une chance de 16,66% ($1/6 \times 100\%$). Mais qu'est-ce qu'il en est s'il s'avère qu'il n'est pas du tout certain que la victime aurait participé à ce jeu de dés en l'absence de la faute de la défenderesse? Il semble alors qu'il n'est pas certain que la chance de gagner a réellement existé. Cela ne signifie pas encore que la demande en réparation doit simplement être rejetée. Même s'il n'est pas certain, il est malgré tout possible que la victime aurait participé à ce jeu de dés. Imaginons que la chance qu'elle y ait participé est de 70%. La victime peut alors argumenter avec raison qu'elle a perdu une chance d'avoir une chance de faire un six. Cette "chance de la chance" représente à son tour une chance, à savoir une chance de 11,66% ($70\% \times 16,66\%$). Cette dernière, à savoir la chance de participer à ce jeu de dés et d'y faire un six, est certaine dans son existence. Comme il est possible d'attribuer une valeur pécuniaire à la première chance (celle de lancer un six), la dernière a logiquement également une valeur pécuniaire. Cette incertitude supplémentaire pouvant être incluse dans la notion de chance, on arrive tôt ou tard toujours à une chance dont l'existence est "certaine", même si celle-ci est devenue très petite. En théorie, la question de savoir si une chance perdue est suffisamment certaine dans son existence ne peut donc pas être séparée de la question de l'ampleur minimale que cette chance doit avoir pour être réparable. En pratique, il est clair que la juge admettra plus difficilement la réparation d'une chance au deuxième degré à cause de son manque de concrétisation et d'individualisation (n° 382).

396 Incertitude sur l'existence de la chance: une solution en pratique. - Sur le plan pratique par contre, la distinction entre les chances dont l'existence est certaine et celles dont l'existence est incertaine, est utile et nécessaire. Cela ressort du contenu que la jurisprudence française a donné à l'exigence du caractère "réel" ou "sérieux" de la chance perdue. Cette jurisprudence se recoupe d'ailleurs non seulement avec la question de savoir si l'existence de la chance perdue était suffisamment certaine, ou s'il s'agissait tout simplement de la chance d'une chance¹⁵⁶⁴. Elle rejoint finalement aussi les critères d'individualisation et de concrétisation en tant que caractéristiques qualitatives pour la délimitation du champ d'application de la théorie de la perte d'une chance (n° 382). Les exemples suivants illustrent cela: des négociations contractuelles sérieuses comportent en principe une chance d'aboutir à la conclusion d'un accord, et des études menées sérieusement ouvrent en principe une perspective d'obtenir un diplôme. Si les résultats finaux ont une certaine valeur pécuniaire, ces chances en ont également une, même si elles sont relativement petites. Si celles-ci sont perdues par la faute d'une tierce personne,

¹⁵⁶¹ CCI N° 8795/BGD, p. 64 (n° 248).

¹⁵⁶² AKKERMANS, p. 248.

¹⁵⁶³ Il est repris d'AKKERMANS, p. 248.

¹⁵⁶⁴ AKKERMANS, p. 249.

une réparation est alors envisageable. La situation est différente lorsque la victime n'a pas encore entamé les pourparlers, ou n'a pas encore commencé ses études. Elle avait alors seulement l'intention de le faire. Mais peut-être n'aurait-elle jamais commencé, et nous ne le saurons jamais avec certitude car le cours des choses a été définitivement interrompu par la faute de la tierce personne. Il est alors possible de dire que la victime n'a perdu qu'une chance d'une chance. Une chance d'une chance représentant également une chance, seulement une plus petite, il n'est donc pas d'emblée exclu de reconnaître une indemnité pour sa perte¹⁵⁶⁵. Mais une telle "incertitude au carré" constitue une base solide pour rejeter une demande en réparation. Il est alors sans importance comment la juge motive sa conclusion, à savoir que la chance "n'est pas réelle", "pas assez sérieuse", "trop petite" ou encore "insuffisamment certaine dans son existence", car tous ces qualificatifs reviennent finalement au même sur le plan théorique.

- 397 Degré de certitude concernant l'importance de la chance.** — Il existe une autre situation qui justifie une exception à la règle que n'importe quelle chance, aussi petite qu'elle soit, doit être indemnisée en cas de perte, pour autant que son existence soit suffisamment certaine: lorsqu'une grande incertitude existe concernant son importance exacte. En principe, une incertitude concernant l'ampleur d'une chance perdue ne peut pas empêcher sa réparation (art. 42 II CO), mais elle peut devenir problématique lorsque les doutes sont importants et qu'ils concernent une petite chance. Plus cette chance est petite, plus l'incertitude sur sa grandeur précise a du poids, car la possibilité que cette grandeur soit en réalité pratiquement nulle est plus grande. A l'inverse, plus l'importance d'une chance peut être déterminée de manière précise, plus elle peut être petite et sera malgré cela réparée. Ce rapport peut être illustré par une chance statistique pour laquelle ce problème de déduction se montre dans l'écart-type de l'intervalle de confiance (n° 16). Pour une chance statistique moyenne de 5%, il s'agira donc de savoir de quoi elle représente la moyenne (la moyenne entre 4% et 6%, entre 0% et 10%, ou entre un grand nombre de chances nulles et un petit nombre de chances élevées?). Dans la mesure où l'importance d'une chance individuelle ne peut être déduite qu'indirectement de la chance moyenne statistique (n° 310 ss), on pourrait être tenté d'ignorer une chance statistique moyenne qui est très petite. Le même raisonnement s'applique *mutatis mutandis* à l'autre extrême de l'échelle où la juge peut se poser la question de savoir si une chance n'est pas suffisamment grande pour reconnaître un lien de causalité "ordinaire" avec le préjudice final (n° 398 ss). Le degré de certitude sur l'importance exacte de la chance perdue peut ainsi être un point crucial dans la détermination d'une limite inférieure et supérieure dans un cas concret. Poussé à l'extrême, il pourrait être décisif, même pour une chance de 1% ou de 99%, de savoir si l'importance de la chance peut être déterminée avec certitude. Si tel était le cas, même une perte d'une chance de 1% pourrait théoriquement être indemnisée et même la privation d'une chance de 99% ne donnerait lieu qu'à une indemnité "partielle"¹⁵⁶⁶. Dans la pratique, cette précision fera cependant quasiment toujours défaut et une solution de tout-ou-rien s'imposera ainsi dans ces cas extrêmes.

¹⁵⁶⁵ Notamment s'il s'agit de chances relativement grandes: une chance de 75% sur une chance de 75% laisse ainsi toujours une chance de 56,25%. Il s'y ajoute qu'il n'est de loin pas toujours évident de savoir quand on est en présence d'une incertitude "supplémentaire", c'est-à-dire d'une "chance d'une chance". Le seul fait qu'une chance est composée de plusieurs facteurs d'incertitude ne peut cependant justifier un refus de toute indemnisation, notamment lorsque la chance de la chance reste importante.

¹⁵⁶⁶ Pour le caractère inadapté de cet adjectif, voir n° 562.

8.3.4.5 Seuil maximal en particulier

398 Indemnisation de très grandes chances. - A l'autre extrême de l'échelle, il s'agit de la question de savoir à partir de quel point la chance que la défenderesse n'a pas causé le préjudice, est assez importante pour que l'on en tienne compte¹⁵⁶⁷. Le droit actuel n'exige pas une certitude absolue pour considérer le lien de causalité comme établi. Un degré raisonnable de vraisemblance suffit, même s'il est difficile de savoir, de manière générale, ce que cela veut dire exactement (n° 269). Le degré de vraisemblance exigé n'a jamais été quantifié de manière abstraite¹⁵⁶⁸, de sorte qu'il est fixé au cas par cas¹⁵⁶⁹. N'importe quelle possibilité théorique qu'un dommage aurait aussi pu se produire sans la faute de la défenderesse, ne peut pas être juridiquement pertinente. Sinon, l'objectif principal du droit de la responsabilité civile, celui de la compensation, ne pourrait jamais être atteint¹⁵⁷⁰. La tâche de la juge serait inutilement compliquée si elle devait déterminer une probabilité de causalité précise, même dans les cas où le lien causal est quasiment certain¹⁵⁷¹. Cela pourrait en plus inciter la responsable à lutter pour des pourcentages de probabilité afin de diminuer les dommages-intérêts qu'elle devra payer à la victime¹⁵⁷². Tout en admettant que la fixation d'une limite supérieure abstraite provoquerait des décisions arbitraires, VANSWEEVELT explique:

«Cependant on pourrait encore faire état, à mon avis, d'un cours normal des choses lorsqu'un acte médical (omis *in casu*) aurait conduit à la guérison ou à la survie dans 80% des cas [...]. Lorsqu'un traitement conduit au résultat salutaire souhaité dans quatre cas sur cinq, on peut effectivement défendre, à mon avis, que l'omission de cet acte donnera normalement lieu, selon le cours normal des choses, au dommage. Vu que le lien de causalité entre la faute et le dommage est probable dans une mesure tellement élevée qu'il en devient donc certain, le préjudicié a droit à une indemnité "absolue" [...]. Les pourcentages se trouvant aux environs de 70, 60, 50% ou encore moins ne sont déjà plus conformes au cours normal des choses. Par conséquent, une indemnisation intégrale ou "absolue" est exclue»¹⁵⁷³.

399 Jurisprudence. - C'est la jurisprudence anglaise qui livre probablement l'exemple le plus extrême dans ce domaine. Dans *Bagley v. North Herts Health Authority*¹⁵⁷⁴, une indemnité correspondant à 95% du dommage final a été reconnue. Le juge estimait en effet que même sans la faute de la responsable, il existait un risque de 5% que l'enfant ne serait pas né vivant. La *House of Lords*¹⁵⁷⁵ et une partie de la doctrine anglaise¹⁵⁷⁶ et étrangère¹⁵⁷⁷ ont ultérieurement critiqué cette décision. AKKERMANS estime par contre

¹⁵⁶⁷ AKKERMANS, p. 247.

¹⁵⁶⁸ Au niveau international, il existe des divergences sérieuses à ce sujet, au moins dans la doctrine (Anthony M. HONORÉ, *Causation and Remoteness of Damage*, in: A. Tunc [éd.], *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, ch. 7, n° 203; pour le droit allemand, voir MAASSEN, p. 165 ss).

¹⁵⁶⁹ AKKERMANS, p. 247.

¹⁵⁷⁰ HANAU, p. 132: «Überdies wird die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes gefährlich beeinträchtigt, wenn man nur in den seltenen Fällen eindeutiger Kausalität vollen Schadenersatz verlangen kann».

¹⁵⁷¹ AKKERMANS, p. 245.

¹⁵⁷² AKKERMANS, p. 246; LEVMORE, p. 723; QUENDOZ, p. 45.

¹⁵⁷³ VANSWEEVELT, n° 473.

¹⁵⁷⁴ 136 NLJ (1986) p. 1014 (QBD) (n° 191).

¹⁵⁷⁵ [1987] 2 All E.R. 909, 922c/d (HL).

¹⁵⁷⁶ LEWIS, p. 150 s.

¹⁵⁷⁷ VANSWEEVELT, n° 472.

qu'il serait intéressant de savoir d'où provient le chiffre de 5% de chance¹⁵⁷⁸. Est-ce qu'il s'agit d'un chiffre statistique très général ou une grandeur qui est adaptée au cas concret et particulier de la lésée? Il est d'avis que s'il s'agit d'une chance *individuelle et concrète* de 5%, la solution de la *High Court* mérite d'être approuvée. Il doute cependant que l'on puisse attendre des statistiques en matière médicale une telle précision. KING estime aussi qu'une indemnisation proportionnelle se justifie même pour une probabilité de 95%, car autrement l'on serait en présence d'une surcompensation.¹⁵⁷⁹

8.3.4.6 Preuve de la chance

400 Le fardeau incombe à la demanderesse. – C'est à la victime qu'incombe la charge de prouver l'existence et l'importance de la chance dont elle allègue avoir été privée. En matière médicale, la preuve de la chance qu'avait la malade de guérir ou de survivre incombe donc à la patiente ou à ses ayants droit. Autrement dit, le doute sur l'existence d'une possibilité d'intervention salutaire bénéficie à la doctoresse¹⁵⁸⁰. Le fait pour les ayants droit de la patiente décédée de devoir prouver que cette dernière disposait de chances de survie pose la question de savoir s'il ne leur incombe finalement pas d'établir la cause réelle du décès. Comment en effet apprécier si le processus mortel pouvait être évité ou conjuré par des soins appropriés, alors que l'on en ignore les causes? Cette question est très proche de celle qui consiste à se demander si cette démarche n'aboutit pas à imposer à la doctoresse une obligation de résultat (n° 319 s.). On peut objecter à ces craintes que la jurisprudence qui répare la perte d'une chance fait toujours sa place à l'élément aléatoire et que la valeur de la chance perdue se mesure dans tous les cas par un partage entre les bonnes et les mauvaises chances. Mais il est vrai que ce partage suppose nécessairement qu'une comparaison sérieuse puisse s'effectuer entre les unes et les autres. Dans le cas de la course hippique, on compare les performances accomplies par les chevaux qui ont couru et celles récemment accomplies par le cheval qui n'a pu prendre le départ par la faute de la société de transport. Dans le cas du procès, on compare la valeur respective du jugement rendu et celle de l'appel dont la partie perdante a été privée par la négligence de son avocate. De même en matière médicale, le partage entre les bonnes et les mauvaises chances ne peut s'effectuer que si l'on connaît, d'une part, le mal auquel la patiente a succombé, d'autre part, les possibilités d'intervention dont la doctoresse disposait pour le conjurer dans les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles elle était placée. Car comment apprécier si des soins pouvaient être efficacement dispensés et quelle pouvait en être l'efficacité probable, alors que l'on ignore la cause du décès? Là encore se manifeste l'importance de l'expertise qui seule pourra élucider ces questions fondamentales à une application irréprochable, du point de vue de la logique juridique, de la théorie de la perte d'une chance¹⁵⁸¹.

8.3.5 Perte de la chance

401 Perte entière et définitive. – L'interdiction de réparer un préjudice purement hypothétique conduit la juge à vérifier que la chance d'obtenir l'avantage escompté soit définitive.

¹⁵⁷⁸ AKKERMANS, p. 252.

¹⁵⁷⁹ KING, p. 1387.

¹⁵⁸⁰ Cass. (civ. 1^{re}) 25 mai 1971, *Epoux Bouche c. Dr R. et autres* [3^e espèce], JCP 1971 II 16859, 70 RTDC (1972) p. 408.

¹⁵⁸¹ Voir, à ce sujet, Hanspeter KUHN, *Bureau d'expertises de la FMH, Rapport annuel 2000*, Bulletin des médecins suisses p. 1595 ss.

vement et irrémédiablement perdue pour la victime. Si le dommage final est incertain (puisque'il se serait peut-être réalisé même si la chance n'avait pas été perdue), ce qui compte, c'est que le dommage initial, la perte d'une chance, soit bien établi. C'est dire que la chance n'a pu ou ne peut plus être courue, que la réalisation du dommage ne dépend plus d'événements futurs ou incertains. Par sa faute, la responsable a arrêté le développement d'une série d'événements qui auraient pu être source de gains¹⁵⁸². La course ou le concours auquel la victime n'a pas participé ne sera pas recommencé, le procès ne pourra plus être plaidé, l'infirmité permanente ou la mort de la malade seront des faits acquis. Même si le concours d'admission aux fonctions d'hôtesse de l'air doit avoir lieu dans l'avenir, il sera d'ores et déjà certain que l'infirmité permanente dont souffre la candidate la prive irrémédiablement de toute chance d'être choisie¹⁵⁸³. Pour qu'il y ait droit à réparation, il faut donc que la chance perdue n'ait pas pu ou ne puisse plus jamais être courue jusqu'au bout¹⁵⁸⁴. Cette exigence est incontournable pour l'indemnisation de la perte de chances. En effet, si l'existence du préjudice final dépendait encore de l'avenir, ce préjudice serait purement éventuel et hypothétique et ne pourrait faire valablement l'objet d'une indemnisation, que l'événement risquerait de rendre indue ultérieurement¹⁵⁸⁵. Ainsi, la victime aura finalement la charge de prouver tant l'existence originaire de la chance (n° 400) que sa disparition irrémédiable¹⁵⁸⁶.

- 402 **Perte partielle.** - KING fait la distinction entre une perte définitive et une perte partielle d'une chance d'atteindre un résultat favorable ou d'éviter un résultat défavorable¹⁵⁸⁷. Une perte partielle, actuelle ou future, provient souvent de l'aggravation ou de l'accélération des conséquences défavorables de la condition préexistante (n° 378). Selon KING, une patiente pourrait donc, même si elle ne peut pas obtenir une réparation pour le fait qu'elle n'a pas guéri de son cancer, obtenir des dommages-intérêts pour l'aggravation de ses conséquences néfastes, le rapprochement du moment de la mort. Les tribunaux américains n'ont que rarement suivi cette proposition:

«Although a plaintiff can recover for harm stemming from the aggravation of an existing illness, the plaintiff may not recover damages for the loss of a less than even chance of obtaining a more favorable medical result. The traditional test for cause in fact prevents recovery because the patient's condition would more likely than not be the same even if the defendant had not been negligent»¹⁵⁸⁸.

Une patiente souffrant d'un cancer peut ainsi en quelque sorte remplacer une chance de bénéficier d'un traitement favorable dû à un retard de six mois dans le traitement¹⁵⁸⁹. Les chances de la patiente doivent cependant dans les deux cas être irrémédiablement

¹⁵⁸² MAZEAUD/TUNC, p. 273.

¹⁵⁸³ Cass. (civ. 2^e) 17 février 1961, *Mlle Burelle c. Pierre* (n° 86).

¹⁵⁸⁴ Cass. (civ. 2^e) 21 février 1979, *Hettak c. Société Dama et autres*, GP 1979 somm. 342: «Les juges du fond ont pu d'autre part estimer que le demandeur ne rapportait pas la preuve d'un préjudice professionnel de carrière, invoqué comme la perte de chance, dès lors qu'il ressortait des documents qu'il avait lui-même produits, qu'il avait remporté la victoire dans deux combats de boxe sur les trois qu'il avait effectués à des dates postérieures à la consolidation de ses blessures consécutives à l'accident»; Cass. (crim.) 16 février 1981, *Bernard Bailly c. Bernard Maréchal*, Bull. crim. n° 58, JCP 1981 IV 159.

¹⁵⁸⁵ BORE, n° 29.

¹⁵⁸⁶ CHARTIER (1983), n° 38.

¹⁵⁸⁷ KING, p. 1364 s., 1373 ss.

¹⁵⁸⁸ *Kilpatrick v. Bryant*, 868 S.W.2d 594, 602 s. (Tenn. 1993).

¹⁵⁸⁹ *Herskovitz v. Health Group Cooperative*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983) (n° 145).

perdus¹⁵⁹⁰. Ainsi, si un tel dommage peut être réduit, la théorie de la perte d'une chance ne trouve pas application. Si, par exemple, une cure miracle contre le cancer était à disposition, la patiente pourrait se voir opposer que la chance de guérison n'était pas irrémédiablement perdue¹⁵⁹¹. JANSEN estime également qu'une simple diminution des chances n'équivaut pas à une véritable perte de chances, mais à une augmentation du risque. Pour lui, "perte" d'une chance signifie qu'aucune chance substantielle subsiste¹⁵⁹².

- 403 Droit d'action sans valeur litigieuse.** – Une partie de la doctrine américaine est troublée par le fait que si l'on part de l'idée que la perte d'une chance est effectivement un dommage distinct du préjudice final (mort ou invalidité permanente), la reconnaissance de pertes partielles de chances aurait comme conséquence que les tribunaux devraient compenser une lésée qui échappe finalement à la maladie et survit, malgré la négligence de la responsable¹⁵⁹³. Ces auteurs estiment que, dans cette situation, la victime n'a pas véritablement subi un dommage attribuable à la perte d'une chance. Les commentatrices qui avancent ce raisonnement ont cependant mal compris la notion d'une chance perdue¹⁵⁹⁴. Dans ces cas, la doctoresse reste en effet responsable de la diminution des chances de survie de la patiente, mais aucune réparation n'est allouée si cette dernière récupère complètement¹⁵⁹⁵. Une patiente qui survit malgré la négligence de la doctoresse dispose d'un droit d'action qui ne porte, monétairement, aucun fruit. Comme dans une telle situation, la mort ou l'invalidité permanente ne peuvent logiquement pas entrer en ligne de compte comme dommages réparables, l'application de la théorie de la perte d'une chance montre néanmoins qu'un dommage est survenu. L'absence de mort ou de handicap permanent n'absout pas la doctoresse de sa responsabilité, mais cet élément est pris en compte dans le calcul des dommages-intérêts qui seront égaux à zéro (n° 564 ss)¹⁵⁹⁶. KOZIOL relève cependant que ce raisonnement se trouve en contradiction avec l'affirmation que le droit à la réparation des chances perdues naît au moment de leur perte¹⁵⁹⁷. Cet argument n'est cependant pas décisif car ce raisonnement constitue seulement la conséquence logique de la tension qui existe entre la théorie de la différence et la théorie de la perte d'une chance (n° 359).

8.3.6 Lien de causalité entre le fait imputable à l'auteure et la perte de la chance

- 404 Distinction entre deux liens de causalité.** – L'absence de lien de causalité certain entre la faute de la responsable et la perte de l'enjeu total constitue une des conditions d'application de la perte de chances (n° 371). Il existe par contre un autre rapport de

¹⁵⁹⁰ DEFREYN, p. 810.

¹⁵⁹¹ *Dagert v. Pappas*, 704 P.2d. 600, 604 (Wash. 1985) (n° 151).

¹⁵⁹² JANSEN, p. 282. Voir aussi KOZIOL (2001), p. 897.

¹⁵⁹³ ROUBIK, p. 985. Pour la même crainte en droit allemand, voir FLEISCHER, p. 773; STOLL (1995), p. 475 s.

¹⁵⁹⁴ WILLGING, p. 552. La situation de la perte partielle d'une chance s'apparentant beaucoup à celle de la création d'un risque, cette question sera également abordée dans le chapitre consacré à la création fautive d'un risque durable (n° 449 ss).

¹⁵⁹⁵ ROUBIK, p. 985.

¹⁵⁹⁶ Du même avis en droit allemand, KASCHE, p. 228 ss.

¹⁵⁹⁷ KOZIOL (2001), note 68.

causalité qui, celui-là, doit être établi avec certitude¹⁵⁹⁸, à savoir celui qui doit exister entre le fait imputable à l'auteur et la perte de chances¹⁵⁹⁹. La charge de la preuve que la doctoresse a causé le dommage allégué concrètement, à savoir la perte d'une chance, par sa faute spécifique repose sur la patiente¹⁶⁰⁰. La patiente n'est peut-être pas décédée à la suite de l'intervention de la doctoresse parce que la vie était déjà obérée par des causes naturelles préexistantes (la maladie). Les chances de guérison ou de survie par contre étaient entières avant l'intervention de la responsable et c'est la faute de cette dernière qui les a fait perdre à la patiente. Il faut cependant que l'on soit sûr que la faute a bien causé la disparition de ces chances. Le lien de causalité entre la faute et la perte de chances doit être établi de façon certaine et ne dépend nullement de la chance perdue. La preuve du lien de causalité entre la faute de la doctoresse et la perte de chances de guérison ou de survie constitue donc une condition nécessaire mais suffisante (par rapport à la preuve du lien de causalité avec le préjudice final) pour que la doctoresse doive indemniser la perte de la chance alléguée. C'est là un des avantages clefs de la théorie de la perte d'une chance telle qu'elle est proposée dans ce travail. Elle n'a en effet pas besoin de moult distorsions pour permettre une indemnisation en cas de causalité incertaine (n° 290), mais la théorie suisse traditionnelle du lien de causalité peut trouver application telle quelle. Ce sont donc les règles familières du tout-ou-rien en matière d'évaluation du lien de causalité naturelle qui guideront la juge dans sa décision si oui ou non la perte de la chance subie par la lésée est due à la faute de la responsable¹⁶⁰¹.

8.3.7 Absence de contrat aléatoire

405 Problème. — La qualification d'une chance comme valeur patrimoniale ne se conçoit que s'il est sûr qu'en cas de réalisation de la chance, un gain aurait été atteint¹⁶⁰². Si la réalisation de la chance comporte en même temps un risque de perte, la valeur de la chance est hypothéquée à un point tel que l'indemnisation de sa perte ne se justifie plus. L'incertitude est alors double et porte non seulement sur la question de savoir si la chance se serait réalisée, mais aussi si la chance réalisée aurait effectivement conduit à une situation plus favorable. Accorder des dommages-intérêts dans un tel cas pour la perte d'une chance reviendrait à améliorer la situation de la personne lésée par rapport à celle où elle se serait trouvée si elle n'avait pas été privée de sa chance, car on la déchargerait du risque de perte. Cela permet d'exclure un certain nombre de chances et de risques comme par exemple une grande partie des spéculations en bourse¹⁶⁰³. Il se pose alors par exemple la question de savoir si une compagnie d'assurance peut actionner la

¹⁵⁹⁸ J. PENNEAU, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 24 mars 1981, *Veuve Allaoui c. Dr Nemegyei*, D 1981 jp. 547.

¹⁵⁹⁹ GUILLOD (1989), p. 79; HARICHAUX-RAMU, n° 63; A. DORSNER-DOLIVET, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1991, *X. c. Epoux Y. et al.*, JCP 1992 II 21947, n° 4.

¹⁶⁰⁰ VANSWEEVELT, n° 483; F. CHABAS, note sous Cass. (crim.) 9 janvier 1979, *Dr G.*, JCP 1980 II 19272; CHARTIER (1983), n° 38; DORSNER-DOLIVET, n° 505; KING, p. 1394; *Smith v. State Dept. of Health & Hosp.*, 676 So.2d 543, 546 (La. 1996).

¹⁶⁰¹ CARNEY (p. 355), selon qui l'examen du lien de causalité naturelle se fait conformément aux exigences de la *conditio sine qua non* ("but-for-condition"). Voir aussi KING (p. 1394) qui se demande même si l'approche du tout-ou-rien devrait aussi être abandonnée pour la question de la causalité (p. 1395 s.).

¹⁶⁰² Le droit américain prévoit depuis longtemps la même limitation: *Mange v. Unicorn Press*, 129 F.Supp. 727 (S.D.N.Y. 1955) (n° 131).

¹⁶⁰³ Voir cependant pour des cas d'application en droit français, n° 72, 406.

tierce personne responsable d'un sinistre pour l'avoir privée de la chance de s'enrichir par le contrat d'assurance conclu.

- 406 Droit français.** – En droit français, cette sorte de chances et de risques fait généralement l'objet d'un type de contrat qualifié d'"aléatoire". Le droit français considère qu'un contrat est aléatoire "lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain" (art. 1104 II CCF). L'article 1964 CCF donne une définition en visant la "convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain". La doctrine précise en outre qu'un contrat n'est aléatoire que si chaque partie court le même risque (en sens inverse, bien entendu)¹⁶⁰⁴. L'article 1964 CCF énumère ensuite le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari (art. 1965 à 1967 CCF) ainsi que le contrat de rente viagère (art. 1968 à 1983 CCF). La question de savoir si la personne qui a conclu un contrat aléatoire peut ou non demander réparation à une tierce personne par la faute de laquelle elle a perdu les chances de gain qu'elle escomptait tirer de l'exécution de ce contrat a fait antrefois l'objet de vives controverses¹⁶⁰⁵. La jurisprudence française a résolu la question d'une façon nuancée pour le contrat d'assurance et le contrat de pari. Elle a admis une telle possibilité de recours de l'assureuse pour l'assurance de choses¹⁶⁰⁶, mais l'a exclue pour l'assurance de personnes (pour l'assurance sur la vie¹⁶⁰⁷ et en matière de responsabilité civile¹⁶⁰⁸). En ce qui concerne le contrat de pari, ce sont, encore une fois, les courses de chevaux qui livrent une illustration de la problématique en relation avec la perte de chances. Une partie de la doctrine soutient en effet, en s'appuyant sur la jurisprudence relative à l'assurance de personnes, que lorsqu'une jockey a commis une infraction au code des courses ayant motivé une sanction disciplinaire, une parieuse n'était pas fondée, faute de préjudice, à lui demander réparation pour les chances de gain qu'elle avait perdues parce que les fautes que peuvent commettre les jockeys entrent dans l'aléa de la course¹⁶⁰⁹. Une autre partie de la doctrine estime qu'en matière d'assurance, la faute ayant engendré le sinistre constitue la réalisation normale du risque que l'assureuse s'était engagée à couvrir en contrepartie des primes reçues. Au contraire, lorsqu'une parieuse joue, le respect de la "règle du jeu" serait une des données du problème sur lesquelles le public serait en droit de compter, et une infraction au code des courses ne pourrait être un des risques acceptés du contrat aléatoire¹⁶¹⁰. La Cour de

¹⁶⁰⁴ Boris STARK/Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Droit civil - Les obligations - II: Contrat*, 6^e éd. (Paris 1998), n° 115.

¹⁶⁰⁵ Pour un aperçu des opinions exprimées, voir BORE, n° 31.

¹⁶⁰⁶ Cass. (com.) 13 mai 1952, *Cie d'Assurances La Protectrice c. Transports maritimes de l'Etat*, JCP 1952 II 7192; Cass. (civ.) 4 mars 1902, *Lacarrière et compagnie c. Lefebvre et Flévet*, DP 1903 I 183; Cass. (civ.) 12 août 1872, *Compagnie l'Industrie française c. Ryde et compagnie*, D 1872 I 293; Cass. (civ.) 22 décembre 1852, *Compagnie d'assurances la Prudence c. Berlot*, DP 1853 I 93.

¹⁶⁰⁷ Cass. (civ.) 6 janvier 1914, *Compagnie d'assurances sur la vie Le Phénix c. Chemins de fer du Midi*, D 1918 I 57.

¹⁶⁰⁸ CA Paris 21 mars 1905, *Compagnie d'assurances la Prévoyance c. Société Schneider et Compagnie française de matériel de chemins de fer*, DP 1906 II 185; CA Paris 27 mars 1903, *Chemins de fer de l'Ouest c. Compagnie d'assurances terrestres la Prévoyance*, S 1903 II 257.

¹⁶⁰⁹ A. BENABENT, note sous CA Paris 21 novembre 1970, *Artuhr Dante Luca c. Roger Poincelet et Société d'encouragement pour l'amélioration des races de chevaux en France*, JCP 1972 II 16990.

¹⁶¹⁰ BORE, n° 33.

Cassation a tranché en faveur de cette dernière opinion¹⁶¹¹. La Cour d'appel de Paris a également admis qu'une carence fautive de la part d'une société de bourse mandatée pour la gestion du portefeuille de la lésée peut donner lieu à la perte d'une chance de "trouver un équilibre par une stratégie nouvelle qui aurait permis de limiter les pertes constatées"¹⁶¹². En résumé, une action en réparation fondée sur la perte d'une chance n'est donc admise que si la chance perdue ne faisait pas partie des chances (et des risques) représentant l'objet même du contrat aléatoire.

- 407 **Objet du contrat.** – Le droit suisse ne connaît pas une catégorie à part formée par les contrats aléatoires. Le code des obligations prévoit cependant plusieurs types de contrats ayant pour objet des chances ou des risques, à savoir le jeu et le pari ("*Spiel und Wette*"; art. 513 à 515a CO)¹⁶¹³, les loteries et tirages au sort ("*Lotterie und Ausspielgeschäfte*"; art. 515 CO)¹⁶¹⁴ et le contrat de rente viagère ("*Leibrentenvertrag*"; art. 516 à 529 CO)¹⁶¹⁵. L'article 513 II CO vise en outre les marchés différentiels, les marchés à terme sur des marchandises ou valeurs de bourse ("*Differenzgeschäfte, Lieferungsgeschäfte über Waren und Börsenpapiere*") qui offrent les caractères du jeu et du pari¹⁶¹⁶. Le contrat d'assurance est régi par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Le Tribunal fédéral le définit comme «[un contrat] par lequel le preneur se fait promettre, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation, une prestation de l'assureur pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque»¹⁶¹⁷. La doctrine insiste également sur l'élément aléatoire dans ce type de contrat¹⁶¹⁸. Pour tous ces contrats et d'autres ayant pour objet des chances (et des risques), il se justifie de reprendre la solution française, à savoir qu'une action en dommages-intérêts pour la perte de chances est exclue lorsque les chances perdues (ou les risques créés) font justement l'objet d'un contrat et ont ainsi été acceptés par l'une des parties ou même les deux. Lorsque, en matière contractuelle, l'éventualité du dommage découlant de la perte d'une chance (ou de la création d'un risque) a été envisagée par les parties et que celles-ci, ou du moins l'une d'elles, se sont engagées à en supporter les conséquences, toute action pour perte d'une chance peut être exclue¹⁶¹⁹. Tel est donc par exemple le cas en

¹⁶¹¹ Cass. (civ. 2^e) 25 janvier 1973, *Reillier c. Saint-Martin* (n° 57); Cass. (civ. 2^e) 4 mai 1972, *Roger Poincelot c. Arthur Dante Luca*, D 1972 jp. 596, GP 1972 jp. 521, 70 RDTC (1972) p. 783.

¹⁶¹² CA Paris 2 avril 1996, *X. c. Sté Z*, JCP 1996 II 22705: «Une gestion hautement spéculative exclut une obligation de résultat à la charge du gestionnaire. Le faute de ce dernier a consisté, en l'espèce, en un manque de logique dans la gestion réalisée, mais aussi en un manque d'information personnalisée et de suivi, aucune estimation périodique du portefeuille n'ayant été établie. Cette carence fautive est à l'origine d'une perte de chance de trouver un équilibre par une stratégie nouvelle qui aurait permis de limiter les pertes constatées».

¹⁶¹³ ENGEL (2000), chap. 24 n° 145 s.

¹⁶¹⁴ ENGEL (2000), chap. 24 n° 148.

¹⁶¹⁵ ENGEL (2000), chap. 25 n° 149.

¹⁶¹⁶ ENGEL (2000), chap. 24 n° 14; ATF 120 II 42; 95 SJ (1973) p. 449.

¹⁶¹⁷ ATF 124 III 382 [397].

¹⁶¹⁸ Gerhard STOESEL, in: H. Honsell/N.P. Vogt/A.K. Schnyder (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)* (Basel/Genf/München 2001), Allgemeine Einleitung n° 17.

¹⁶¹⁹ CHARTIER (1983), n° 38. Pour le droit français, voir à cet égard les conclusions de l'avocat général DUPUICH sous Cass. (civ.) 6 janvier 1914, *C^o d'assurances sur la vie Le Phénix c. Chemins de fer du midi*, D 1918 I 57: «[D]ans l'assurance sur la vie, [... la prime] est fixée mathématiquement, sur les données scientifiques des tables de mortalité [...]. Or, celles-ci ne distinguent pas selon les causes des décès dont elles constatent les lois mathématiques. [...] Les assureurs qui ont pris ces tables comme

matière d'assurances des personnes, où l'assureuse n'a aucun recours contre l'auteur d'un sinistre en raison du principe que le risque qui se réalise était prévu et accepté¹⁶²⁰.

8.4 Introduction par la législation ou la jurisprudence?

8.4.1 Création prétorienne?

408 Création prétorienne. - Dans tous les systèmes analysés, l'indemnisation de chances perdues a été introduite sous forme d'une création prétorienne permettant ainsi une évolution souple d'un concept aussi complexe et insaisissable au niveau théorique que celui de la perte d'une chance. L'introduction de la théorie de la perte d'une chance par le biais de la jurisprudence ne représenterait aucunement une nouveauté dans le droit privé suisse, et notamment dans le droit de la responsabilité civile, car ces domaines trouvent depuis toujours leur source non seulement dans les textes légaux, mais dans une très large mesure aussi dans la jurisprudence ("*case law*")¹⁶²¹. L'approche choisie par les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile consistant à ne pas prévoir un système de dispositions détaillées fixant les conditions et les modalités de l'indemnisation de chances perdues est dès lors judicieuse.

8.4.2 Disposition spécifique?

409 Critique de l'article 56d II AP LRCiv. - L'alinéa 2 de l'article 56d AP LRCiv se trouve dans le premier sous-chapitre contenant la partie générale de la responsabilité civile. Cette disposition porte le titre marginal "Fardeau de la preuve et présomption de fait" et s'insère dans la section "Procédure et preuves" sous "preuves". Selon le Rapport explicatif, l'article 56d AP régit le fardeau de la preuve dans le procès en responsabilité civile¹⁶²². La systématique de l'avant-projet pourrait en effet faire penser que les experts considèrent la perte d'une chance comme un problème de procédure. La question du fardeau de la preuve se situe certes à la jointure du droit de fond et du droit de procédure¹⁶²³. Les auteurs comptent néanmoins introduire la perte d'une chance par une disposition appartenant à un chapitre de l'avant-projet consacré à la procédure et aux preuves¹⁶²⁴. Or, l'analyse de tous les droits considérés montre que la problématique de la perte d'une chance a bien sa source dans un problème de preuve, mais ne peut pas trouver une solution cohérente au niveau de la procédure (n° 326 ss). L'examen des différents systèmes juridiques a aussi montré que du point de vue pratique et dogmatique, les questions soulevées par l'indemnisation de chances perdues ne peuvent trouver des ré-

base de leurs primes ont donc nécessairement assumé la charge de toutes chances de décès [...]. Si, par exception, ils ont entendu en écarter quelqu'une, ils l'ont expressément et limitativement déclaré dans les polices [...].

¹⁶²⁰ Voir l'article 96 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Voir, par contre, la solution contraire de l'article 72 de cette loi pour l'assurance contre les dommages. Voir, en détails, Christoph GRABER, in: H. Honsell/N.P. Vogt/A.K. Schnyder (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) (Basel/Genf/München 2001)*, art. 96 n° 1 ss.

¹⁶²¹ REY, n° 9; OFTINGER, p. 4.

¹⁶²² Rapport explicatif, p. 241.

¹⁶²³ Henri DESCHENAUX, *Le titre préliminaire du code civil*, *Traité de droit privé suisse*, vol. II, 1 (Fribourg 1969), p. 230.

¹⁶²⁴ Rapport explicatif, p. 241 ss. Voir déjà le rapport de la Commission qui examinait la question sous le titre "*Beweislast, Beweiserleichterung*", p. 143 ss.

ponses satisfaisantes qu'au niveau du dommage et non à celui de la causalité (n° 329 ss). Le rattachement de la théorie de la perte d'une chance à un problème de preuve (notamment du lien de causalité naturelle) constitue dès lors une mauvaise solution.

- 410 Proposition.** – Comme le Rapport explicatif rattache la perte d'une chance à une disposition inappropriée aux véritables problèmes soulevés par cette théorie, il serait plus judicieux d'insérer un alinéa reconnaissant la perte d'une chance comme dommage réparable dans les nouvelles dispositions consacrées à la notion de dommage (45 ss AP LRCiv). En effet, une disposition de principe reconnaissant la perte d'une chance comme nouveau type de dommage indemnisable laisserait aux tribunaux toute latitude dans l'élaboration des conditions et des modalités de l'indemnisation de chances perdues. L'article 7.4.3(2) des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (n° 242 s.) constitue une solution claire et succincte qui permettrait à la jurisprudence de donner corps à la notion abstraite de "perte d'une chance" par un concept cohérent et souple. Une des aspirations des Principes d'UNIDROIT est, selon leur préambule, justement de servir de modèle pour les législatures nationales et internationales. Contrairement au droit actuel où l'article 41 I CO prévoit *en principe* la réparation de tout dommage, sans égard à l'origine de l'atteinte ou à la nature du bien atteint¹⁶²⁵, l'avant-projet définit aux articles 45a à 45d différentes catégories de dommages patrimoniaux. Le critère de distinction réside dans la nature du bien juridique atteint, soit la vie (art. 45a AP LRCiv), l'intégrité physique ou psychique (art. 45b AP LRCiv), les choses (art. 45c AP LRCiv) et l'environnement naturel (art. 45d AP LRCiv). Les auteurs de l'avant-projet renoncent par contre à définir le "dommage purement économique" et le mentionnent tout simplement à l'article 45 II AP LRCiv. Comme il est tout aussi difficile de préciser en termes généraux dans quels cas le dommage découlant de chances perdues est réparable (n° 34), la présente thèse propose de simplement mentionner ce type de dommage à l'article 45 AP LRCiv consacré aux formes et catégories du dommage. Il suffirait d'introduire à la fin de l'article 45 II AP LRCiv le passage "et la perte d'une chance". En ce qui concerne l'étendue de la réparation, il conviendra cependant d'introduire un nouvel alinéa 3 à l'article 52 AP LRCiv. Cet alinéa pourrait avoir une teneur proche de celle de l'article 7.4.3(2) des Principes d'UNIDROIT, à savoir:

«³ La perte d'une chance est réparable dans la mesure de la probabilité de réalisation de la chance perdue».

8.5 Résumé et conclusion

- 411 Problème de dommage.** – Le problème du caractère indemnisable de chances perdues relève du droit matériel. C'est pourquoi la solution proposée par les auteurs de l'avant-projet consistant à permettre l'indemnisation de chances perdues par le biais de l'article 56d AP LRCiv ne doit pas être suivie. Les expériences négatives notamment du droit français avec la tentative de considérer la perte d'une chance comme un problème de causalité nous enseigne que la solution doit impérativement être cherchée au niveau de la notion de dommage. C'est la seule voie qui permet une solution dogmatique cohérente et qui n'oblige pas à modifier les autres conditions classiques de la responsabilité. Le caractère normatif de la perte d'une chance a comme conséquence que la question du lien de causalité entre la faute et le dommage final ne se pose plus. La jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral montre une ouverture croissante vers l'indemnisation

¹⁶²⁵ Rapport explicatif, p. 77.

de dommages normatifs. Il est dès lors justifié de reconnaître à la chance une valeur patrimoniale indépendante et de considérer la perte d'une chance comme un dommage indemnisable.

- 412 Conditions d'application.** - Pour être indemnisable en cas de perte, les conditions suivantes doivent être cumulativement réalisées: le titre de responsabilité, l'illicéité ou la violation d'une obligation contractuelle, le caractère aléatoire de l'enjeu total, une chance d'obtenir l'avantage escompté, la perte de cette chance, le lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et la perte de la chance et enfin l'absence de contrat aléatoire. Le caractère aléatoire de l'enjeu total implique que la victime doit se trouver dans une condition préexistante qui réduit à une simple chance la probabilité d'obtenir un résultat favorable. En ce qui concerne les caractéristiques qualitatives de la chance perdue, il faut qu'elle soit objective, préexistante, concrétisée et individualisée. En ce qui concerne les caractéristiques quantitatives, il est indispensable d'établir des limites supérieures et inférieures aux chances indemnissables, mais il est impossible de fixer ces limites de manière générale et abstraite. Seule une approche casuistique permettra de décider si une chance est trop ténue pour encore être réparée ou, au contraire, trop importante pour être indemnisée en tant que telle. Il ne se justifie pas de ne tenir compte que des chances supérieures à 50%. La chance doit être irrémédiablement perdue, mais elle peut être entièrement ou partiellement perdue. Le lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et le dommage final ne peut par définition pas être prouvé dans une situation de perte d'une chance. Le rapport causal entre le fait imputable à l'auteur et la perte d'une chance, par contre, doit être établi selon les règles traditionnelles. Une action en réparation fondée sur la perte d'une chance n'est finalement admise que si la chance perdue ne faisait pas partie des chances (et des risques) représentant l'objet même d'un contrat aléatoire.
- 413 Forme de l'introduction.** - Cette thèse propose de simplement mentionner le dommage consistant dans la perte d'une chance à l'article 45 AP LRCiv consacré aux formes et catégories du dommage. Il suffirait d'introduire à la fin de l'article 45 II AP LRCiv le passage "et la perte d'une chance". En ce qui concerne l'étendue de la réparation, il conviendrait cependant d'introduire un nouvel alinéa 3 à l'article 52 AP LRCiv. Cet alinéa pourrait avoir une teneur proche de celle de l'article 7.4.3(2) des Principes d'UNIDROIT, à savoir:

«³ La perte d'une chance est réparable dans la mesure de la probabilité de réalisation de la chance perdue».

9 Champ d'application général

- 414 **Plan.** – La délimitation du champ d'application général de la théorie de la perte d'une chance a principalement posé problème à trois niveaux: le bien-fondé d'une distinction entre chances passées et chances futures (9.1), le caractère réparable des chances dont la réalisation dépend de la victime (9.2) et l'opportunité d'une distinction entre perte d'une chance et création d'un risque (9.3).

9.1 Chances passées et futures

- 415 **Différentes distinctions.** – Une partie de la doctrine étrangère, notamment française et anglaise, estime qu'une différence doit être faite entre la situation où le fait reproché à la responsable intervient alors que la victime est en train de courir sa chance et celle où la lésée n'a pas encore couru la chance dont elle se plaint d'être privée¹⁶²⁶. Cette séparation a été faite sous différentes appellations distinguant parfois des chances passées et des chances futures¹⁶²⁷, parfois des chances courues et des chances non courues, ou encore des chances tentées et des chances non tentées. Elle se rapproche souvent de la querelle entre celles qui voient la perte d'une chance comme un problème de causalité et celles qui l'analysent du point de vue du dommage (n° 329 ss). En effet, les auteurs qui refusent de reconnaître la perte d'une chance comme type de dommage indemnisable, sont obligés de considérer le dommage final comme point de référence et doivent ainsi situer le problème au niveau du rapport de causalité. Dans cette approche, les chances perdues sont toujours passées. Par contre, les auteurs qui admettent la perte d'une chance comme dommage indemnisable, partent de l'idée que le rapport de causalité entre la faute et ce dommage est suffisamment certain et qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les chances passées et futures. C'est notamment dans le domaine de la responsabilité médicale que ces distinctions ont été utilisées par une partie des doctrines française et anglaise pour tenter d'exclure la perte de chances de guérison ou de survie du champ d'application de la théorie.

9.1.1 Arguments pour une distinction

9.1.1.1 Droit français

- 416 **Chances passées, courues ou tentées.** – Une partie de la doctrine française considère qu'il y a lieu de distinguer entre les chances passées et futures¹⁶²⁸. Cette délimitation se rapproche des critères de l'individualisation et de la concrétisation pour décider si une chance perdue doit donner lieu à réparation ou non (n° 382). Les chances passées seraient celles que la victime a déjà tentées, mais qu'elle n'a pas réussi à réaliser par la faute de la responsable. Ainsi, lorsque la lésée est privée de la chance de conclure un contrat avantageux, elle a déjà entamé des pourparlers sérieux; lorsqu'elle perd la chance de gagner un procès, la procédure était déjà engagée; lorsqu'elle perd la chance de se marier, elle était déjà fiancée. Il faudrait donc que la victime, au moment où elle perd ses chances, ait déjà commencé à les courir. Lorsque la lésée est ainsi en train de

¹⁶²⁶ Pour la même distinction en droit allemand, voir FLEISCHER, p. 771 ss; KASCHE, p. 204, 234 s.

¹⁶²⁷ WERRO (1993), n° 1019.

¹⁶²⁸ VINEY/JOURDAIN, n° 283.

courir sa chance et que la perte de cette chance constitue donc un préjudice actuel, la réparation ne serait guère contestée:

«De façon plus générale, il nous semble que le principe de la réparation doit être admis dans tous les cas où le demandeur apporte la preuve que le fait imputé au défendeur anéantit une chance réelle qu'il était en train de courir»¹⁶²⁹.

- 417 **Chances futures, non courues ou non tentées.** — Lorsque la victime n'a par contre pas encore commencé à courir sa chance, le droit français fait intervenir la proximité temporelle comme critère supplémentaire de délimitation entre le préjudice éventuel réparable et le préjudice hypothétique non réparable (n° 42 s.)¹⁶³⁰. En effet, plus le moment auquel la chance sera probablement courue par la victime est éloigné, plus il est vraisemblable que des circonstances extérieures auraient empêché la chance de se réaliser. C'est pourquoi la jurisprudence française se montre, dans l'ensemble, assez exigeante quant à la preuve du caractère actuel ou imminent de la chance dont la lésée invoque la disparition. Cette sévérité s'est manifestée notamment à propos des demandes tendant à l'indemnisation de la perte de chances de trouver un emploi¹⁶³¹ ou d'accéder à une carrière déterminée. Il a ainsi été jugé que la perte d'un espoir de promotion professionnelle n'est indemnisable que dans les cas où l'avancement envisagé était imminent au moment de la survenance du fait qui l'a empêché¹⁶³². La Cour de cassation a aussi montré une nette hostilité à l'égard des demandes tendant à obtenir l'indemnisation de la perte de l'espoir d'une reconversion après mise à la retraite¹⁶³³, ou de la possibilité de toucher dans l'avenir une pension de réversion¹⁶³⁴, ou encore de l'espoir de créer une entreprise¹⁶³⁵. En ce qui concerne la perte d'un espoir de secours alimentaire, la jurisprudence a également fait preuve d'une grande sévérité. La réparation de ce dommage n'est ainsi pratiquement admise que si les conditions de l'octroi d'une pension sont sinon intégralement remplies, du moins sur le point de l'être au moment où le fait imputé à la responsable survient (n° 74 ss). BARBIERI utilise le critère de la proximité temporelle pour faire la distinction entre l'indemnisation du manque à gagner et celle de la perte d'une chance¹⁶³⁶. La victime définitivement privée d'une chance non courue devrait,

¹⁶²⁹ VINEY/JOURDAIN, n° 283.

¹⁶³⁰ TERRE/SIMLER/LEQUETTE, p. 553; Paul-Henri ANTONMATTEI/Jacques RAYNARD, *Travaux dirigés de droit des obligations*, 2^e éd. (Paris 1997), p. 170.

¹⁶³¹ Cass. (crim.) 19 mars 1997, *Isabelle Davenne c. Robert Spitz*, Bull. crim. n° 109.

¹⁶³² Cass. (soc.) 29 février 1996, *M. Berman c. Mme Zandel, ex qualités de liquidateur d'us établissements Testi et autre*, Bull. civ. V n° 79 (qui a approuvé la cour d'appel d'avoir débouté le salarié au motif que les chances de promotion alléguées n'étaient pas sérieuses); Cass. (crim.) 9 octobre 1975, *Marie-Claude Bouvier, veuve Saignol et autre*, Bull. crim. n° 212, D 1975 ir. 229, GP 1976 jp. 4, 74 RTDC (1976) p. 778 (qui ont, en revanche, affirmé le caractère indemnisable de cette perte de chance en soulignant que l'avancement manqué devait avoir lieu à bref délai); Cass. (crim.) 18 mars 1975, *Marie-France De La Broise c. Jean Body et André Savary*, Bull. crim. n° 79, JCP 1979 IV 156, 74 RTDC (1976) p. 778.

¹⁶³³ Cass. (crim.) 23 novembre 1971, *Kammerer Odile veuve Neyer c. Breyer*, GP 1972 II 486, D 1972 jp. 225, 70 RTDC (1972) p. 599; 74 RTDC (1976) p. 778 s.; Cass. (civ. 2^e) 1^{er} avril 1965, *Hospices civils de la ville de Soudz et autre c. Lebœuf et autres*, Bull. civ. II n° 336.

¹⁶³⁴ Cass. (soc.) 21 juin 1978, *Mingeaud c. Société à responsabilité limitée carrelages Granitor et autre*, Bull. civ. V n° 491.

¹⁶³⁵ Cass. (crim.) 11 mars 1986, *Hawes John*, Bull. crim. n° 103.

¹⁶³⁶ Jean-François BARBIERI, *Droit à réparation — Conditions de la responsabilité délictuelle — Dommage — Divers dommages réparables: dommages aux biens*, Juris-Classeur Responsabilité civile, art. 1382 à 1386, fasc. 110 (Paris 1993), n° 105 s.

pour obtenir réparation de ce dommage, démontrer qu'elle était, dès ce moment, en mesure de profiter de l'espoir perdu ou sur le point de pouvoir le faire. Cette condition supplémentaire permettrait d'exclure la réparation des espérances purement éventuelles qui ne sont pas fondées sur des faits d'ores et déjà acquis au moment de la survenance de l'événement imputé à la responsable. L'exigence du caractère réel et sérieux de la chance perdue constituerait ainsi un garde-fou efficace contre les abus éventuels de la notion de perte de chances en relation avec l'indemnisation de préjudices futurs¹⁶³⁷.

- 418 **Seulement pour les chances futures.** - Certaines auteures soutiennent exactement l'opinion contraire, à savoir que les chances passées, celles que la victime a déjà commencé à tenter ou à courir, ne peuvent pas donner lieu à réparation. Elles utilisent cette distinction notamment pour exclure la responsabilité médicale du champ d'application de la théorie de la perte d'une chance. Ces auteures admettent généralement la réparation de la perte d'une chance dans l'exemple de la recourante qui a été mise dans l'impossibilité de faire valoir ses droits, ou encore dans celui de la candidate qui n'a pas pu se présenter à un examen¹⁶³⁸. FLOUR/AUBERT, par exemple, observent par contre à propos de la perte d'une chance de survie ou de guérison que:

«contrairement à ce qui se passe dans les deux premiers exemples - où la chance n'a pu, en raison de la faute, être tentée (le procès n'a pas eu lieu, la victime n'a pas pris part au concours) - elle a été, ici, *tentée et perdue* (le traitement ou l'opération a eu lieu sans succès); l'indemnisation aboutirait donc, en pareil cas, à tourner l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage»¹⁶³⁹.

Ainsi, une étudiante, victime d'un accident causé par une tierce personne, qui n'a pu se présenter à un examen, aurait perdu la chance qu'elle possédait de réussir cet examen et doit dès lors obtenir réparation par celle qui l'a empêchée de tenter cette chance. En revanche, si l'étudiante s'est néanmoins présentée (si elle a donc couru ou tenté sa chance), elle ne pourrait plus obtenir une indemnisation pour avoir échoué, au motif que l'accident causé par la tierce personne l'a privée de quelques-unes de ses chances initiales de succès¹⁶⁴⁰. Selon PENNEAU, il serait en effet étrange qu'une réparation puisse aussi être obtenue si - malgré la perte d'une chance - la patiente guérit néanmoins, ou l'examen est quand même réussi¹⁶⁴¹. SAVATIER a également soutenu l'opinion selon laquelle la particularité de l'utilisation de la notion de chance en matière médicale tiendrait à ce qu'il s'agirait de "chances passées et révolues" et non point de "chances perdues pour l'avenir"¹⁶⁴².

«[...] les chances que l'on prétend faire réparer par le médecin en faute sont celles que le patient aurait eues d'éviter la mort ou l'infirmité, dont il souffre définitivement, si le médecin n'avait pas commis l'imprudence ou la négligence qu'on lui reproche. Or le destin a tranché»¹⁶⁴³.

Selon SAVATIER, les chances sont donc des possibilités, des opportunités, des perspectives en vue d'un cours favorable des choses et se réfèrent dès lors forcément et toujours

¹⁶³⁷ VINEY/JOURDAIN, n° 283.

¹⁶³⁸ SAVATIER (1970), p. 124.

¹⁶³⁹ FLOUR/AUBERT, n° 639 p. 152 note 1. Pour cette critique en général, voir n° 331 ss.

¹⁶⁴⁰ PENNEAU (1977), n° 106. Cette distinction rejoint celle que KING fait entre les pertes totales et partielles de chances (n° 401 s.).

¹⁶⁴¹ PENNEAU (1977), n° 106. Pour le manque de pertinence de cet argument, voir n° 403.

¹⁶⁴² SAVATIER (1970), p. 124. Voir aussi PENNEAU (1977), n° 106.

¹⁶⁴³ SAVATIER (1970), p. 124.

au futur. Ce serait la raison pour laquelle l'on ne pourrait pas encore savoir si elles se réaliseraient ou pas. Lors de la perte d'une chance, l'on ne pourrait donc qu'essayer de deviner son ampleur. Cela serait différent en matière de responsabilité médicale. Dans ce contexte, le dommage définitif à la santé – la mort, la maladie chronique ou l'invalidité – se serait déjà réalisé:

«Le raisonnement que nous croyons inacceptable situe, au contraire, des chances dans le passé, où se place, déjà, l'événement auquel on les applique. C'est une recherche périmée!»¹⁶⁴⁴.

Pour illustrer son désaccord, SAVATIER utilise une comparaison avec la valeur d'un billet de loterie dans un tirage: après le tirage, ce billet n'aurait plus aucune chance de gagner un prix, mais le prix lui-même, s'il est tombé dessus, ou rien, si ce billet n'était pas le bon¹⁶⁴⁵. Il arrive ainsi à la conclusion que le domaine de la responsabilité médicale doit être exclue du champ d'application de la théorie de la perte d'une chance et que la juge ne pourrait prononcer une condamnation à des dommages-intérêts que si elle arrive à la conclusion qu'un lien causal existe entre la faute et le préjudice final (décès, invalidité permanente)¹⁶⁴⁶. Le recours à la théorie de la perte d'une chance serait ainsi seulement légitime si la victime a perdu une chance en relation avec un événement futur. Ce serait notre incapacité de connaître le futur qui nous contraindrait à cette solution. Si la victime perd, au contraire, une chance en relation avec le passé, il s'agirait alors d'une question de fait comme toutes les autres que la juge doit tout simplement trancher¹⁶⁴⁷.

9.1.1.2 Droit anglais

419 Distinction entre *past* et *future facts*. - En Grande-Bretagne, une discussion semblable portant sur le bien-fondé d'une distinction entre les chances en relation avec le futur et avec le passé a été menée. Elle peut être illustrée par l'arrêt de la *House of Lords* dans *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (n° 186), où la Haute Cour a basé son attitude critique envers la théorie de la perte d'une chance notamment sur la distinction entre *past* et *future facts*¹⁶⁴⁸. Selon la *House of Lords*, le problème crucial dans *Hotson* consistait dans l'incertitude sur l'état des faits au moment où le traitement erroné de la victime a été commencé. Plus précisément, le problème consistait dans l'incertitude sur la question de savoir si, à ce moment précis, suffisamment de vaisseaux sanguins dans la hanche de la victime étaient déjà endommagés pour que la nécrose avasculaire par laquelle le patient est finalement devenu invalide, était inévitable. Il ne s'agissait donc pas, selon Lord MACKAY, de l'estimation de possibilités hypothétiques, mais simplement d'une question concernant des *past facts*:

«[T]he fundamental question of fact to be answered in this case related to a point in time before the negligent failure to treat began. It must, therefore, be a matter of

¹⁶⁴⁴ SAVATIER (1970), p. 124.

¹⁶⁴⁵ SAVATIER (1970), p. 124.

¹⁶⁴⁶ SAVATIER (1970), p. 124.

¹⁶⁴⁷ PENNEAU fait la même distinction: (1977), n° 106; note sous Cass. (civ. 1^{re}) 27 mars 1973, *G. c. Veuve Andry*, D 1973 jp. 597. Voir, dans le même sens aux États-Unis, ROUBIK, p. 985. Cette distinction revient à refuser de reconnaître les chances de guérison et de survie comme un dommage distinct. Ces chances seraient "absorbées" par le préjudice final, et ne pourraient donc entrer en ligne de compte pour une indemnisation indépendante.

¹⁶⁴⁸ PRICE, p. 752 s. Pour la même discussion dans la *common law* canadienne, voir WADDAMS et BLACK, à propos de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Atthey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, 140 D.L.R. (4th) 235.

*past fact. It did not raise any question of what might have been the situation in a hypothetical state of facts.*¹⁶⁴⁹

C'est pourquoi la question a dû être tranchée *on the balance of probabilities*, selon Lord BRIDGE: «*This was a conflict, like any other about some relevant past event, which the judge could not avoid resolving on a balance of probabilities.*»¹⁶⁵⁰

- 420 *Mallett v. McMonagle*. - Lord MACKAY souligne son point de vue entre autres par un renvoi à un passage de Lord DIPLOCK concernant cette distinction entre *past* et *future facts* dans *Mallett v. McMonagle*¹⁶⁵¹:

*«The role of the court in making an assessment of damages which depends on its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less even, in the amount of damages which it awards.»*¹⁶⁵² (mise en évidence ajoutée).

Basée sur cette séparation entre des événements révolus et futurs, une distinction a été faite entre la situation dans *Hotson* (*past fact*: trancher la question par la méthode de la probabilité prépondérante et le principe du tout-ou-rien) et le cas où la chance de la victime est en relation avec un événement dans le futur (*future fact*: évaluation du préjudice en fonction de la probabilité de sa réalisation).

- 421 *Davies v. Taylor*. - Un arrêt dans lequel il est évident que la chance perdue par la victime se situe dans le futur est *Davies v. Taylor*¹⁶⁵³: une veuve dont le mari est décédé juste après qu'une procédure en divorce a été ouverte, actionne le responsable de l'accident pour perte de soutien. En première instance et sur recours, sa demande est rejetée, car elle ne réussit pas à prouver, «*on the balance of probabilities*», qu'elle allait se réconcilier avec son époux et qu'elle allait recevoir de lui un soutien financier¹⁶⁵⁴. Selon la *House of Lords* cependant, la veuve n'a pas besoin de prouver «*on the balance of probabilities*» qu'elle se serait réconciliée avec son époux, mais qu'elle avait droit à des dommages-intérêts en fonction de la probabilité que cette réconciliation serait effectivement intervenue¹⁶⁵⁵. La distinction entre fait révolu et fait futur a été utilisée par Lord REID comme fondement pour ce jugement:

*«You can prove that a past event happened, but you cannot prove that a future event will happen and I do not think that the law is so foolish as to suppose that you can. All that you can do is to evaluate the chance.»*¹⁶⁵⁶

¹⁶⁴⁹ [1987] 2 All E.R. 909, 915j (HL).

¹⁶⁵⁰ [1987] 2 All E.R. 909, 913f (HL).

¹⁶⁵¹ [1969] 2 All E.R. 178 (HL).

¹⁶⁵² *Mallett v. McMonagle*, [1969] 2 All E.R. 178, 190j - 191b (HL).

¹⁶⁵³ [1972] 3 All E.R. 836 (HL).

¹⁶⁵⁴ Il s'agissait d'une demande fondée sur la *Fatal Accidents Act*. Les circonstances étaient telles que l'époux n'aurait pas été obligé de payer un quelconque entretien à son ex-épouse après le divorce.

¹⁶⁵⁵ *In casu*, la *House of Lords* a estimé que ces chances étaient trop faibles et la demande a finalement été rejetée.

¹⁶⁵⁶ *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836, 838h (HL).

9.1.2 Manque de pertinence des arguments

- 422 Pas de différence entre les chances passées et futures.** – Aucun motif valable ne permet de justifier une distinction entre chances passées et futures. De même, une exclusion du domaine médical du champ d'application de la théorie de la perte d'une chance ne se justifie pas¹⁶⁵⁷. La distinction entre des événements dans le futur et le passé est en effet seulement opérante en ce qui concerne des événements *non* hypothétiques, tandis qu'il s'agit dans le cadre de la perte d'une chance – indépendamment du domaine d'application – régulièrement et inévitablement d'une appréciation d'hypothèses. La chance que la victime a perdue est *au moment où le comportement fautif intervient* par définition toujours située dans le futur, même si le moment auquel la victime a pu courir sa chance se situe *entre-temps* dans le passé¹⁶⁵⁸. Comme la faute de la responsable a fait intrusion dans le cours des événements, ce futur est devenu purement hypothétique¹⁶⁵⁹. En cas de perte d'une chance, cet avenir doit toujours être définitivement fixé: la perte de la course pour la propriétaire du cheval et la perte du procès pour la justiciable sont aussi irrémédiables que la perte de la vie pour la malade mal soignée. C'est seulement par un *pronostic rétrospectif hypothétique* que l'on peut déterminer ce qu'aurait pu être l'avenir (hippique, judiciaire ou médical) probable, si la faute de la responsable n'avait pas irrévocablement compromis le cours des choses. Dans tous ces cas, la victime a été privée d'une certaine chance. La détermination d'événements dans un passé *hypothétique* est tout aussi impossible que la prophétie d'événements dans un futur hypothétique: les deux ne peuvent se faire qu'avec la fameuse boule de cristal¹⁶⁶⁰. Si l'on veut réparer le désavantage subi, le recours à la théorie de la perte d'une chance est alors dans les deux cas indiqué¹⁶⁶¹. Certes, la perte d'une chance est plus évidente si la chance n'a pas pu être tentée du tout. Mais aucun principe ne permet d'affirmer que la réparation ne devrait pas être possible si la chance a pu être tentée¹⁶⁶². DURRY estime aussi qu'il est possible d'individualiser, malgré l'évolution ultérieure de la situation, la chance perdue de guérison ou de survie¹⁶⁶³. CHARTIER considère également que la distinction entre "chances passées" et "chances futures" est artificielle. Il estime que quand une chance perdue est indemnisée, elle est, par définition et en toute hypothèse, passée. Le résultat est, selon lui, dans tous les cas le même: la perte de chance est irrémédiable au moment où le dommage est invoqué¹⁶⁶⁴.
- 423 Illustration anglaise.** – La distinction entre des événements se situant dans le futur et le passé n'a de sens que par rapport aux événements *non* hypothétiques, comme l'a réalisé aussi Lord DIPLOCK d'après ses dires dans *Mallett*¹⁶⁶⁵. Certes, dans le contexte de la perte d'une chance, il est facile de confondre des faits et des hypothèses, mais il n'existe, d'un point de vue juridique, aucune différence entre l'impossibilité de consta-

¹⁶⁵⁷ AKKERMANS, p. 198.

¹⁶⁵⁸ AKKERMANS, p. 198.

¹⁶⁵⁹ BORE, n° 38: «la chance est toujours une "supputation légitime de l'avenir"; mais [...] en cas de perte d'une chance, cet avenir est toujours *définitivement révolue*».

¹⁶⁶⁰ Du même avis en ce qui concerne le droit suisse, KOZIOL (2001), p. 903.

¹⁶⁶¹ AKKERMANS, p. 199.

¹⁶⁶² FABRE-MAGNAN, n° 613.

¹⁶⁶³ Georges DURRY, La faute du médecin diminuant "les chances de guérison" du malade, 67 *RTDC* (1969) p. 797.

¹⁶⁶⁴ CHARTIER (1983), n° 25.

¹⁶⁶⁵ Contrairement à Lord REID, Lord DIPLOCK oppose dans *Mallett* "what was" à "what will be and what would have been" (mise en évidence ajoutée).

ter un événement dans le futur comme dans *Davies* (n° 421), et l'impossibilité de constater un événement dans le passé comme dans *Holson* (n° 186). Dans les deux cas, la juge ne peut que raisonner sur la base d'hypothèses¹⁶⁶⁶. WADDAMS illustre le manque de pertinence de la distinction entre chances passées et futures par une comparaison entre un dé qui a été lancé, mais qui est encore caché sous le cornet à dés et un dé qui n'est pas encore lancé:

*"The die is cast" is a proverbial way of saying that a result depends on predetermined facts. Yet with a wager on dice the betting is the same whether the dice have already been rolled and lie concealed beneath the dice-cup or whether they are about to be rolled. Consider the toss of a coin, also used as a proverbial expression to signify chance. A person deprived of a chance of a prize depending on a coin toss suffers the same loss (half the value of the prize) whether the coin has been tossed and lies concealed, or whether it is to be tossed in the future*¹⁶⁶⁷.

Contrairement à ce que pensent *their Lordships*, il ne s'agit pas dans *Holson* de la constatation d'une situation statique précédant la faute du responsable, mais d'une appréciation de la dynamique de cause et effet¹⁶⁶⁸. L'aspect crucial de la situation de la victime consistait à savoir si l'état (la mesure dans laquelle les vaisseaux sanguins dans la hanche étaient endommagés) aurait conduit aussi sans la faute à l'état final (l'invalidité)¹⁶⁶⁹. Contrairement à ce que disait Lord MACKAY, ici, tout comme dans *Davies*, il existe un élément hypothétique: dans les deux situations, la question de savoir quelle était la véritable situation (la réalisation du préjudice final était-elle inévitable déjà avant la faute?) est liée de façon indissociable à la question de savoir ce qui se serait passé dans une situation hypothétique (est-ce que le préjudice final se serait aussi réalisé sans la faute de la responsable?)¹⁶⁷⁰. L'idée selon laquelle il est possible de dire quelque chose de pertinent sur l'une en faisant abstraction de l'autre est trompeuse.

*"With respect to their Lordships, it is misleading merely to state the issue as one of past fact and thus removed from any question of a hypothetical state of affairs. In reality, almost all assessments of causation involve the assessment of hypotheticals. The "but for" test itself requires the court to consider what would have happened in the absence of the alleged breach of duty*¹⁶⁷¹.

La distinction entre chance passée et chance future ne peut en outre pas se faire tout simplement en fonction de la date du procès¹⁶⁷². Une distinction aussi fortuite ne peut en effet justifier des différences aussi radicales entre les issues possibles du procès en responsabilité:

"[I]t would be an odd result if, in a case like Davies v Taylor, success or failure for the plaintiff's case should have to turn on whether the chance of reconciliation with her husband related to the period after, rather than before, the hearing of the action. [...] Rather, the contrast drawn is between the actual and the necessary hy-

¹⁶⁶⁶ AKKERMANS, p. 202.

¹⁶⁶⁷ WADDAMS, p. 89 s. Les exemples cités par cet auteur concernent cependant la probabilité purement mathématique (n° 18 s.).

¹⁶⁶⁸ AKKERMANS, p. 202. Cet auteur souligne que même sous l'angle du *préjudice*, on butte inéluctablement sur un élément hypothétique: pour une évaluation correcte du préjudice, il ne faudrait pas comparer la situation après l'acte illicite avec la situation *telle qu'elle était* avant l'acte illicite, mais avec la situation *telle qu'elle serait devenue* en l'absence de l'acte illicite.

¹⁶⁶⁹ AKKERMANS, p. 203.

¹⁶⁷⁰ WEIR, p. 119.

¹⁶⁷¹ PRICE, p. 753.

¹⁶⁷² AKKERMANS, p. 203.

pothetical. That being so, it seems reasonable to conclude that when his Lordship spoke of what would have happened in the future if something had not happened in the past ¹⁶⁷³, *the future to which he referred was intended to date from the occurrence of that «something» rather than from the hearing of the actions* ¹⁶⁷⁴.

Il est donc aussi impossible de construire par la distinction entre chances passées et chances futures une position d'exception pour la responsabilité médicale. Dans l'application "traditionnelle" de la théorie en droit anglais, aucune signification particulière n'est attribuée à cette question du moment auquel la chance perdue aurait pu se réaliser. Plusieurs fois, une indemnité a été accordée tandis qu'entre-temps ce moment se trouvait dans le passé ¹⁶⁷⁵. AKKERMANS estime aussi que la distinction entre *past* et *future facts* ne peut pas véritablement expliquer la différence entre les décisions *Davies* et *Hotson* ¹⁶⁷⁶. Si dans *Davies* la probabilité d'un événement hypothétique (la réconciliation qui aurait été possible sans l'accident) aurait dû être prise en compte dans le montant de la réparation, on ne voit pas pourquoi ce traitement n'a pas aussi été appliqué à l'événement hypothétique dans *Hotson* (la guérison qui aurait été possible sans la faute médicale). Comme Lord DIPLOCK l'avait déjà indiqué dans *Mallett*, la juge ne peut – dans les deux cas – pas faire plus que «*an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened*» ¹⁶⁷⁷.

- 424 **Moment du calcul de la perte de soutien en droit suisse.** – La jurisprudence du Tribunal fédéral tient également compte d'une approche probabiliste de l'évaluation du dommage, et ceci non seulement pour les événements se situant dans le futur par rapport au jour du jugement, mais aussi pour les faits qui sont survenus avant cette date. En effet, jusqu'en 1958, le Tribunal fédéral a capitalisé la perte de soutien au jour du jugement ¹⁶⁷⁸. La Haute Cour a changé sa pratique dans l'ATF 84 II 292, en prenant désormais comme date de référence le jour du décès de la personne de soutien. Elle explique dans cet arrêt que la détermination concrète du dommage jusqu'au jour du jugement se justifie certes pour le préjudice résultant d'une invalidité permanente car dans ce contexte on sait si la victime est vivante ou non au jour du jugement. Une méthode de calcul basée sur les probabilités se justifierait uniquement pour le dommage futur. Si on appliquait cependant le même principe à la détermination de la perte de soutien, on ferait alors comme si la personne de soutien avait vécu avec certitude au jour du jugement. Cette méthode pourrait conduire à des erreurs considérables dans les cas où le jugement cantonal n'était rendu que des années après le décès ou si la personne de soutien était déjà très âgée. Le risque qu'elle soit entre-temps morte ou devenue incapable de tra-

¹⁶⁷³ COOTE se réfère aux termes utilisés par DIPLOCK dans *Mallett v. McMonagle* (voir la citation n° 420).

¹⁶⁷⁴ COOTE, p. 767.

¹⁶⁷⁵ Un exemple parlant est *Kitchen v. Royal Air Forces Association and others*, [1958] 2 All E.R. 241 (CA), où il s'agissait de la perte d'une chance, entre-temps quasiment 10 ans en arrière, de réussir dans une plainte fondée sur la *Fatal Accidents Act*, la perte étant due au fait que le *solicitor* n'avait pas respecté, à l'époque, le délai pour déposer plainte. L'accident dans lequel l'époux de la victime a perdu sa vie, s'était déroulé en 1945. Le délai pour déposer plainte est échu 12 mois plus tard. C'est en 1955 que la veuve actionne son *solicitor* pour *negligence*. En 1957, il a été condamné au paiement de deux tiers de la somme que la veuve aurait dû obtenir en vertu de la *Fatal Accidents Act*. En 1958, cette décision a été confirmée par la *Court of Appeal*.

¹⁶⁷⁶ AKKERMANS, p. 204.

¹⁶⁷⁷ Voir la citation n° 217.

¹⁶⁷⁸ ATF 77 II 152 [152 s.].

vaitter pourrait alors être considérable¹⁶⁷⁹. La Haute Cour assimile donc, en ce qui concerne le calcul de la perte de soutien, les chances passées aux chances futures.

9.1.3 Exclusion du domaine médical?

425 Application "traditionnelle" et dans le domaine médical. - La distinction entre chances passées et futures, combinée avec celle entre la perte d'une chance comme problème de causalité et de dommage, a servi de base à une autre délimitation, à savoir celle entre l'application "traditionnelle" de la théorie et son utilisation dans la responsabilité médicale. L'application dans le domaine médical est relativement récente. En France, c'est seulement depuis 1962 (n° 105), aux Etats-Unis depuis 1966 (n° 139), en Belgique depuis 1984 (n° 197) et aux Pays-Bas depuis 1996 (n° 207), que la perte de chances de survie et de guérison donne lieu à réparation. C'est l'application de la théorie qui a souvent rencontré le plus de résistance. Curieusement, le Rapport explicatif ne mentionne que cette application controversée comme exemple typique de l'indemnisation de chances perdues¹⁶⁸⁰. En droit français, il a été soutenu que le critère de distinction entre l'application "traditionnelle" de la théorie et celle en matière de responsabilité médicale résidait dans le fait que l'application "traditionnelle" représenterait un problème de dommage, tandis que la perte de chances médicales relèverait de la problématique du rapport causal (n° 418). Dans le cadre de l'utilisation "traditionnelle", le principe de la responsabilité (avec le lien de causalité) serait donné et la seule question ouverte serait celle de savoir si le dommage s'est bien réalisé ou pas (à cause de la faute, un cheval ne peut participer à une course, mais aurait-il vraiment gagné un prix?). Dans le contexte des fautes médicales par contre, l'existence du dommage serait établie, mais la question de savoir si un lien de causalité déclenche ou non une responsabilité serait encore ouverte (la victime est bien devenue invalide, mais était-ce effectivement une conséquence de la faute?). Même la *Queen's Bench Division* qui a jugé dans *Hotson* que la perte d'une chance de guérison était susceptible de réparation, est partie de l'idée que cette distinction était d'une importance décisive:

«If the issue is one of causation then the defendants succeed since the plaintiff will have failed to prove this claim on the balance of probabilities. [...] If, however, the issue is one of quantification then the plaintiff succeeds because it is little law that the quantum of a recognised head of damage must be evaluated according to the chances of the loss occurring»¹⁶⁸¹.

426 Situation contraire aux Etats-Unis. - L'utilisation de ces distinctions comme argument en faveur de l'exclusion du domaine médical du champ d'application de la théorie surprend d'autant plus que le droit américain connaît cette théorie exclusivement dans le domaine médical et refuse de l'appliquer à d'autres domaines. Les tribunaux américains qui ont été confrontés à la question de savoir si la théorie devait aussi être appliquée à d'autres domaines, n'ont cependant pas donné une explication convaincante (n° 149 ss). On pourrait songer que l'exclusivité s'explique par la distinction entre des probabilités naturelles ("*natural probabilities*") comme par exemple l'évolution d'une maladie, et des probabilités dépendant de la personne humaine ("*man made probabilities*") comme par exemple la décision d'un juge, mais ce critère ne résiste pas aux principes découlant de la probabilité estimative (n° 22 ss).

¹⁶⁷⁹ ATF 84 II 292 [301].

¹⁶⁸⁰ Rapport explicatif, p. 246.

¹⁶⁸¹ *Hotson v. Fitzgerald and others*, [1985] 3 All E.R. 167, 175g (QBD).

427 **Explications.** – Il se pose alors la question de savoir si la critique – initialement obstinée – de l'application de la théorie au domaine médical en France, et la décision sujette à caution dans l'affaire anglaise *Hotson* peuvent être expliquées. Une des raisons réside probablement dans le fait que dans la responsabilité médicale, le désavantage subi (la mort ou l'invalidité permanente) représente une réalité qui saute aux yeux. Le fait de ne pas gagner un prix dans une course de chevaux apparaît effectivement faible en comparaison. Mais un état de santé malchanceux qui n'est pas le résultat d'une cause imputable à une autre personne constitue pas non plus un dommage au sens juridique du terme¹⁶⁸². De ce point de vue, il n'existe aucune différence par rapport au fait de ne pas gagner une course de chevaux ou au désavantage subi dans d'autres applications "traditionnelles" de la théorie. Le caractère flagrant du dommage final (la mort ou l'invalidité permanente) explique pourquoi une partie importante de la doctrine étrangère considère qu'en matière médicale – au contraire des applications "traditionnelles" – la question du dommage effectivement subi (la perte d'une chance de survie et non la mort, la perte d'une chance de guérison et non l'invalidité permanente) ne se pose pas, mais que toute la discussion doit se concentrer sur le lien causal entre la faute et le dommage. Cela explique aussi pourquoi l'application de la théorie demande plus d'imagination en matière médicale que par exemple dans le calcul du dommage résultant d'un manque à gagner futur. Des considérations de politique juridique peuvent également jouer un rôle important. La décision de la *House of Lords* dans *Hotson* est ainsi probablement avant tout due à la crainte d'un alourdissement de la responsabilité des doctresses. En France aussi, cette crainte est explicitement invoquée comme une des raisons pour le rejet initial de la théorie en matière médicale¹⁶⁸³.

428 **Pas d'exclusion du domaine médical.** – La recherche de critères de distinction entre l'application "traditionnelle" de la perte d'une chance et celle dans la responsabilité médicale était destinée à faire la différence entre, d'une part, la perte d'une chance comme une technique non contestée pour l'évaluation du dommage et, d'autre part, comme une "construction" inquiétante destinée à masquer l'incertitude sur le lien de causalité:

*«In the end the problem comes down to one of classification. Is this on true analysis a case where the plaintiff is concerned to establish causative negligence or is it rather a case where the real question is the proper quantum of damage? Clearly the case hovers near the border. Its proper solution in my judgement depends on categorising it correctly between the two»*¹⁶⁸⁴.

La juge qui veut d'abord procéder à cette qualification s'assigne une tâche impossible, car tous les états de faits impliquant la perte d'une chance peuvent être analysés à la fois du point de vue du lien de causalité et sous l'angle du dommage¹⁶⁸⁵. Partisanes et adversaires de l'application de la théorie de la perte d'une chance dans le contexte médical peuvent mener un dialogue de sourdes sans fin, car chacune peut voir ce qu'elle veut. Une distinction abstraite et logique entre l'application dans le domaine de la responsabilité médicale et l'utilisation "traditionnelle" ne peut ainsi être faite et ne peut dès lors justifier une différence aussi dramatique dans les conséquences juridiques¹⁶⁸⁶. DURRY reprend l'exemple de l'étudiante qui s'est présentée à un examen, malgré un handicap

¹⁶⁸² AKKERMANS, p. 196.

¹⁶⁸³ CHABAS (1973); SAVATIER (1970), p. 125 s.

¹⁶⁸⁴ *Hotson v. Fitzgerald and others*, [1985] 3 All E.R. 167, 175f (QBD).

¹⁶⁸⁵ KOZIOL (2001), p. 905; AKKERMANS, p. 206.

¹⁶⁸⁶ AKKERMANS, p. 207.

dû à un accident survenu quelques jours avant, et qui a échoué, pour illustrer le caractère artificiel de la distinction. Selon lui, le préjudice de l'étudiante ne consisterait alors pas en l'échec lui-même, qui peut avoir également d'autres causes, mais uniquement en le fait pour l'étudiante de ne pas avoir affronté l'épreuve avec toutes ses chances¹⁶⁸⁷. Si l'on admet ce raisonnement, il est vrai que la transposition à la responsabilité médicale est aisée. Correctement soignée, une patiente serait peut-être quand même morte. Il reste que son dernier combat s'est déroulé à armes inégales, par la faute de la doctoresse. Les arguments en faveur d'une exclusion du domaine médical ne tiennent en effet pas compte du fait que les victimes n'ont justement *pas* pu courir leurs chances *perdues*. Les arguments de politique juridique invoqués à l'appui du rejet de la théorie en matière médicale, notamment celui de ne pas vouloir aggraver la responsabilité des doctresses, sont également dénués de fondement. D'une part, une application large de la théorie de la perte d'une chance ne conduit pas à un durcissement de la responsabilité des mandataires (n° 319 s.). D'autre part, l'alternative à la réparation de chances de guérison et de survie proportionnellement à leur probabilité de réalisation consiste souvent dans le renversement du fardeau de la preuve¹⁶⁸⁸, ce qui amène à une responsabilité bien plus lourde des professionnelles. DURRY estime également que la réparation de la perte de chances de guérison et de survie représente pour les doctresses le moindre de deux maux¹⁶⁸⁹.

9.2 Chances dont la réalisation dépend de la victime

9.2.1 Cas typique: défaut d'information

429 **Exemple typique en matière médicale.** - La perte de la possibilité de prendre une décision qui aurait évité le dommage de se produire représente une forme de perte d'une chance qui mérite un examen approfondi. La situation typique en matière médicale est celle où la doctoresse a violé son devoir d'information à l'égard de la patiente. En effet, au seuil d'une intervention chirurgicale, la malade dispose, dans le cours normal des choses, d'une chance de s'opposer à l'acte thérapeutique et d'éviter ainsi le dommage que celui-ci pourrait lui causer. Certes, l'obligation d'informer de la doctoresse s'insère souvent dans une situation de stress et est rendue délicate par la complexité de la matière et la crainte de faire inutilement peur à la patiente (= le fameux "privilège thérapeutique"¹⁶⁹⁰). Il n'en reste pas moins vrai que si la doctoresse l'avait éclairée sur les risques du traitement et avait sollicité son consentement, la patiente aurait peut-être refusé l'intervention préjudiciable. Mais on ne saura jamais quelle décision la patiente aurait prise si elle avait été informée de façon correcte. Ainsi, une patiente qui s'est soumise à une opération sans avoir été informée des risques de celle-ci doit-elle, si ces risques se réalisent, être indemnisée de son entier dommage, ou convient-il de diminuer sa réparation pour tenir compte du fait que la connaissance des risques ne l'aurait peut-être pas fait renoncer à l'opération? Le fait que le Tribunal fédéral (n° 433) et certains tribunaux étrangers (n° 172 s.) ont renversé le fardeau de la preuve concernant l'obligation

¹⁶⁸⁷ Georges DURRY, 70 *RTDC* (1972) p. 410.

¹⁶⁸⁸ Pour la même opinion en droit néerlandais, voir Wilhelm Daniël Hendrik ASSER, *Medisch feit en juridische causaliteit*, in: *Medische en juridische causaliteit*, Inleidingen, gehouden voor het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1990, p. 54.

¹⁶⁸⁹ Georges DURRY, Sur un probable revirement de jurisprudence en matière de responsabilité de la perte de chance de guérison ou de survie, 82 *RTDC* (1983) p. 548.

¹⁶⁹⁰ ATF 105 II 284.

d'informer de la doctoresse ne change d'ailleurs rien au problème de l'indemnisation proportionnelle à titre de perte d'une chance¹⁶⁹¹. La question de l'indemnisation de telles chances perdues n'est en outre pas propre au domaine de la médecine, mais se manifeste à chaque fois qu'une professionnelle manque à son devoir d'information et que la créancière de l'information est ainsi privée de la possibilité de prendre une décision propre à éviter le dommage subi¹⁶⁹². Le problème se pose aussi dans le cadre de la responsabilité pour des conseils, informations et avis d'experte erronés si leur rôle causal pour les dispositions désavantageuses de la lésée est douteux, que ce soit au niveau de la responsabilité contractuelle¹⁶⁹³ ou extra-contractuelle¹⁶⁹⁴.

- 430 Difficulté logique: causalité de l'omission.** – D'un point de vue purement logique et dans une perspective dépassant la responsabilité médicale, il ne peut y avoir de lien de causalité naturelle entre une omission et un préjudice (*ex nihilo nihil fit*)¹⁶⁹⁵. Doctrine et jurisprudence admettent néanmoins un lien de causalité entre l'omission et le préjudice. La causalité naturelle est en effet établie avec l'aide de l'hypothèse que le préjudice ne se serait pas réalisé si l'acte prescrit par la loi, mais omis fautivement avait été accompli¹⁶⁹⁶. La lésée doit alors prouver que le préjudice ne se serait pas réalisé si le devoir d'agir destiné à empêcher le préjudice de se produire, avait été rempli. Une vraisemblance prépondérante suffit si l'expérience de la vie et le cours ordinaire des choses plaident en faveur de ce lien hypothétique de causalité¹⁶⁹⁷. Le jugement de valeur impliquant un aspect normatif et étant typique pour la causalité *adéquate*, fait ainsi déjà partie de l'appréciation globale de l'omission et entre dans l'examen de ce premier rapport causal *naturel* hypothétique¹⁶⁹⁸.

- 431 Difficulté empirique: décision de la personne humaine.** – L'hypothèse est donc régulièrement celle où le défaut de renseignements empêche une personne d'avoir une attitude ou de prendre une décision qui aurait évité une perte. Comment être sûr alors que, dûment informée, la victime aurait eu le comportement propre à éviter le dommage? Les allégations de la victime ne peuvent guère servir d'indice, car rares sont les lésées qui admettront qu'elles auraient consenti à l'intervention une fois que le risque qui en découlait et qui leur avait été fautivement caché s'est réalisé. Le rapport de causalité est donc affecté d'incertitudes. L'action humaine doit être prise en compte pour la détermination du caractère aléatoire de l'enjeu total, mais l'événement n'est pas vraiment aléatoire lorsqu'il dépend de la volonté d'autrui (n° 2). La difficulté réside justement dans le fait que dans ce genre d'espèces, la perte de la chance dépend finalement d'une décision de la personne humaine.

¹⁶⁹¹ M. PENNEAU, note sous CA Angers 11 septembre 1998, X. c. Y., D 1999 jp. 48 s.

¹⁶⁹² VINEY/JOURDAIN, n° 369-1; VACARIE, p. 917.

¹⁶⁹³ HONSELL (2000), § 4 n° 20 s.; ATF 124 III 363, 116 II 695 ss, 111 II 471 [474].

¹⁶⁹⁴ Par le biais de la responsabilité fondée sur la confiance ("*Vertrauenshaftung*") (n° 489).

¹⁶⁹⁵ REY, n° 592.

¹⁶⁹⁶ HONSELL (2000), § 3 n° 60; REY, n° 593; BREHM, art. 41 CO n° 108; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2716 s.; KOLLER, n° 33; OFTINGER, p. 88 ss; OFTINGER/STARK, § 3 n° 52; DESCHENAUX/TERCIER, § 2 n° 5.

¹⁶⁹⁷ ATF 121 III 358 [363], 115 II 440 [449 s.]. La preuve du lien hypothétique de causalité ne doit pas être établie avec une précision scientifique ou de manière stricte (ATF 115 II 440 [447]). Le lien hypothétique de causalité doit être distingué de la causalité hypothétique (au sujet de cette dernière notion, voir REY, n° 607 ss).

¹⁶⁹⁸ REY, n° 599.

432 Comportement alternatif licite¹⁶⁹⁹. – L'objection du comportement alternatif licite (aussi appelé "comportement de substitution licite" ou "solution de rechange conforme au droit"; "*rechtmässiges Alternativverhalten*") est l'argument de la responsable qui consiste à dire que le préjudice se serait aussi réalisé si elle ne s'était pas comportée de façon contraire au droit¹⁷⁰⁰. Cette notion, qui est une création du droit allemand, se distingue des notions de causalité hypothétique et de causalité outrepassante en ce sens que, contrairement à ces dernières, qui font appel à des circonstances externes, généralement postérieures à la survenance du dommage, et sur lesquelles la responsable n'a pas de prise, elle fait intervenir, à titre de solution de rechange, le propre comportement de la responsable, mais un comportement conforme au droit¹⁷⁰¹. Le préjudice est donc causé de façon illicite, mais la responsable conteste que l'illicéité ou la violation contractuelle était la cause du préjudice¹⁷⁰². Dans le cadre de l'omission, cet argument se recouvre avec l'assertion selon laquelle l'omission contraire au droit n'est pas une condition nécessaire du préjudice¹⁷⁰³. La pratique est favorable à l'admission de ce moyen de défense¹⁷⁰⁴. La difficulté pour la responsable résidera cependant souvent dans le fardeau de la preuve, car celle qui allègue que le dommage serait survenu même dans le cas d'un comportement conforme à ses obligations, supporte le fardeau de la preuve pour cette allégation¹⁷⁰⁵. La responsable échouera souvent à cause de cette répartition du fardeau de la preuve¹⁷⁰⁶, car dans de nombreux cas, il n'est pas certain que le même dommage se serait réalisé en présence d'un comportement conforme au droit¹⁷⁰⁷.

9.2.2 Solution actuelle en droit suisse

433 Violation du devoir d'information comme clause générale de responsabilité. – Selon la doctrine dominante, des actes médicaux sont contraires au droit s'ils ne sont pas couverts par un consentement valable de la part de la patiente¹⁷⁰⁸. Ce consentement présume une information complète par la docteure sur tous les éléments susceptibles d'influencer la décision de la patiente de se soumettre à un traitement. Elle doit en tout cas renseigner la patiente sur le diagnostic, le pronostic avec et sans traitement, les diffé-

¹⁶⁹⁹ En rapport avec le consentement éclairé de la patiente, voir n° 435.

¹⁷⁰⁰ Voir, en général, ROBERTO, p. 60 ss; Bernhard STUDHALTER, *Die Berufung des präsumptiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe - Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten*, thèse (Zürich 1995); REY, n° 644 ss; KRAMER, p. 292 ss.

¹⁷⁰¹ ATF 122 III 229 [234].

¹⁷⁰² HONSELL (2000), § 3 n° 64; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2722; WYSS, p. 319, 321 ss; KRAMER, p. 292; Bernhard STUDHALTER, *Die Berufung des präsumptiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe - Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten*, thèse (Zürich 1995), p. 171 ss; ATF 122 III 229 [232 ss], 115 II 440 [446]. Voir aussi, en droit allemand, MÜCKE-GRUNSKY, voir BGB § 249 n° 87; LANGE, p. 197; LARENZ, p. 527 ss.

¹⁷⁰³ Ernst A. KRAMER, 5 *PJA* (1996) p. 1565 s.; KRAMER, p. 295 s.; voir, en droit allemand, ESSER/SCHMIDT, § 33 I p. 229 s.

¹⁷⁰⁴ ATF 122 III 229 [232 ss], 117 Ib 197 [207 ss], 115 II 440 [446]. Pour l'application dans le domaine médical, voir n° 435.

¹⁷⁰⁵ KRAMER, p. 300; ATF 117 Ib 197 [208].

¹⁷⁰⁶ Par exemple, ATF 96 II 172 [178 s.]; ROBERTO, p. 61.

¹⁷⁰⁷ ROBERTO, p. 61.

¹⁷⁰⁸ GUILLOD (1986), p. 84; Beat EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, (Bern/Göttingen/Toronto/Seattle 1992), p. 54 ss, 149 ss. D'un autre avis, HONSELL (1994), p. 15 s. Voir aussi, en droit allemand, Klaus OEHLER, *Arzthaftpflichtverfahren mutieren zum Glaubensprozess*, 51 *VersR* (2000) p. 1078 ss.

rents traitements possibles, leur nature, leurs modalités, leurs avantages, leurs risques et leur coût¹⁷⁰⁹. L'oubli d'un élément important équivaut à une violation du devoir d'informer susceptible d'engager la responsabilité de la doctoresse pour l'intégralité du préjudice causé par le traitement auquel la patiente n'a pu donner un consentement éclairé. Ce raisonnement a comme conséquence qu'il n'importe plus de savoir si le traitement a été entaché de fautes ou non. Si la doctoresse a omis de renseigner la patiente sur d'éventuels risques et que ces risques (ou éventuellement aussi d'autres risques) se réalisent, elle est responsable même si l'intervention a été menée *lege artis*. Seule celle qui connaît les risques et les principales alternatives peut décider de façon valable. Le raisonnement fondé sur l'illicéité de l'intervention médicale a son importance pour la répartition du fardeau de la preuve. Comme le consentement de la patiente suite à une information complète constitue un motif justificatif excluant le caractère illicite de l'atteinte (*volenti non fit injuria*, art. 44 I CO), c'est à la doctoresse qu'incombe la charge de prouver l'information conforme¹⁷¹⁰. La jurisprudence allemande par contre a décidé qu'il incombait à la patiente de prouver qu'elle n'a pas été informée conformément au devoir de diligence de la doctoresse¹⁷¹¹. En droit suisse, la responsabilité pour violation du devoir d'information est devenue une sorte de clause générale dans la responsabilité médicale. Elle est devenue plus importante que la faute technique (de diagnostic ou de traitement; "*Kunstfehler*") elle-même pour laquelle la patiente supporte la charge de la preuve¹⁷¹². Les deux types de fautes se distinguent en outre par le fait que ce sont les juges elles-mêmes qui décident de l'objet du devoir d'information, tandis que la question de savoir si une faute technique a été commise est généralement examinée par des experts.

- 434 ATF 108 II 59. – Une patiente consent à une opération ayant pour objet la diminution des seins avec l'excision de kystes. Le chirurgien procède cependant à une mammectomie sous-cutanée et implante des prothèses dans les poches de peau vides. Celles-ci doivent être enlevées plus tard à cause de complications. Par la suite, la femme doit subir plusieurs interventions de chirurgie réparatrice. Le Tribunal fédéral suit une expertise selon laquelle les réactions de rejet contre le type de prothèses implantées ne sont pas rares. Il reproche au médecin d'avoir violé son obligation d'informer la patiente du fait qu'il devrait éventuellement procéder à une mammectomie sous-cutanée avec l'implantation de prothèses. Un tel devoir de renseignement existerait aussi dans les cas

¹⁷⁰⁹ ATF 119 II 456 [458 ss], 117 Ib 197 [200], 116 II 519 [521 ss], 114 Ia 350 [358 s.], 108 II 59 [62 ss]; WIEGAND.

¹⁷¹⁰ Voir, dans le même sens, le droit français depuis 1997 (n° 99). La question est cependant controversée en droit suisse (KOLLER, 6 *PJA* [1997] p. 1198; GUILLOD [1986], p. 77).

¹⁷¹¹ BGH 10 mars 1981, 34 NJW (1981) p. 2002 [2003]: «*Der Beweis dafür, dass er eine von möglicherweise zahlreichen Nebenpflichten nicht versäumt hat, kann aber nicht allgemein dem Schuldner eines Dienstvertrages [Ärztin] auferlegt werden, da er sonst in eine kaum zu beherrschende Beweislage geriete*». Il est évident que la doctoresse ne peut pas supporter le fardeau de la preuve général de n'avoir violé aucun devoir accessoire de son obligation principale. Mais comme la jurisprudence considère toute l'intervention, même menée *lege artis*, comme illicite si elle n'est pas complètement couverte par le consentement de la patiente, il est contradictoire de soutenir que le devoir d'information est un simple devoir accessoire. Un arrêt non publié du Tribunal fédéral de 1995 (n° 436) pose d'ailleurs la question de savoir si la Haute Cour ne tend pas à suivre la même approche. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral part en effet de l'idée que la patiente aurait consenti à l'intervention même en cas d'information adéquate. Critique aussi KOLLER, n° 24 ss; 6 *PJA* (1997) p. 1198 s. Voir aussi WIEGAND, p. 167 ss; KUHN (1994), p. 25.

¹⁷¹² CONTI, p. 616 s.; KUHN (1999), p. 249.

où la méthode opératoire était seulement choisie pendant l'intervention (l'opération aurait alors dû être interrompue si cela avait été possible sans danger pour la patiente). Le Tribunal fédéral accorde FRs 35 000 de dommages-intérêts et FRs 25 000 de tort moral à la patiente. Il explique concernant la violation du devoir d'information:

«L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle; elle est liée à l'existence d'un risque inhérent à tout acte médical, risque qui ne peut être assumé que par celui qui y est exposé. Le médecin donc qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même correctement exécutés du point de vue médical. Le médecin doit donc réparation pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération, lors même qu'il n'aurait violé aucune des règles de l'art. [...] Le risque de l'acte médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien qui intervient sans obtenir le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter»¹⁷¹³.

435 Preuve du comportement alternatif licite: ATF 117 Ib 197. – Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral pose le principe selon lequel la doctoresse doit être admise à établir la preuve du consentement hypothétique de la patiente¹⁷¹⁴. La praticienne a alors la possibilité de prouver que la malade aurait consenti à l'intervention même si la patiente avait connu les risques tus¹⁷¹⁵. Pour l'appréciation de cette hypothèse, il ne s'agit pas de se demander si une patiente raisonnable et réfléchie aurait refusé son consentement après une information complète¹⁷¹⁶. La question est plutôt de savoir comment la patiente en question aurait réagi dans les circonstances données¹⁷¹⁷. Il incombe par contre à la patiente d'alléguer ou de rendre crédible pour quelles raisons surtout personnelles elle aurait refusé l'intervention en cas d'information conforme¹⁷¹⁸. Cette incombance doit être appréciée strictement¹⁷¹⁹.

436 Illustration: ATF non publié du 14 décembre 1995. – Dans cet arrêt¹⁷²⁰, le Tribunal fédéral s'est encore une fois prononcé sur la question des conséquences d'un défaut d'information: après la naissance de leur quatrième enfant, un couple se décide de faire

¹⁷¹³ ATF 108 II 59 [62].

¹⁷¹⁴ PAYLLIER (p. 229) estime que cette position reflète la doctrine majoritaire en Suisse (voir ses références).

¹⁷¹⁵ ATF 117 Ib 197 [206 ss]. Le Tribunal fédéral laisse cependant ouverte la question de savoir si l'argument du consentement hypothétique est une question de causalité (qualification donnée dans l'ATF 108 II 64) où une question d'imputabilité du dommage (HONSELL [2000], § 5 n° 24; GUILLOD [1986], p. 85).

¹⁷¹⁶ Cette approche dite objective a été choisie par le droit canadien (n° 231).

¹⁷¹⁷ ATF 117 Ib 197 [208 s.]. HONSELL ([2000], § 5 n° 24) critique l'approche subjective du Tribunal fédéral et estime que les exigences relatives à la preuve du consentement hypothétique ne doivent pas être trop élevées car la patiente raisonnable suivrait en règle générale l'avis de la doctoresse et aurait consenti à l'opération même si elle avait été renseignée complètement sur tous les risques (voir aussi 97 ZBI [1996] p. 282 s.). GUILLOD ([1986], p. 89 ss) semble plutôt favorable à l'approche subjective.

¹⁷¹⁸ ATF 117 Ib 197 [209].

¹⁷¹⁹ ATF 117 Ib 197 [207].

¹⁷²⁰ Il s'agit de l'ATF non publié IP.530/1994 du 14 décembre 1995, *A. S. und M. S. gegen Spitalverband B.*, commenté par Heinz HAUSHEER, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 1995 und 1996*, 133 RSJB (1997) p. 460 s.; KOLLER, p. 1 ss; KOLLER, 6 PJA (1997) p. 1197.

stériliser la femme par une stérilisation *post partum*¹⁷²¹ (ligature des trompes¹⁷²² par laparoscopie¹⁷²³ avec électro-coagulation supplémentaire). Malgré cette intervention, l'épouse tombe de nouveau enceinte et met au monde une fille. Après cette naissance, la mère se fait encore une fois stériliser selon la même méthode. Les parents demandent à l'organisation hospitalière des dommages-intérêts pour le préjudice et le tort moral subis à cause de la naissance non voulue. Le Tribunal de district, l'*Obergericht* zurichois, la Cour de cassation zurichoise et le Tribunal fédéral rejettent successivement leur action ou leur recours. Les demandeurs soutiennent notamment que l'information insuffisante sur les risques d'une nouvelle grossesse liés à cette méthode de stérilisation les aurait empêchés de se décider pour une autre méthode de stérilisation ou d'utiliser d'autres moyens de contraception en parallèle¹⁷²⁴. Selon le Tribunal fédéral, il faut distinguer les deux arguments: la première hypothèse vise la question de savoir si les parents auraient consenti malgré une information complète sur la ligature des trompes par laparoscopie avec électro-coagulation. Ce consentement hypothétique enlève à l'intervention son caractère d'atteinte illicite à l'intégrité physique de la patiente (ATF 117 Ib 197 [208]). C'est la doctoresse qui supporte le fardeau de la preuve pour ce fait. La deuxième branche de la question est celle de savoir si les parents auraient, dans l'hypothèse où ils auraient, en connaissance des risques d'échec, choisi la même méthode de stérilisation, utilisé des moyens supplémentaires de contraception. Dans ce cas, l'atteinte à l'intégrité physique par la stérilisation serait licite et ce sont les parents qui supporteraient le fardeau de la preuve. L'illicéité pourrait alors uniquement consister dans le manque d'information de la part de la praticienne. Le Tribunal fédéral estime que les parents auraient choisi la même méthode de stérilisation même s'ils avaient connu les risques d'échec. Il se base notamment sur le fait que les parents ont maintenu cette méthode de stérilisation malgré un premier échec. En ce qui concerne la deuxième hypothèse, la Cour suprême estime que la Cour de cassation n'a pas commis d'arbitraire en retenant que les parents n'auraient pas pris de mesures de contraception supplémentaires s'ils avaient connu les risques d'échec de la méthode choisie. Le Tribunal fédéral confirme ainsi le point de vue de la dernière instance cantonale qui niait le lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice prétendument subi. Cette affaire illustre les difficultés sérieuses que rencontre la juge pour décider quel aurait été le comportement de la personne qui se plaint d'une information lacunaire dans l'hypothèse d'une information complète.

- 437 **Critique.** – Une partie importante de la doctrine considère que les exigences posées au devoir d'information et la responsabilité pour des renseignements incomplets ont pris

¹⁷²¹ Période qui fait immédiatement suite à un accouchement (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 688).

¹⁷²² Obturation chirurgicale des trompes de Fallope, destinée à assurer la stérilité, habituellement définitive, d'une femme, consistant à poser, par voie abdominale ou vaginale, une ou deux ligatures sur chacune des deux trompes, et généralement associée à une résection tubaire (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 842).

¹⁷²³ La laparoscopie est l'examen endoscopique de la cavité abdominale, préalablement distendue, à l'aide d'un tube photophore (laparoscope) introduit au travers d'une courte incision abdominale (Dictionnaire de Médecine Flammarion, 4^e éd. [Paris 1991], p. 496).

¹⁷²⁴ Autrement dit: que la faute de la doctoresse consistant en une insuffisance d'information les aurait privés de la "chance" de ne pas devenir parents une cinquième fois. Pour la perte d'une "chance" de ne pas avoir un enfant, voir n° 529 ss.

des proportions problématiques, notamment dans le domaine médical¹⁷²⁵. Il est douteux que ce durcissement soit le bon moyen, d'un point de vue dogmatique et de politique juridique, pour atteindre une indemnisation de fautes thérapeutiques simplement probables¹⁷²⁶. Ce qui est en effet décisif, c'est la question de savoir si la patiente complètement renseignée aurait consenti à l'intervention ou non. C'est seulement quand la preuve est établie que la patiente adéquatement éclairée n'aurait pas consenti à une intervention risquée qu'une responsabilité de la doctoresse se justifie¹⁷²⁷. En effet, si une patiente n'est pas ou pas complètement informée, ce n'est pas son droit à l'intégrité physique, mais son droit à l'autodétermination découlant des droits de la personnalité des articles 27 et 28 CC qui est violé¹⁷²⁸. Encore faudrait-il cependant que le droit à l'intégrité physique et celui à l'autodétermination soient séparables l'un de l'autre, ce qui est douteux, car une violation du deuxième ne peut que difficilement donner lieu à réparation sans une violation du premier. La solution actuelle qui consiste à rendre, en cas de violation des droits de la personnalité de la patiente, la doctoresse responsable de tous les risques d'une opération, même si elle n'a commis aucune faute technique, n'est en tous les cas pas satisfaisante¹⁷²⁹.

9.2.3 Tendances dans les droits français et anglais

9.2.3.1 Droit français

438 Jurisprudence restrictive. - Face à cette difficulté de la preuve de ce qu'aurait décidé la créancière de l'information si elle avait été renseignée correctement, la jurisprudence française adopte une attitude hésitante. Certains arrêts refusent à la victime toute indemnisation de son dommage. Ainsi, dans un arrêt de 1984, la Cour de cassation a examiné le cas d'un notaire qui avait fautivement omis de transmettre sans délai à son destinataire la mise en demeure de payer une prime d'assurance-vie, ce qui avait entraîné la résiliation de la police peu de temps avant le décès de l'assuré et le refus de l'assureur de

¹⁷²⁵ HONSELL (2000), § 5 n° 23 ss; WERRO (1996), p. 24 s.; Jean Nicolas DRUEY, *Informationspflichten im Auftragsrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsanwaltsberufs*, in: *Information, Technologie und Recht (Neuere Entwicklungen und ihre Relevanz für die Rechtsberatungsberufe)*, Publications de la Fédération Suisse des Avocats, t. 14 (Berne 1996), p. 27; HONSELL (1994), p. 3, 15 ss; HONSELL (1990), p. 145 s.; Heinrich HONSELL, *Entwicklungstendenzen im Haftpflichtrecht*, in: Symposium Stark, *Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht – veranstaltet zum 70. Geburtstag von Emil W. Stark* (Zürich 1991), p. 20 ss; Franziska BUCHLI-SCHNEIDER, *Arzt Haftungsrecht*, 6 *rech* (1988) p. 96; Wolfgang WIEGAND, *Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes*, in: W. Wiegand (éd.), *Arzt und Recht*, BTJP 1984 (Berne 1985), p. 114; CONTI, p. 616; Rolf STÖRNER, *Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich*, 80 *SJZ* (1984) p. 127. Voir aussi, en droit allemand, Adolf LAUFS, *Arzt und Recht – Fortschritte und Aufgaben*, 51 *NJW* (1998) p. 1755 s.; Reinhard BODENBURG, *Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative*, 34 *NJW* (1981) p. 601; Dieter GIESEN, *Wandlungen des Arzthaftungsrechts* (Tübingen 1983), p. 80; Hans KUHLENDLAHL, *Ärztlicher Entscheidungsspielraum – Handlungszwänge*, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag* (München 1979), p. 471; MüKo-MERTENS, § 823 BGB n° 423.

¹⁷²⁶ CONTI, p. 618; voir aussi, en droit allemand, Ulrich HÖBNER, *Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko?*, 42 *NJW* (1989) p. 7; LAUFS *e.a.*, § 39 n° 8.

¹⁷²⁷ HONSELL (2000), § 5 n° 23. GUILLIOD ([1986], p. 100 s.) estime par contre que le consentement hypothétique de la patiente n'exonère pas la doctoresse de sa responsabilité.

¹⁷²⁸ WERRO (1996), p. 24 s. Le Tribunal fédéral ne partage pas cet avis (n° 433 ss).

¹⁷²⁹ HONSELL (2000), § 5 n° 23.

payer le capital prévu. La cour d'appel avait estimé que le préjudice de la veuve du défunt bénéficiaire de l'assurance se limitait à la perte de la chance qu'elle aurait eue, si elle avait été avertie, de régler la prime et de maintenir ainsi en vigueur le contrat d'assurance-vie. La Cour de cassation a censuré cet arrêt en disant que la possibilité ou l'impossibilité de payer la prime ne pouvait que déterminer l'existence ou l'absence de lien de causalité entre la faute de la personne responsable de la transmission tardive et le préjudice allégué:

«la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime»¹⁷³⁰.

La raison du rejet d'un rapport causal peut évidemment tenir au fait qu'il est pratiquement certain que, même informée (c'est ce que les droits suisse et allemand appellent le comportement alternatif licite), elle n'aurait pas eu une attitude différente et que le dommage se serait ainsi produit de toute façon¹⁷³¹. Dans la doctrine, cet arrêt de la Cour de cassation a été accueilli de différentes manières. Il a trouvé l'accord de VACARIE¹⁷³². HUET rejette cette solution, car il ne voit pas pourquoi l'implication de la victime devrait par définition signifier qu'il ne peut plus être question de la perte d'une chance réelle¹⁷³³. Cette controverse doctrinale a trouvée son écho en Belgique où NYS s'est pro-

¹⁷³⁰ Cass. (civ. 1^{re}) 2 octobre 1984, *Mme Asbroucq c. M. Debaecker*, Bull. civ. I n° 245, GP 1985 pj. 60.

¹⁷³¹ Voir, pour un tel cas, Cass. (civ. 1^{re}) 20 juin 2000, *Hédreul c. Cousin et autres/H.C.C. et autres*, Bull. civ. I n° 193, GP 2000 jp. 10, D 2000 ir. 198, D 2000 somm. 471: «Il est [...] de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou son refus. Il ne peut donc être reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté un patient de sa demande de réparation du préjudice subi du fait de la perforation intestinale survenue après une coloscopie, dès lors que la Cour d'appel a relevé que l'intéressé, dont le père était mort d'un cancer du côlon, souhaitait se débarrasser de troubles intestinaux pénibles et de craintes pour l'avenir, que la recto-colite dont il était atteint favorisait la survenue d'un cancer et que le polype découvert devait être enlevé compte tenu du risque de dégénérescence en cancer. C'est par une appréciation souveraine [...] que la Cour d'appel a estimé qu'informé du risque de perforation, le malade n'aurait refusé ni l'examen, ni l'exérèse du polype, de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice». Cette argumentation suppose la recherche de l'attitude "raisonnable" du patient confronté à l'information telle qu'elle aurait dû lui être donnée. Cela implique la référence à un standard abstrait de la "bonne patiente", ni plus, ni moins réaliste que celle de la "bonne mère de famille", ou celle de la "bonne professionnelle". Voir aussi CA Angers 11 septembre 1998, *X. c. Y*, D 1999 jp. 46; Cass. (com.) 25 février 1986, *Société Automobiles Peugeot c. Société Turco-Le Raincy*, JCP 1986 IV 127; Cass. (civ. 1^{re}) 5 novembre 1974, *Lévy et autre c. Mériot et autre*, Bull. civ. I n° 292, JCP 1974 IV 417; Cass. (civ. 1^{re}) 25 novembre 1971, *Epoux Hauer c. Fayolle et Martin*, Bull. civ. I n° 296, JCP 1972 II 17375.

¹⁷³² VACARIE, p. 917 s.

¹⁷³³ Jérôme HUET, Perte d'une chance: du plus ou moins classique, 84 RTDC (1986) p. 117. Selon cet auteur, la situation de cet arrêt «ne peut se comparer à celle où la victime invoquerait, de manière purement hypothétique, une activité qu'elle aurait souhaité développer dans l'avenir si la faute commise ne l'en avait pas empêchée, et que rien dans le passé ne permet de le corroborer: à la suite d'un accident, tout un chacun soutiendrait devenir champion de tennis ou d'échec. En l'espèce, d'ailleurs, l'intervention de la victime se situe entre le fait originaires et le dommage invoqué, dont on ne pourra jamais dire si l'un est la cause de l'autre, et non parmi des conséquences préjudiciables plus ou moins lointaines et imaginaires. Ce que l'on ne sait pas est si l'assuré, dûment mis en demeure, eût acquitté la prime. Mais il est clair que, ne l'ayant pas été, il a perdu une chance de se mettre en règle, sauf s'il

noncé contre¹⁷³⁴, et VANSWEEVELT pour l'application de la théorie de la perte d'une chance à la situation de la patiente insuffisamment informée¹⁷³⁵.

- 439 Jurisprudence large.** — D'autres arrêts français cependant ferment les yeux sur l'incertitude de la relation causale lorsqu'il apparaît plausible que la victime, informée, aurait pris une décision qui lui aurait permis d'empêcher la réalisation des risques auxquels le défaut de renseignements l'a exposée¹⁷³⁶. La même solution a été adoptée à propos de l'obligation de conseil de la notaire¹⁷³⁷. Dans toutes ces espèces, il n'y avait tout au plus qu'une probabilité de lien causal entre la faute et le dommage. La victime n'a obtenu réparation qu'en vertu d'un allègement sensible de la charge de la preuve qui lui incombe. Ces arrêts ont implicitement posé une présomption de causalité en observant, pour retenir l'existence d'un rapport causal, que la doctoresse n'avait pas établi que la patiente, si elle avait connu l'information omise, aurait eu une attitude évitant le dommage¹⁷³⁸.
- 440 Solution intermédiaire: perte d'une chance.** — Pour indemniser la victime en tenant compte de l'incertitude qui subsiste, des arrêts de plus en plus nombreux indemnisent au moins la perte d'une chance de prendre une décision de nature à éviter le dommage¹⁷³⁹. Tel est notamment le cas en matière médicale¹⁷⁴⁰, mais la jurisprudence française révèle

est établi qu'en aucun cas, il n'avait eu l'intention ou la possibilité de le faire. L'incertitude ne peut être levée d'aucune façon. Et, dans ces conditions, renvoyer à la recherche d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, c'est, semble-t-il, rendre la réparation impossible. Aussi bien la solution retenue laisse-t-elle insatisfait». FABRE-MAGNAN (n° 618) critique également le raisonnement de la Cour de cassation mais pour sa confusion entre la perte d'une chance et le lien de causalité.

¹⁷³⁴ Hermann NYS, *Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie*, 52 RW (1988-89) p. 1161.

¹⁷³⁵ VANSWEEVELT, n° 463 s.

¹⁷³⁶ Cass. (civ. 1^{re}) 26 mars 1996, *Malpuech et autre c. Epoux Reynard*, Bull. civ. I n° 155 et 156, 95 RTDC (1996) p. 625, 9 Resp. civ. et assur. (1996) n° 229; CA Poitiers 8 avril 1992, *Bernard c. Epoux Mounier*, D 1993 somm. 27; CA Versailles 20 décembre 1991, *Mutuelles du Mans IARD et autre c. Mme Yablonsky et autre*, D 1993 somm. 29; Cass. (civ. 1^{re}) 11 février 1986, *Michel ès qualité c. Compagnie d'assurance "La Concorde" et autres*, Bull. civ. I n° 24, JCP 1987 II 20775, GP 1986 jp. 297; Cass. (civ. 1^{re}) 22 septembre 1981, *X*, JCP 1981 IV 384; CA Lyon 8 janvier 1981, *Epoux S. c. B.*, JCP 1981 II 19699; Cass. (civ. 1^{re}) 17 novembre 1969, *Dr H. c. dame V.*, D 1970 jp. 85, JCP 1970 II 16507; Cass. (civ. 1^{re}) 27 octobre 1953, *Bournoville et autres c. Gossart*, JCP 1953 II 7891, D 1953 jp. 658.

¹⁷³⁷ Cass. (civ. 1^{re}) 19 mai 1992, *Rodolphe c. X.*, Bull. civ. I n° 147, 92 RTDC (1993) p. 134.

¹⁷³⁸ Pour une caisse d'épargne qui n'avait pas démontré que l'emprunteur était dans un état de santé qui n'aurait permis en aucun cas de l'assurer, Cass. (civ. 1^{re}) 17 février 1987, *Caisse d'épargne et de prévoyance d'Annemasse c. M. Lievens*, Bull. civ. I n° 56.

¹⁷³⁹ Déjà Cass. (civ. 1^{re}) 5 novembre 1974, *Lévy et autre*, Bull. civ. I n° 292, JCP 1974 IV 417.

¹⁷⁴⁰ Les arrêts cités au n° 110. C'est notamment Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1990, *Jugnet c. Hérard et autres*, Bull. civ. I n° 39, D 1990 ir. 61, D 1991 somm. 183, 90 RTDC (1991) p. 112, qui a opéré un véritable revirement de jurisprudence. Récemment, le Conseil d'Etat a rejoint la jurisprudence de la Cour de Cassation sur ce point: CE 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, GP 2000 jp. 21 et 31, JCP 2000 I 243, JCP 2000 II 10271. Voir déjà CAA Nancy 9 juillet 1991, *Mme Devresse et autres*, Rec. CE p. 1185. Voir également CA Versailles 11 mars 1999, *Société Le Sou médical et autre c. Mme Olivier et autre*, D 1999 ir. 124: «[L]a chance perdue par le patient de ne pas avoir été à même de se soustraire, du fait même du défaut d'information imputable au médecin, au risque infectieux qui s'est en l'occurrence réalisé, indépendamment de la faute du médecin, ne peut donc s'identifier à la réalisation du risque lui-même, mais s'apprécie au regard de la latitude dont disposait effectivement le patient de refuser le risque encouru, et conduit ainsi à rechercher d'une manière objective si le patient pouvait se

bien d'autres applications de la notion de perte d'une chance en cas de manquement à une obligation d'information ou de conseil¹⁷⁴¹. Un exemple fréquent se trouve en matière d'assurance où le défaut d'information sur la possibilité ou la nécessité de conclure une assurance peut également faire perdre des chances d'éviter un préjudice¹⁷⁴². Dans la doctrine, c'est DURRY qui avait proposé la solution du recours à la perte d'une chance¹⁷⁴³ et JOURDAIN s'y est rallié¹⁷⁴⁴. D'autres auteurs condamnent l'usage de la théorie de la perte d'une chance pour le problème de l'incertitude sur le comportement de la victime dans l'hypothèse d'une information correcte¹⁷⁴⁵.

- 441 **Autres solutions.** - Parfois, la jurisprudence opte aussi pour la réparation d'un simple préjudice moral¹⁷⁴⁶. FABRE-MAGNAN plaide en faveur de l'application de la notion de l'exposition à un risque en matière de violation d'une obligation d'information. Cela signifierait que lorsqu'une personne expose fautivement une autre à un risque, ou lui tait fautivement l'existence d'un risque, elle doit lui réparer intégralement le dommage subi, mais uniquement en cas de réalisation du risque¹⁷⁴⁷.

9.2.3.2 Droit anglais

- 442 *Sykes v. Midlandbank Bank Executor & Trustee Co. Ltd.*¹⁷⁴⁸. - Cet arrêt, apparemment le seul sur ce point, rejette l'application de la théorie aux espèces de défaut d'information. Un locataire a subi un dommage en relation avec une disposition inusitée et quelque peu obscure dans son contrat de bail. Son sollicitor ne l'avait à tort pas informé de ce fait. Comme le locataire ne pouvait pas prouver qu'il n'aurait, s'il avait été renseigné suffisamment, pas conclu le contrat en question, il a invoqué la théorie de la *loss of a chance*. Ce raisonnement a été rejeté par la *Court of Appeal*, qui n'a cependant

permettre ou non, compte tenu de l'état de ses genoux, de refuser le traitement de sa maladie et, partant, l'examen litigieux ou l'arthroscopie qui aurait pu être pratiquée à sa place. Dès lors que le patient, en raison de l'ancienneté de sa maladie et de l'accentuation de ses douleurs, était contraint de se faire soigner et y était résolu, la chance qu'il a perdue, du fait de son manque d'information, de refuser l'arthrographie et d'éviter ainsi l'infection et ses conséquences dommageables, est de faible importance (15 000 F de dommages-intérêts).

¹⁷⁴¹ Cass. (civ. 1^{re}) 30 mai 1995, *Société civile professionnelle A., D., L., et autre c. Epx Benchevrit*, 8 Resp. civ. et assur. (1995) n° 306 (violation de son devoir de conseil par un notaire; en l'occurrence le client aurait sûrement pris la décision favorable); CA Versailles 12 novembre 1987, *Renoux c. Dame Le Trévou et autres*, D 1988 ir. 3 (violation de son obligation de conseil par un expert-comptable); VINEY/JOURDAIN, n° 369-1.

¹⁷⁴² Cass. (civ. 2^e) 19 mars 1997, *Comité d'entreprise de la CRCA des Pyrénées-Atlantiques c. Vidiella*, Bull. civ. II n° 89, D 1999 somm. 87; Cass. (civ. 2^e) 19 juin 1996, *Pignon c. UAP et autres*, Bull. civ. II n° 160, D 1998 somm. 50.

¹⁷⁴³ Georges DURRY, 68 RTDC (1970) p. 580.

¹⁷⁴⁴ Patrice JOURDAIN, 92 RTDC (1993) p. 135.

¹⁷⁴⁵ FABRE-MAGNAN, n° 628; J. GUIGUE, note sous TGI Paris 17 janvier 1994, *Raymonde Simon c. Dr Chaloni Serero*, GP 1994 jp. 154; A. DORSNER-DOLIVET, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 11 février 1986, *Michel es qual. c. Compagnie d'assurance "La Concorde" et autres*, JCP 1987 II 20775; VACARIE, p. 917 s.; CHABAS (1996), p. 231 s.

¹⁷⁴⁶ CA Paris 20 février 1992, *X. c. Y.*, D 1993 somm. 30; Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1990, *Jugnet c. Hérard et autres*, Bull. civ. I n° 39, D 1990 ir. 61, D 1991 somm. 183, 90 RTDC (1991) p. 112, où la Cour, après avoir jugé que le préjudice consiste dans la perte d'une chance, ne retient que le préjudice moral, à l'exclusion du dommage corporel.

¹⁷⁴⁷ FABRE-MAGNAN, n° 620 s.; Avortement et responsabilité médicale, 100 RTDC (2001) p. 315 s.

¹⁷⁴⁸ [1970] 2 All E.R. 471 (CA).

pas tenté d'élaborer, contrairement à la Cour de cassation française, des critères de distinction généraux entre les cas de défaut d'information et le champ d'application "traditionnel" de la théorie de la perte d'une chance.

- 443 **Tentative de proposition générale.** - DONALDSON de la *Court of Appeal* a tenté cela dans *Hoison v. East Berkshire Area Health Authority*¹⁷⁴⁹. Il estime que dans les situations d'information insuffisante ce n'est pas le destin, mais la victime elle-même qui aurait pu déterminer le résultat de la chance perdue, et qu'il serait possible - contrairement aux cas "traditionnels" de la perte d'une chance - de déterminer quel aurait été le résultat si la faute n'avait pas été commise:

*"Take the case of a solicitor who fails to advise his client that the property which he is about to purchase is subject to a right of way. If the client had been told, he would or would not have gone ahead with the transaction. That would have been his choice, not the choice of fate. Ascertaining what his choice would have been is possible, whereas the prospects for a cure of a particular patient are sometimes not. The damages recoverable by the solicitor's client would therefore be all or nothing, depending on whether he could prove, on the balance of probabilities, that he would have abandoned the transaction"*¹⁷⁵⁰.

Malheureusement, DONALDSON n'explique pas comment la circonstance que la victime elle-même aurait dû décider, devrait par définition rendre possible la détermination de ce qu'aurait été cette décision¹⁷⁵¹. La possibilité de prendre cette décision est perdue pour toujours pour la victime. Son opinion actuelle ne peut plus être déterminante, car elle connaît entre-temps le cours malheureux que les choses ont pris¹⁷⁵². Le raisonnement de DONALDSON laisse aussi inexpliqué pourquoi, en droit anglais, la théorie de la perte d'une chance n'est pas rejetée de la même manière dans des cas où la décision sur le résultat de la chance perdue se trouve entre les mains d'une tierce personne et non pas entre celles de la victime (n° 180), comme par exemple dans *Chaplin v. Hicks* (n° 179), où la décision sur l'engagement de la demanderesse en tant qu'actrice se trouvait entre les mains du défendeur¹⁷⁵³. Dans son traité du droit international de la responsabilité médicale, GIESEN plaide en faveur de l'application, en *common law*, de la théorie de la perte d'une chance pour résoudre les problèmes de responsabilité découlant d'une information insuffisante:

*"In other words, where a physician falls below the legally applicable standard of disclosure, and injury occurs which that duty to disclose was designed to prevent, he will have the burden of proving that he was not in fact negligent. The plaintiff's lost chance of making his own informed and final decision would be regarded as an injury per se giving rise to liability under McGhee or, alternatively, the violation of the patient's right to make an informed decision should be regarded as an injury in itself, which would permit a court to view the loss of the chance to decline the proposed treatment simply as an item of damage flowing from that injury, and thus to award damages in accordance with well-settled general principles in personal injury actions"*¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁴⁹ [1987] 1 All E.R. 210 (CA) (n° 186).

¹⁷⁵⁰ *Hoison v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 1 All E.R. 210, 217h (CA).

¹⁷⁵¹ AKKERMANS, p. 210.

¹⁷⁵² H. L. A. HART/Tony HONORÉ, *Causation in the law*, 2^e éd. (Oxford 1985), p. 417; GIESEN, n° 676.

¹⁷⁵³ Lors de la finale perdue, le jury se composait d'une seule personne, à savoir le défendeur lui-même. Son avis ultérieur ne peut pas non plus être déterminant. Voir aussi MCGREGOR, n° 388.

¹⁷⁵⁴ GIESEN, n° 702.

9.2.4 Arguments contre l'application de la théorie at leur manque de pertinence

444 Critères d'évaluation trop subjectifs. – Une critique souvent évoquée à l'encontre de l'utilisation de la perte d'une chance lorsque la réalisation de la chance dépend d'une décision de la victime porte sur le prétendu arbitraire dans l'évaluation du dommage¹⁷⁵⁵. Cette estimation recèlerait une grande part de subjectivité, car si la malade avait été en situation de choisir, elle aurait certes pris sa décision en fonction de critères objectifs (pourcentage des risques, utilité objective de l'intervention, etc.) mais aussi de facteurs personnels et sans doute irrationnels que la juge ne peut le plus souvent appréhender¹⁷⁵⁶. Cela expliquerait le flou régnant dans la jurisprudence française quant à l'évaluation de la valeur de la chance perdue de refuser le traitement¹⁷⁵⁷. Des auteurs suisses et allemands sont également d'avis qu'il n'est que rarement possible d'affirmer que la patiente en question avec ses spécificités et ses caractéristiques aurait consenti, dans sa situation particulière, à se faire opérer le jour en question par la doctoresse concernée¹⁷⁵⁸. CHABAS va encore plus loin dans sa critique de l'utilisation de la théorie de la perte d'une chance comme moyen pour surmonter les difficultés de preuve en contestant l'existence même de chances. Selon cet auteur, en pareil cas, les chances ne sont pas quantifiables et elles ne représentent rien d'autre que des supputations sur la décision que la victime aurait prise en toute liberté¹⁷⁵⁹. Cette critique manque de pertinence pour les raisons suivantes. On peut en effet imaginer des cas où l'on sait que la victime aurait refusé son consentement. Tel est par exemple le cas de la personne qui demande une médication de simple confort pour un mal qui, à brève échéance, est appelé à disparaître spontanément, si on lui signale l'existence d'un danger grave. Une témoin de Jéhovah ne se ferait pas non plus vacciner. A l'inverse, l'on est parfois sûr que la personne aurait

¹⁷⁵⁵ Patrice JOURDAIN, Sur la perte d'une chance, 91 RTDC (1992) p. 109; VACARIE, p. 917 ss.

¹⁷⁵⁶ Philippe BOIS (D. Berberat/D. Perdrizet/P. Wessner, Philippe Bois [éd.] - Pertinence et impertinences [Neuchâtel 1999], p. 57 s.) se demande s'il y a vraiment une très grande envie de la part des individus à être exactement informés: «On doit la vérité au malade pour qu'il soit associé au choix du traitement, mais pas pour lui renvoyer tout le poids de ce choix». Une étude statistique récente en Allemagne montre en outre l'influence souvent limitée de l'information donnée à la patiente par la doctoresse (Gerald D. GIEBEL/Albrecht WIENKE/Jürgen SAUERBORN/Martin EDELMANN/Rudolf MENNIGEN/Anne DIEVENICH, Das Aufklärungsgespräch zwischen Wollen, Können und Müssen, 54 NJW [2001] p. 863 ss).

¹⁷⁵⁷ PORCHY, p. 382. Voir, par exemple, TGI Paris 17 janvier 1994, *Raymonde Simon c. Dr Chalom Serero*, GP 1994 jp. 152 (FRF 50 000); CA Versailles 8 juillet 1993, *François Rolet c. Epoux Ramto-hui*, GP 1994 jp. 149, D 1995 somm. 98 (FRF 250 000); CA Paris 22 janvier 1993, *Claude Le Louarn c. Annie Defruit*, GP 1994 jp. 399 (FRF 50 000).

¹⁷⁵⁸ ROBERTO, p. 61; LANGE, p. 209 s.; WIEGAND, p. 184 s.

¹⁷⁵⁹ François CHABAS, L'obligation médicale d'information en danger, JCP 2000 I 212 p. 462; CHABAS (1996), p. 231 s.: «L'evento non è probabilmente parimenti aleatorio quando dipende dalla volontà di terzi [...]. Riteniamo che la stessa cosa valga a fortiori nel caso in cui il risultato favorevole dipenda dalla volontà della vittima stessa [...]. In effetti, in tali casi, le possibilità non sono quantificabili; e, alla stesso moda, non si può parlare di chances». La Cour de cassation a décidé dans le sens contraire dans Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1991, *Gosse-Gardet c. Epoux David et autres*, Bull. civ. I n° 248, JCP 1992 II 21947, JCP 1991 IV 366, GP 1992 somm. 152, 91 RTDC (1992) p. 112: faute du médecin qui n'a pas signalé lors de l'examen prénuptial à une femme qu'elle n'était pas immunisée contre la rubéole; cette faute a fait perdre à l'enfant une chance d'éviter de supporter les conséquences de la rubéole contractée par sa mère en début de grossesse (dûment informée, la mère aurait pu se faire vacciner). Voir aussi FABRE-MAGNAN, n° 617.

consenti à l'intervention. Il en va ainsi par exemple de la personne cultivée, appartenant à un milieu médical et dont on a vérifié *in concreto* qu'elle tenait ses vaccins à jour, qui acceptera une vaccination antitétanique, qu'on lui dise ou non que certains accidents se sont produits en pareille circonstance. Il est vrai que de tels examens *in concreto* ne sont que rarement envisageables. Mais dans tous les cas où un doute excluant des certitudes suffisantes pour trancher radicalement subsiste, rien ne s'oppose à l'application de la théorie de la perte d'une chance¹⁷⁶⁰. L'exemple simplifié suivant illustre comment la notion de "chance" peut trouver une application très directe dans ce genre de situations: un certain médicament présente 75% de chances de réussite et 25% de risques d'échec. Dès lors, si une doctoresse a omis d'informer la malade sur l'existence de ce médicament, il est possible de dire, d'une part, que cette réticence fautive a bien causé le dommage - selon toute vraisemblance, la malade aurait pris ce médicament si elle avait reçu l'information - et, d'autre part, que le dommage causé par cette faute est la perte d'une chance de 75% de guérison. De la même manière, la quantification de la probabilité avec laquelle une patiente complètement informée aurait accepté ou refusé un traitement proposé reste tout à fait faisable et la juge doit pouvoir en faire une estimation raisonnable¹⁷⁶¹. La jurisprudence suisse connaît d'ailleurs déjà l'évaluation probabiliste (en l'occurrence statistique) d'éléments subjectifs. En effet, pour la prise en compte des chances de remariage, les tribunaux tiennent compte, entre autres, de la volonté de remariage de la survivante (n° 514)¹⁷⁶². Pour assurer une appréciation aussi exacte que possible, il se justifie cependant d'objectiver quelque peu l'approche choisie par le Tribunal fédéral pour évaluer le dommage découlant de l'insuffisance d'informations¹⁷⁶³. Pour ce faire, la juge devrait se référer à la patiente moyenne, agissant raisonnablement¹⁷⁶⁴. La juge pourrait ainsi se baser sur des données statistiques concernant les décisions de patientes dans des situations semblables qui - bien informées - avaient le même choix à faire. L'estimation ainsi faite sera ensuite ajustée, dans la mesure du possible, en fonction des caractéristiques spécifiques de la situation de la victime en question¹⁷⁶⁵. Une analyse concrète des circonstances de l'espèce, prenant comme point de départ des informations statistiques, permettra ainsi de décider avec une certitude suffisante avec quelle probabilité la patiente en question aurait refusé ou accepté le traitement. Le Tribunal administratif du canton de Berne s'est ainsi fondé sur la probabilité objective (en pourcentage) qu'un certain risque se réalise pour décider si la doctoresse était tenue d'en informer la patiente. Il a décidé qu'en l'espèce, la doctoresse n'était pas tenue de donner des informations sur le risque d'embolie graisseuse que peut impliquer une injection de graisse dans le visage, ce risque étant en effet minime (en dessous de 1:10 000). Il serait généralement connu que si la probabilité de réalisation d'un risque découlant d'un projet se situe en-dessous d'un certain seuil, la plupart des êtres humains exécuteraient néanmoins le projet et auraient confiance en la non-réalisation du risque. Si d'éventuels risques liés à une opération sont très petits, les patientes se décideraient

¹⁷⁶⁰ AKKERMANS, p. 213; VANSWEEVELT, n° 367.

¹⁷⁶¹ MOUQUIN (§ 629) donne l'exemple des sondages électoraux.

¹⁷⁶² BREHM, art. 45 CO n° 110.

¹⁷⁶³ ATF 108 II 59, où le Tribunal fédéral s'est prononcé en faveur d'une approche subjective (n° 434). HONSELL ([2000], § 5 n° 24) est également en faveur d'une méthode objective. Cette dernière approche a aussi été choisie par les droits français (note 1740) et canadien (n° 231).

¹⁷⁶⁴ Pour une analyse détaillée des critères applicables pour cette opération (tout au moins dans le contexte du patient insuffisamment informé), voir GIESEN (n° 670 ss) qui rejette le "*objective test*" et plaide en faveur d'un "*subjective test*" (n° 675). Voir aussi VANSWEEVELT, n° 353 ss.

¹⁷⁶⁵ GIESEN, n° 670 ss.

en règle générale malgré ces risques pour l'intervention même dans le cas où elles n'attendent que des améliorations modestes au niveau de la santé ou de l'esthétique¹⁷⁶⁶.

- 445 Absence du caractère aléatoire de l'enjeu total.** – Une autre critique à l'égard de l'utilisation de la perte d'une chance pour les cas d'information insuffisante consiste à dire que l'enjeu total n'est pas aléatoire lorsqu'il dépend de la volonté d'autrui¹⁷⁶⁷. Une des conditions d'application de la théorie de la perte d'une chance (n° 369 ss) ferait ainsi défaut. Le caractère aléatoire de l'enjeu total découlerait moins de l'incapacité de la mandataire de promettre un certain résultat (guérison, survie, gain du procès), mais plutôt de l'imprévisibilité de la vie, de l'évolution de la santé, des aléas de la justice, dont l'obligation de moyens de la mandataire ne serait qu'une conséquence. L'action humaine de la part de la victime ne pourrait ainsi fonder le caractère aléatoire nécessaire de l'enjeu total et il serait impossible de forger une quelconque statistique à ce sujet¹⁷⁶⁸. Ces craintes sont également dénuées de fondement. Les notions de "libre arbitre/volonté" et "chance" ne s'excluent en effet pas complètement. Cette objection serait pertinente dans l'hypothèse où la victime a effectivement pu influencer le cours des choses par une décision prise en connaissance de cause. Cette possibilité demeure cependant purement hypothétique, car la situation dans laquelle la victime aurait pu exercer son libre choix, ne s'est justement pas réalisée. C'est à cause du manque d'informations, qu'elle n'a pas – ou en tout cas pas librement – pu décider. La décision de se soumettre à, ou au contraire de refuser, un traitement n'est pas moins incertaine que les événements passés constituant la chaîne causale impénétrable amenant à un dommage. Comme pour l'absence de différence logique entre les chances passées et futures (n° 422 ss), la seule chose qui est déterminante pour les chances dont la réalisation dépend de la victime est que la décision de la victime est devenue purement hypothétique par la faute de la responsable¹⁷⁶⁹. Si une chance "réelle" existe que la patiente se serait décidée autrement en disposant d'une information complète, alors cette chance a été perdue par la faute de la doctoresse, et entre en ligne de compte pour une réparation¹⁷⁷⁰. Il en va différemment seulement lorsque la juge arrive à la conclusion qu'il n'existait pas seulement une chance, mais une certitude suffisante en faveur d'une décision radicale (tout ou rien). Dans ce cas, aucune indemnité ou, au contraire, une réparation intégrale est naturellement indiquée, et la question de l'application de la théorie de la perte d'une chance ne se pose pas.

- 446 Palliatif au lien de causalité manquant.** – Une dernière critique consiste à dire que la notion de perte de chances de refuser l'intervention, à l'instar de la perte de chances de guérison ou de survie en général (n° 331 ss), serait utilisée pour pallier l'incertitude du rapport causal entre la faute et le dommage¹⁷⁷¹. Selon FABRE-MAGNAN, «il y a [...] une

¹⁷⁶⁶ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 6 mars 2000, X., Jurisprudence administrative bernoise (2000) p. 448 s.

¹⁷⁶⁷ CHABAS (1996), p. 231 s.; VACARIE, p. 920 ss.

¹⁷⁶⁸ Voir surtout VACARIE selon laquelle «fonder la réparation de la seule perte d'une chance sur le caractère hypothétique de la décision qui aurait été prise par le demandeur revient à assimiler acte volontaire et événement aléatoire, alors que la chance et la volonté sont antinomiques» (p. 918).

¹⁷⁶⁹ Jérôme HUET, Perte d'une chance: du plus ou moins classique, 84 *RTDC* (1986) p. 118.

¹⁷⁷⁰ VANSWEEVELT, n° 464.

¹⁷⁷¹ FABRE-MAGNAN, n° 601, 609; HOCQUET-BERG, n° 13 ss; PENNEAU ([1990], p. 538) qui propose de faire une distinction entre les interventions indispensables et les autres pour savoir si le défaut d'information est en relation de causalité avec le dommage physique subi par la patiente. Selon lui, le

grave dérive lorsque l'on utilise la notion de perte d'une chance pour tenir compte du fait que si le créancier avait connu l'information, il n'aurait peut-être pas modifié son comportement¹⁷⁷². La notion de perte d'une chance serait ainsi utilisée pour pallier l'incertitude sur le lien de causalité¹⁷⁷³. Cette critique "classique" à la théorie de la perte d'une chance n'est pas plus convaincante que les deux premières. Même si ces craintes doivent être prises au sérieux dans le contexte de l'utilisation de la notion de perte de chances de survie ou de guérison en tant que problème de causalité (n° 331 ss), celles-ci sont mal fondées pour la perte de la chance de refuser un traitement due à une violation par la docteure de son obligation d'informer. Les deux situations sont en effet fondamentalement différentes: dans le cas de la perte de chances de guérison ou de survie, un préjudice global découle d'une unique faute médicale, mais seule une fraction du préjudice final est réparée du fait de l'impossibilité de la juge de caractériser le rapport causal entre la faute et le dommage effectivement subi. Or, dans le cas du non-respect de la volonté de la malade, deux catégories d'événements ont concouru au dommage final¹⁷⁷⁴. Il y a tout d'abord le défaut d'information qui prive la malade de la seule chance d'éviter le dommage. Puis, une faute technique ou l'aléa inhérent à l'acte ont nécessairement dû intervenir pour que cet acte non consenti entraîne un dommage corporel. Sa réparation ne pourra alors être assurée qu'à condition d'établir avec certitude que la patiente aurait refusé l'acte médical dommageable. A défaut, seul devra être en principe réparé le préjudice exactement causé par le défaut de consentement libre et éclairé, à savoir le préjudice consistant en la perte de la chance de pouvoir décider en pleine connaissance de cause¹⁷⁷⁵.

9.2.5 Arguments pour l'application de la théorie

447 Juste compromis. - Il n'existe donc aucune raison valable pour rejeter catégoriquement la théorie de la perte d'une chance pour les cas où le comportement hypothétique de la patiente mal informée ne peut être établi avec une certitude suffisante¹⁷⁷⁶. Les avantages de la théorie de la perte d'une chance sont évidents. La juge peut en effet, au stade de l'évaluation du préjudice, tenir compte de tous les aspects de la situation. Elle refuse l'indemnisation lorsque, compte tenu du caractère impératif de l'intervention, elle estime que la patiente n'aurait pas raisonnablement pu s'y soustraire¹⁷⁷⁷. Elle peut la moduler en fonction de la fréquence du risque dissimulé à la patiente et des bénéfices attendus du traitement. Il est vrai que cette modulation comporte nécessairement une part d'appréciation subjective, car la démarche de la juge consiste en fait à se poser la question suivante: sur dix personnes raisonnables placées dans la même situation que la patiente, combien auraient refusé l'opération? La réponse est souvent incertaine, mais ce

manquement à une obligation d'information ne peut être cause d'un dommage corporel que si l'intervention n'était pas nécessaire.

¹⁷⁷² FABRE-MAGNAN, n° 606.

¹⁷⁷³ FABRE-MAGNAN, n° 606.

¹⁷⁷⁴ PORCHY, p. 382.

¹⁷⁷⁵ Voir, par contre HOCQUET-BERG, n° 11: «Toute cette jurisprudence ne satisfait ni l'équité, ni la logique. [...] la sanction de la violation d'un devoir d'humanisme suppose l'existence d'un dommage corporel ou moral mais s'ajoutant à celui résultant de la mauvaise information. Le défaut d'information n'est pas sanctionné en soi».

¹⁷⁷⁶ AKKERMANS, p. 211. Selon lui, l'opinion contraire résulterait d'une confusion entre les déroulements effectif et hypothétique des faits.

¹⁷⁷⁷ CA Angers 11 septembre 1998, *X. c. Y.*, D 1999 jp. 46.

système est préférable aux autres solutions envisageables¹⁷⁷⁸. Il est en effet difficile de justifier une indemnisation intégrale alors que le défaut d'information, qui n'est pas la cause immédiate du dommage final subi, a seulement pu conduire la patiente à s'y exposer en acceptant l'intervention. C'est seulement dans des cas exceptionnels qu'une décision négative ou positive de sa part pourrait être tenue pour certaine. Mais en règle générale le refus de la patiente demeurera hypothétique. Dans ces conditions, l'octroi d'une réparation intégrale ne pourrait s'expliquer que par une présomption de causalité, ou bien par l'idée que la praticienne qui procède à une intervention sans avoir informé la patiente des risques qu'elle comporte doit assumer tous les risques de l'intervention même exécutée *lege artis*¹⁷⁷⁹. L'application de la théorie représente par contre une solution équilibrée entre les deux solutions extrêmes, à savoir le refus complet d'une indemnisation et une réparation entière. JOURDAIN est également d'avis qu'

aucune des deux autres solutions concevables ne vaut celle-ci. Accorder une indemnisation intégrale nierait l'incertitude qui subsiste sur la décision qu'aurait finalement prise la victime dûment informée. Refuser toute réparation méconnaîtrait le fait que l'ignorance l'a privée de la chance d'éviter le dommage¹⁷⁸⁰.

Encore une fois, cette approche permettrait de trouver des solutions plus justes que la méthode radicale du tout-ou-rien. Dans ce contexte, ce seront donc les doctoresses qui profiteront de l'indemnisation de la perte d'une chance et non les patientes, en tout cas par rapport à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (n° 433 ss). Ce sont en effet elles qui ne réussissent régulièrement pas à prouver que le comportement alternatif licite n'aurait pas eu d'influence sur la décision de la victime.

- 448 Création d'un risque.** – La distinction entre ces deux notions sera examinée dans le prochain chapitre (n° 449 ss). Une allusion au caractère dichotomique de la notion "chance" se justifie cependant déjà à ce stade de l'analyse, car la problématique de la responsabilité découlant d'une information insuffisante pourrait aussi être analysée sous l'angle de la création d'un risque. En effet, lorsqu'une demanderesse n'a pu, à cause d'une faute de son avocate, interjeter un recours, elle possédait d'ores et déjà "dans son patrimoine" une chance de succès dans la procédure de recours dont elle a été privée. En revanche, lorsqu'une personne n'a pas reçu une information et n'a donc pas pu adopter un comportement conforme à ses intérêts, elle n'a pas réellement été privée d'une chance d'agir différemment, car, avant de recevoir cette information, elle n'avait pas "dans son patrimoine" une chance d'agir autrement. Elle a simplement été privée de la possibilité de devenir titulaire d'une chance par la transmission même de l'information. Il ne s'agit plus de la perte d'une chance existante, mais en quelque sorte de la "perte d'une création de chance", autrement dit de la création d'un risque¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁸ En particulier, ne reconnaître à la patiente qu'un droit à la réparation du préjudice moral consistant dans l'atteinte portée à son autonomie, comme cela a été proposé en droit français (n° 441), n'est pas satisfaisant. Toute référence au dommage effectivement subi serait alors exclue, si bien que l'indemnisation ne pourrait pas être proportionnelle aux conséquences de l'accident.

¹⁷⁷⁹ Les deux alternatives sont critiquables (n° 437). Voir aussi les conclusions de CHAUVAUX in: CE 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, GP 2000 jp. 27 s.

¹⁷⁸⁰ Patrice JOURDAIN, Sur la perte d'une chance, 91 *RTDC* (1992) p. 112; PORCHY, p. 381

¹⁷⁸¹ FABRE-MAGNAN, n° 628.

9.3 Perte d'une chance et création d'un risque durable

9.3.1 Proximité des deux phénomènes

449 "Chance" et "risque". – Le terme "chance" dans un sens neutre désigne d'abord la manière favorable ou défavorable selon laquelle un événement se produit. On peut ensuite distinguer entre une chance au sens positif du terme, c'est-à-dire la probabilité de réalisation d'un événement *heureux*, d'un risque qui correspond au contraire à la probabilité de survenance d'un événement *malheureux* (n° 2). Autrement dit, le mot "chance" peut avoir deux significations, selon que la chance perdue concerne la probabilité d'éviter un préjudice final, ou au contraire la probabilité de se voir réaliser un préjudice final. La première chance a une valeur positive, la deuxième une valeur négative. D'un point de vue juridique, cette dernière chance peut parfois déclencher une responsabilité à titre de la "création d'un risque durable"¹⁷⁸². La perte d'une chance est alors la perte d'une possibilité de réaliser un gain ou d'éviter une perte, alors que la création d'un risque est la survenance d'une possibilité de subir un préjudice¹⁷⁸³. Selon MALAURIE/AYNES,

«créer un risque (pour l'auteur du dommage) et perdre une chance (pour la victime), c'est la même chose»¹⁷⁸⁴.

Le risque peut en effet être considéré comme étant l'autre face de la chance¹⁷⁸⁵. Dans les deux cas, l'acte reproché à la responsable a compromis la situation de la victime, mais sans que l'on puisse mesurer avec précision les incidences de cette atteinte qui dépend pour une part du hasard ou de circonstances inconnues. La réalisation du dommage est dans les deux cas affectée d'un aléa:

«*Tortious exposure to risk is in fact really the obverse of these "losses of chance" cases, and the problems of causal determination and valuation are virtually identical. To the extent courts now recognize compensation for the value of the loss of a chance, they could equally recognize tortious risk exposure*»¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸² AKKERMANS (p. 120) parle, concernant le droit néerlandais, également de "*belasting met een duurzaam risico*".

¹⁷⁸³ Les définitions que les auteures françaises donnent de la perte d'une chance montrent bien cette distinction. VACARIE, par exemple, estime que la perte d'une chance est "la réalisation désormais impossible d'un événement *heureux* mais aléatoire" (p. 904 [mise en évidence ajoutée]). Selon MAZEAUD, MAZEAUD et CHABAS, il y a perte d'une chance lorsque «une situation, par définition *avantageuse* pour la future victime, comportait un aléa et lorsque, par le fait du défendeur, cet aléa a disparu, emportant les chances qu'avait le demandeur de conserver une situation *bénéfique* ou de la voir se réaliser» (p. 412 [mise en évidence ajoutée]). Voir aussi CHABAS: «Dans tous les cas considérés par la théorie de la perte d'une chance, la victime n'avait qu'un espoir, celui de voir se réaliser un événement *bénéfique*. Sans cela on ne pourrait pas parler de préjudice lorsque cet espoir disparaît» ([1996], p. 231; mise en évidence ajoutée). Voir aussi CHABAS ([1991], p. 133).

¹⁷⁸⁴ MALAURIE/AYNES, n° 242. Voir aussi WEIR, p. 117.

¹⁷⁸⁵ Gerhard SCHMID, *Rechtsfragen bei Grossrisiken*, RDS 1990 II 9. Voir aussi MEMETEAU (1986), p. 149 s.: «En réalité, aggraver ou créer un risque est identique à réduire des chances; chances et risques illustrent les deux faces d'une seule médaille. Seulement, la présentation est plus habile car elle n'écluse pas la constatation de la causalité. Le risque créé est devenu le nouveau vêtement du même préjudice, la perte de chance. L'artifice, en tout cas, demeure incident»; MEMETEAU (Montréal 1990), n° 331.

¹⁷⁸⁶ ROBINSON, p. 792 s.

Cette proximité est particulièrement frappante dans le contexte du manquement à l'obligation d'information où la frontière entre création d'un risque par défaut de mise en garde et perte d'une chance du fait de l'insuffisance des renseignements donnés devient difficile à tracer (n° 448).

- 450 **Chances "interrompues" et chances "ouvertes".** - Dans une partie des systèmes juridiques analysés, la théorie de la perte d'une chance a également trouvé application dans une série de cas où il a été question, en fait, de la création d'un risque durable. En droit français par exemple, il a ainsi été accordé une indemnité à une créancière pour le risque de non-paiement qui avait été créé par la perte d'une garantie contractuelle¹⁷⁸⁷; à une caisse de sécurité sociale, pour le risque que dans le futur, elle doive verser une allocation à l'enfant d'une victime d'un accident de travail; à une victime d'une blessure pour le risque d'une mort prématurée à cause de l'ablation d'un organe¹⁷⁸⁸; et aux parents d'une enfant décédée pour le risque qu'ils deviennent plus tard nécessiteux et qu'ils ne reçoivent aucun soutien d'elle¹⁷⁸⁹. Parfois, la Cour de cassation s'est cependant aussi montrée hostile à l'indemnisation de risques dont la réalisation demeurerait hypothétique¹⁷⁹⁰. Dans la doctrine française, la distinction entre ces deux situations n'a été rendue explicite que par quelques rares auteurs¹⁷⁹¹. La figure de la perte d'une chance se montre ainsi sous deux variantes: en présence de chances "interrompues" ou "courues" et en présence de chances "ouvertes"¹⁷⁹². Il s'agit maintenant d'examiner dans quelle mesure une indemnité doit être accordée pour des chances perdues lorsqu'il s'agit de chances "ouvertes".

- 451 **Absence de préjudice final.** - Jusqu'à présent, ce travail a principalement envisagé le cas où, à côté du préjudice découlant de la perte d'une chance, il y avait en même temps un préjudice final (en matière médicale, le décès ou l'invalidité permanente). En effet, dans le cas de la perte d'une chance, on est en présence de deux types de dommages qui se réalisent au même moment, le préjudice de chance et le préjudice final. La question se pose maintenant de savoir si la chance perdue peut aussi être indemnisée lorsque le préjudice final ne s'est pas encore réalisé. L'exemple typique est celui d'une exposition illicite à des substances dangereuses qui crée définitivement une chance (ou plutôt un risque) de 60% de devenir invalide. Seul le futur nous dira si ce risque se réalisera effectivement. Est-ce qu'une indemnisation pour la perte de la chance d'éviter cette invalidité, indemnité qui correspondrait à 60% du préjudice futur menaçant, est envisageable? Si on part de l'idée que la chance qu'une lésée a d'éviter un certain préjudice, est appréciable en argent *après* que le préjudice final s'est réalisé, pourquoi la même chance ne devrait-elle pas être appréciable en argent aussi *avant* que le préjudice final ne se réalise?

- 452 **Deux approches de la création d'un risque durable.** - La création d'un risque durable peut être analysée de deux manières:

¹⁷⁸⁷ CA Paris 13 janvier 1995, *SA Groupement pour le financement des ouvrages de bâtiment travaux publics c. Mme Bahisson et autre*, D 1995 ir. 66.

¹⁷⁸⁸ VINEY, n° 281.

¹⁷⁸⁹ LE TOURNEAU/CADIET (n° 1427) qui estiment cependant que «[s]ociologiquement [...] il est de plus en plus rare de recourir à cette aide».

¹⁷⁹⁰ CA Orléans 23 octobre 1975, *Vayssie c. Pardoën*, D 1976 somm. 37.

¹⁷⁹¹ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1418; VINEY, n° 281; BORE, n° 29.

¹⁷⁹² AKKERMANS, p. 120.

- On peut la considérer comme un dommage *futur* incertain, consistant dans le préjudice final menaçant lui-même. En règle générale, le dommage futur réparable doit être suffisamment certain quant à sa réalisation et seule son étendue peut rester incertaine. Si la création d'un risque durable est considérée comme un dommage *futur*, ce préjudice est alors incertain non seulement au niveau de son étendue, mais également de son existence même. Sa réalisation dans le futur est encore purement hypothétique et il ne peut dès lors que difficilement être sujet à réparation.
- Il est cependant aussi envisageable de considérer la création d'un risque durable comme un préjudice *actuel*, consistant dans le risque, appréciable en argent, de la réalisation du dommage final. En effet, le préjudice final se situe dans le futur, mais les répercussions que ce préjudice a dans le présent constituent un dommage actuel. Le préjudice actuel consiste alors en la perte de la chance d'éviter le risque en question. Ce risque est appréciable en argent par l'application des principes d'évaluation découlant de la théorie de la perte d'une chance (n° 578 ss). La jurisprudence de certains pays tient compte de cette observation et indemnise un préjudice futur menaçant sur la base de ses répercussions patrimoniales dans le présent¹⁷⁹³.

La question de savoir si la création d'un risque durable doit être considérée comme un dommage actuel ou futur et si elle est susceptible d'indemnisation sous l'une ou l'autre des deux appréhensions est très discutée dans les pays étrangers¹⁷⁹⁴. En droit suisse, cette possibilité d'indemniser les victimes exposées à des risques durables n'a guère été discutée. L'article 50 AP LRCiv qui propose une clause générale de responsabilité pour risque n'envisage aussi que les cas où le risque caractérisant une activité spécifiquement dangereuse s'est déjà réalisé¹⁷⁹⁵.

9.3.2 Critères de distinction et leur manque de pertinence

453 Opposition dénuée de fondement. – Une partie de la doctrine française estime que la théorie de la perte d'une chance ne peut trouver application pour l'indemnisation de la création d'un risque durable. Les auteurs appartenant à ce courant estiment que les espèces de la création d'un risque ne remplissent pas certaines conditions d'application de la théorie de la perte d'une chance et ne peuvent dès lors être appréhendées par cette méthode. Selon BORE, par exemple, la jurisprudence poserait comme condition que le préjudice final s'est déjà réalisé pour que la perte d'une chance puisse entrer en ligne de compte pour une indemnisation¹⁷⁹⁶. Dans les cas où le futur doit encore montrer si le préjudice final se réalisera ou non, le préjudice serait alors absolument incertain et la question d'une indemnisation ne se poserait même pas:

¹⁷⁹³ Pour le droit anglais, voir n° 183 ss; pour le droit belge, voir n° 195 ss; pour le droit néerlandais, voir n° 205 ss; pour le droit canadien, voir n° 217 ss.

¹⁷⁹⁴ Pour les Etats-Unis, voir KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 30 p. 165; pour la Belgique, voir RONSE *e.a.*, n° 95; DIRIX, n° 119; pour les Pays-Bas, voir AKKERMANS (p. 120), qui arrive à la conclusion que ce dommage peut être indemnisé sans hésitations inutiles ("zonder onnodige terughoudendheid", p. 244). Voir aussi dans ce sens, en droit allemand, RGKR-STEFFEN, § 823 n° 441.

¹⁷⁹⁵ Rapport explicatif, p. 134 ss.

¹⁷⁹⁶ Cette exigence constitue effectivement une des conditions d'application de la théorie de la perte d'une chance au sens restreint (n° 401 ss).

«[S]i l'existence du préjudice final dépendait encore de l'avenir, ce préjudice serait purement éventuel et hypothétique et ne pourrait faire valablement l'objet d'une indemnisation, que l'événement risquerait de rendre indue»¹⁷⁹⁷.

BORE traite cette situation donc comme un préjudice futur incertain, consistant en un préjudice final hypothétique, et non pas comme un préjudice actuel, consistant en la valeur pécuniaire du risque de la réalisation de ce futur préjudice. Cette analyse se trouve cependant en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère depuis longtemps, par exemple, que la perte d'une garantie hypothécaire est un préjudice actuel et certain, même s'il est absolument impossible actuellement de savoir si la débitrice fera un jour défaut ou non¹⁷⁹⁸. BORE a essayé de concilier cette décision avec la règle générale qu'il formule, en disant que les frais découlant des mesures de précaution que la créancière devait prendre contre le non-paiement, constitueraient un préjudice actuel et définitif. Il ne se rend cependant pas compte que ces précautions pourraient devenir superflues si la débitrice payait finalement sa dette. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de cassation française donne tort aux auteurs qui soutiennent une séparation stricte entre la perte d'une chance et la création d'un risque¹⁷⁹⁹. VERDIER avait compris que la contradiction entre le principe de base en matière d'indemnisation du dommage futur (qui veut que l'existence de ce dommage soit suffisamment certaine) et celle de la création d'un risque n'était qu'apparente. Il souligne qu'un dommage futur incertain a souvent déjà ses répercussions dans le présent sous la forme du risque, exprimable en argent, que celui-ci pourrait se réaliser:

«La distinction entre le préjudice simplement éventuel et le préjudice futur est une question de degré plutôt que de nature. Lorsqu'un préjudice est encore éventuel, hypothétique, il se traduit souvent dans l'immédiat sous la forme d'une menace ou d'une dépréciation. [...] En attendant qu'on sache si la menace se réalisera, il existe une chance, souvent appréciable en argent, et, par conséquent, monnayable en dommages-intérêts, de réalisation du mal. [...] Inversement, il est rare qu'un dommage futur mais certain, puisse être exactement connu d'avance. L'ampleur en est éventuelle, bien que le principe en soit certain. C'est la raison pour laquelle des arrêts, qui semblent indemniser les victimes éventuelles de préjudices hypothétiques, et qui ont de ce fait troublé certains auteurs, nécessitent un examen quelque peu minutieux»¹⁸⁰⁰.

L'analyse approfondie conduit VERDIER à la conclusion suivante:

¹⁷⁹⁷ BORE, n° 29.

¹⁷⁹⁸ Cass. (civ.) 16 juin 1926, *Consorts Guillot c. Dame veuve Gay et autres*, DH 1926 I 453.

¹⁷⁹⁹ CC (civ. 1^{re}) 11 octobre 1983, *Me X. c. Mlle Barsamian et autres*, Bull. civ. I n° 227, D 1984 jp. 137: «Commets une faute intentionnelle exclusive de la garantie de l'assureur, le notaire qui soumet ses clients à une menace d'éviction en leur faisant croire que les terrains acquis par eux sont libres de toute charge - alors qu'ils sont grevés d'hypothèques - et en ne procédant pas à la purge des hypothèques». La Cour de cassation énonce que la cour d'appel «a relevé que, même si aucune éviction n'était en définitive intervenue, tous les acquéreurs s'étaient, ainsi, trouvés pendant cette période sous le coup d'une menace d'éviction et elle a justement estimé que cette seule menace, qu'elle ait été concrétisée ou non par une poursuite sur saisie immobilière, constituait un préjudice certain dont il était dû réparation».

¹⁸⁰⁰ Jean-Maurice VERDIER, *Les droits éventuels - Contribution à l'étude de la formation successive des Droits* (Paris 1955), p. 86 s.

«(E)n réalité, un examen minutieux fait apparaître le caractère actuel et certain de ce qui est indemnisé, que ce soit la perte d'une chance ou le préjudice actuel qu'engendre la possibilité d'un dommage futur¹⁸⁰¹».

La doctrine française qui soutient la séparation stricte entre la perte d'une chance et la création d'un risque invoque principalement les quatre raisons suivantes à l'appui de sa position.

- 454 **Nature du dommage.** – Selon ce courant doctrinal, la distinction s'impose d'abord pour une raison terminologique, car la chance en tant que probabilité de réalisation d'un événement *heureux*, n'est pas la même chose que le risque qui correspond au contraire à la probabilité de survenance d'un événement *malheureux* (n° 2). La perte d'une chance serait alors la perte d'une possibilité de réaliser un gain ou d'éviter une perte, tandis que l'exposition à un risque serait la survenance d'une possibilité de subir un préjudice. Cet argument manque de pertinence et s'avère être un simple exercice sémantique car les auteurs défendant cette position admettent que la perte d'une possibilité d'éviter une diminution du patrimoine représente un cas d'application de la théorie. La création d'un risque durable peut alors sans difficulté être envisagée comme étant la privation de la chance de ne pas être exposée au risque en question.
- 455 **Situation de la victime avant l'intervention fautive.** – Les auteurs plaident en faveur d'une séparation stricte entre perte d'une chance et création d'un risque durable soutiennent ensuite que lorsqu'une personne perd une chance par la faute d'une autre, cela signifie que la chance perdue existait dans le patrimoine de la victime avant le fait dommageable. Ainsi, lorsqu'une cliente, par la faute de son avocate, a été empêchée de mener son procès devant les tribunaux, il est possible de dire qu'avant cette faute, elle avait une chance que l'on peut quantifier, de gagner le procès. Lorsqu'en revanche une personne serait exposée à un risque par la faute d'une autre, elle ne disposait, dans son patrimoine, d'aucune chance précise, c'est-à-dire d'aucune probabilité quantifiable d'obtenir un gain, ni même d'aucun risque précis. L'exemple de la jurisprudence française concernant le voyage organisé en Italie (n° 123) illustre cependant que cette distinction est dénuée de fondement. En effet, avant la faute de l'agence de voyage, les clientes n'avaient dans leur patrimoine aucune chance d'être indemnisées en cas de dommages pendant leur séjour à l'hôtel. Elles n'avaient pas non plus, avant l'intervention fautive, un risque particulier de ne pas être indemnisées puisque, sans cette faute, elles auraient pu s'assurer convenablement. La faute de l'agence les a privées d'une possibilité de se prémunir contre un risque. Elle les a ainsi exposées à un risque.
- 456 **Moment de la réalisation du dommage.** – Cette partie de la doctrine estime ensuite que lorsqu'il y a perte d'une chance (de réaliser un gain), le dommage se réalise dès que la faute a été commise. Ainsi, la perte d'une chance de survie causée par la faute de la doctoresse est d'ores et déjà *certaine* au jour où cette faute a été commise. En revanche, lorsqu'il y a exposition à un risque, le dommage se réaliserait non pas au moment de la faute ayant entraîné l'exposition au risque, mais au moment de la réalisation du risque, d'une part, et, d'autre part, seulement si le risque se réalise. Dans le cas inverse, il y aurait bien faute, mais il n'y aurait pas de dommage et donc pas de responsabilité. Il y aurait donc toujours un aléa en ma-

¹⁸⁰¹ Jean-Maurice VERDIER, *Les droits éventuels – Contribution à l'étude de la formation successive des Droits* (Paris 1955), p. 88.

tière d'exposition à un risque, aléa que le risque se réalise, de même qu'en matière de perte d'une chance, il y aurait une incertitude sur le point de savoir si la chance se *serait* réalisée. Mais la différence tiendrait à ce que l'aléa sur la réalisation du risque sera tranché dans un sens ou dans un autre, alors que l'incertitude sur la réalisation de la chance ne pourrait précisément jamais être levée. Dès lors, la perte d'une chance serait réparée en elle-même, alors que l'exposition à un risque ne serait indemnisée qu'en cas de réalisation du risque. Cet argument souffre d'une confusion venant du fait que la valeur de la perte d'une chance est toujours calculée en fonction du dommage final (n° 564 ss). Mais s'il n'y a pas de préjudice final, la perte d'une chance est théoriquement quand même indemnisée, seulement sa valeur est égale à zéro, car un certain pourcentage de zéro a toujours une valeur de zéro.

- 457 **Détermination des dommages-intérêts.** – Le *quantum* de la réparation de la perte d'une chance varie selon que la chance perdue était plus ou moins grande (n° 564 ss)¹⁸⁰². En droit français, la réparation de l'exposition à un risque par contre ne dépend pas de la probabilité de réalisation du risque. Lorsqu'une personne expose fautivement une autre à un risque, elle doit lui réparer intégralement le dommage subi en cas de réalisation du risque. Le raisonnement à la base de la réparation intégrale est que, par hypothèse, si la faute n'avait pas été commise, la personne n'aurait été exposée à aucun risque et n'aurait donc subi aucun dommage. Si en revanche le risque ne se réalise pas, aucune réparation n'est due. Cet argument est inopérant car la jurisprudence française exige comme condition pour l'indemnisation de la création d'un risque que ce risque se réalise. Cette approche vise donc plutôt à alléger la charge de la preuve du rapport de causalité entre une faute (notamment médicale) et un dommage déjà survenu, mais pour des raisons peu claires¹⁸⁰³. Contrairement à la perte d'une chance, la responsabilité pour la création d'un risque ne permet donc pas, en droit français, d'allouer une indemnité proportionnelle à la probabilité de survenance du préjudice dans les cas où le rapport causal est incertain. Une réparation proportionnelle en fonction de l'importance du risque est cependant tout à fait imaginable.

9.3.3 Création d'un risque comme dommage actuel

9.3.3.1 Principe

- 458 **Préjudice indemnisable.** – La création d'un risque durable est un préjudice susceptible d'une évaluation en argent pour les raisons suivantes. Comme la perte d'une chance d'éviter un dommage est appréciable en espèces *après* que le préjudice définitif s'est réalisé, la même chance peut aussi être évaluée en argent *avant* que le préjudice final ne soit survenu¹⁸⁰⁴. Celle qui est exposée à un risque durable¹⁸⁰⁵ en rapport avec des éléments de son patrimoine ayant une valeur pécuniaire déterminée, subit en effet un dommage actuel d'une certaine valeur pécuniaire, et ceci indépendamment de la ques-

¹⁸⁰² MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 412.

¹⁸⁰³ VINEY/JOURDAIN, n° 373.

¹⁸⁰⁴ STAPLETON, p. 395; FELDMAN, p. 154; ROBINSON, p. 793. Voir aussi l'opinion de HANDLER dans *Scafidi v. Seiler*, 574 A.2d 398, 411 (N.J. 1990).

¹⁸⁰⁵ La plupart des risques ne sont pas durables. Souvent il est rapidement clair que le risque ne se réalise pas. Le risque cesse alors d'exister dès que le comportement illicite est terminé.

tion de savoir si le risque se réalise finalement ou pas¹⁸⁰⁶. En effet, un préjudice futur menaçant projette presque toujours son ombre sur le présent et crée ainsi un préjudice actuel. Tous les systèmes juridiques examinés tiennent compte, dans une mesure plus ou moins large, de ce constat¹⁸⁰⁷. Une indemnisation proportionnelle à l'augmentation du risque est aussi discutée par la doctrine suisse¹⁸⁰⁸. Il n'existe cependant aucune raison pour limiter l'indemnisation de la création d'un risque durable aux éléments du patrimoine ayant une valeur pécuniaire déterminée. En effet, tous les éléments du patrimoine, qu'ils soient matériels, corporels ou autres, souffrent une baisse de valeur s'ils sont grevés d'un risque durable. Souvent, la valeur pécuniaire de ce risque se reflète dans les primes qu'il faudrait payer pour s'assurer contre les conséquences d'une éventuelle réalisation du risque. Un exemple typique consiste en la perte d'une garantie pour un prêt d'argent, perte qui est indemnisée dans la plupart des systèmes juridiques examinés¹⁸⁰⁹. En ce qui concerne le risque d'encourir un dommage à la santé, le lien entre le dommage futur menaçant et le préjudice pécuniaire actuel est certes plus indirect, mais cela ne change rien au fait qu'un tel risque peut également représenter une perte patrimoniale indépendante¹⁸¹⁰, notamment sous forme de primes d'assurances plus élevées¹⁸¹¹. PARDY plaide également en faveur de l'application de la théorie de la perte d'une chance à la création d'un risque durable à la santé. En se fondant sur des exemples en matière de cancer, il explique que la perte d'une chance représente le seul moyen pour rendre la défenderesse responsable de ce qu'elle a effectivement causé, à savoir une augmentation du risque de cancer dans un certain groupe de la population¹⁸¹². Il démontre que le problème de l'indemnisation du risque créé ne peut pas être résolu de façon cohérente par le biais de la causalité, et ceci ni par la méthode du tout-ou-rien, ni par le biais des aménagements au niveau du degré de preuve requis¹⁸¹³. Cet auteur dé-

¹⁸⁰⁶ AKKERMANS, p. 221.

¹⁸⁰⁷ Pour le droit français, voir n° 123 ss; pour le droit américain, voir n° 152 ss; pour le droit anglais, voir n° 183 ss; pour le droit belge, voir n° 195 ss; pour le droit canadien, voir n° 217 ss; en droit néerlandais, cela n'a été reconnu explicitement jusqu'à présent que pour la menace d'un dommage matériel (n° 205 ss).

¹⁸⁰⁸ Daniel PETITPIERRE, *Zivilrechtliche Haftpflicht für Umweltschäden nach schweizerischem Recht* (Basel/Frankfurt am Main 1993), p. 85 ss; QUENDOZ, p. 92; OFTINGER/STARK, § 29 n° 244. Voir aussi, en droit allemand, Theo BODWIG, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, 185 *AcP* (1985) p. 542 ss.

¹⁸⁰⁹ Pour la France, voir CA Paris 13 janvier 1995, *SA Groupement pour le financement des ouvrages de bâtiment travaux publics c. Mme Bahisson et autre*, D 1995 ir. 66; pour la Belgique, voir RONSE *e.a.*, n° 95. Un exemple canadien est *Wilson et al. v. Rowswell*, [1970] 11 D.L.R. (3d) 737. Pour un exemple anglais où une indemnité a été accordée pour le risque d'un dommage patrimonial pur, voir *D. W. Moore & Co. Ltd. and others v. Ferrier and others*, [1988] 1 All E.R. 400. Aux Pays-Bas, P. VAN SCHILFGAARDE (note sous HR 24 mai 1991, *NJ* [1992] n° 246) a argumenté en ce sens.

¹⁸¹⁰ Voir la *concurring opinion* de HANDLER dans *Evers v. Dalling*, 471 A.2d 405, 415 ss (N.J. 1984).

¹⁸¹¹ COOPER, p. 224 s.; ASHTON, p. 1120 s.; ROSENBERG, p. 886.

¹⁸¹² PARDY, p. 288 s. Cet auteur donne l'exemple d'une certaine région dans laquelle il y a statistiquement sept cas de cancer dans un laps de temps défini. Le comportement de la défenderesse a provoqué une augmentation de trois cas dans le même laps de temps. Il importerait alors peu, sous l'approche de la perte d'une chance, que le tribunal considère une des trois alternatives suivantes: (1) que la défenderesse a causé trois cas sur dix; (2) qu'elle a causé trois cas supplémentaires par rapport au nombre de cas qui seraient survenus "normalement"; (3) qu'elle a contribué par 30% à chacun des dix cas.

¹⁸¹³ PARDY, p. 279, 283 s. STARK ([1991], p. 147) a suggéré un abaissement des exigences en matière de preuve de la causalité pour des cancers provoqués par des incidents dans des centrales nucléaires.

nonce une confusion entre l'examen de la question des faits concernant la causalité naturelle et la question de droit du caractère adéquat de ce lien¹⁸¹⁴. Les arguments suivants doivent être pris en compte pour répondre à la question de savoir si la création d'un risque durable doit être indemnisée ou non.

9.3.3.2 Danger de surcompensation ou de sous-compensation

459 Argument. - Le problème le plus important soulevé par l'indemnisation de la création d'un risque durable consiste dans le fait que cette méthode implique presque inévitablement une surcompensation ou une sous-compensation. En effet, les lésés chez lesquelles le risque ne se réalise finalement pas, auront, dans la rétrospective, reçu des dommages-intérêts sans qu'elles aient subi un dommage permanent. A l'inverse, des victimes pour lesquelles le risque se réalise en fin de compte auront, dans la rétrospective, reçu une indemnité moins importante que celle qui correspondrait au préjudice final.

460 Manque de pertinence. - Dans le contexte de l'article 46 II CO, le Tribunal fédéral est conscient de ce risque et l'accepte après une pesée d'intérêts:

«Sind die Folgen der Verletzung nach Ablauf dieser Frist [zwei Jahre] immer noch nicht "hinreichend" sicher, so nimmt das Gesetz die ungenügende Sicherheit in Kauf, gleichgültig zu Ungunsten welcher Partei sie sich allenfalls auswirkt. Die gesetzgebenden Behörden haben sich mit dieser Regelung bewusst damit abgefunden, dass ein Urteil gefällt werde und in Kraft bleibe, das der späteren gesundheitlichen Entwicklung des Verletzten, bestehe sie in einer Verbesserung oder einer Verschlimmerung seines Zustandes, nicht in allen Teilen entspricht. Das Bedürfnis nach einer raschen und endgültigen Auseinandersetzung überwiegt nach der Auffassung des Gesetzgebers das Interesse nach einer peinlich genauen, aber jahre- oder jahrzehntelang aufgeschobenen Feststellung der Folgen der Körperverletzung»¹⁸¹⁵.

Cette objection ne vaut en outre pas toujours de manière aussi absolue. Parfois ce n'est qu'après de nombreuses années qu'il sera suffisamment certain que le risque ne se réalisera pas, notamment pour des maladies qui peuvent rester au stade latent pendant des décennies¹⁸¹⁶. La victime n'est pas non plus obligée d'ouvrir action en justice, mais elle peut attendre pour voir si le préjudice final se réalise effectivement, auquel cas elle recevra une indemnité complète déterminée en fonction du dommage final¹⁸¹⁷. Dans certains cas, l'objection d'une surcompensation ou d'une sous-compensation peut aussi être atténuée par la conclusion d'une assurance contre la réalisation du risque en question¹⁸¹⁸. Le danger d'une surcompensation ou d'une sous-compensation se pose d'ailleurs à chaque fois que le droit indemnise un dommage futur car celui-ci peut toujours se solder par une baisse ou une hausse par rapport aux prévisions de la juge. Le

Comme il part de l'idée que les cancers sont déjà survenus au moment où la question de la responsabilité se pose, il envisage cependant la problématique comme une question de causalité et non comme une question du caractère réparable du risque créé.

¹⁸¹⁴ PARDY, p. 286 s.

¹⁸¹⁵ ATF 86 II 41 [47].

¹⁸¹⁶ Pour un exemple en droit néerlandais concernant la construction de lignes à haute tension au-dessus d'une maison, voir HR 2 février 1979, *Binnendijk/Electriciteitsmaatschappij IJsselcentrale NV*, NJ (1979) n° 384.

¹⁸¹⁷ La victime pourra éventuellement exiger une déclaration selon laquelle la défenderesse reste entièrement responsable si le préjudice final se réalise effectivement. Le dépôt d'une garantie est également imaginable.

¹⁸¹⁸ ROBINSON, p. 787.

même risque affecte de façon générale l'indemnisation de dommages évalués de manière abstraite. Le droit suisse connaît des moyens très limités pour éviter le risque que les dommages-intérêts alloués ne correspondent pas au préjudice effectivement subi (n° 282 ss). La question est finalement moins de savoir si la victime doit se contenter d'une indemnité partielle, mais plutôt s'il existe suffisamment de raisons pour la priver d'une action immédiate¹⁸¹⁹.

9.3.3.3 Demandes à caractère spéculatif

461 Argument. - Un autre argument contre l'indemnisation de la création d'un risque durable, qui a notamment été invoqué en rapport avec des préjudices à la santé, concerne le caractère spéculatif que ce dommage peut avoir¹⁸²⁰. Si cette objection vise l'incertitude sur la réalisation du préjudice final, la critique n'est pas pertinente car cette incertitude est inhérente à tout risque. Elle existe tout autant pour un risque pesant sur un bien matériel, pour lequel le caractère actuel du dommage consistant en une baisse de la valeur du marché ne fait aucun doute.

462 Objection sérieuse. - Dans la mesure où cette critique concerne par contre l'incertitude sur l'existence même d'un risque significatif pour la santé, l'objection doit être prise au sérieux. Contrairement à l'incertitude affectant l'importance d'un dommage, des doutes trop importants sur l'existence même du préjudice peuvent en effet empêcher son indemnisation. Certaines substances chimiques peu connues ou maladies suspectes suscitent des peurs chez bon nombre de personnes de sorte que, dans leur esprit, l'existence d'un risque accru d'un dommage à la santé est plus facilement admise que ce que justifieraient les données scientifiques. Aux Etats-Unis, on parle dans ce contexte par exemple de "cancerphobia"¹⁸²¹. L'arrêt *Ayers v. Township of Jackson* (n° 155) illustre cela parfaitement. Dans cette affaire, toutes les victimes ont obtenu des dommages-intérêts liés au risque aggravé de la formation de cancers du foie et des reins, même si les risques découlant de la pollution fautive de l'eau potable étaient sujets à d'innombrables incertitudes¹⁸²² et que les actions en dommages-intérêts avaient ainsi un caractère hautement spéculatif. L'aspect spéculatif des actions en justice est encore accentué lorsque l'exposition suffisamment intensive à des substances toxiques ou des radiations n'est pas établie avec une certitude suffisante¹⁸²³. La crainte d'actions à caractère spéculatif

¹⁸¹⁹ ROBINSON, p. 788.

¹⁸²⁰ Voir notamment aux Etats-Unis: *Ayers v. Jackson Township*, 525 A.2d 287, 313 (N.J. 1987); *Brafford v. Susquehanna Corp.*, 586 F Supp. 14, 17 (United States District Court - District of Colo. 1984); CUMMINGS, p. 475; E. Donald ELLIOTT, Why Courts? Comment on Robinson, 14 *Journal of Legal Studies* (1985) p. 801 s.

¹⁸²¹ Christopher L. CALLAHAN, Establishment of Causation in Toxic Tort Litigation, 23 *Ariz. State Law Journal* (1991) p. 661 ss.

¹⁸²² Pour certaines maladies, cela peut prendre plusieurs années jusqu'à ce que l'on décèle des symptômes; certaines substances sont déjà nocives dans des concentrations plus faibles que celles qui ont pu être trouvées dans les corps, ou auraient pu avoir quitté le corps après avoir développé leur effet nuisible; l'effet nuisible et son importance reste controversé pour bon nombre de substances; toutes les voisines n'ont pas bu la même quantité d'eau des puits, tous les puits n'étaient pas exposés pendant le même laps de temps aux mêmes substances dans les mêmes concentrations, etc. Voir, en détails, Susan R. POULTER, Science and Toxic Torts: Is There a Rational Solution to the Problem of Causation?, 7 *High Technology Law Journal* (1992) p. 189 ss.

¹⁸²³ Pour les difficultés en matière de la preuve scientifique d'exposition, Susan R. POULTER, Science and Toxic Torts: Is There a Rational Solution to the Problem of Causation?, 7 *High Technology Law Journal* (1992) p. 236 ss.

liées à des procédures sans fin, des expertises coûteuses et à des jugements affectés d'importantes incertitudes est donc souvent fondée. Cependant, elle ne peut pas justifier un rejet catégorique de toute indemnité pour des risques affectant l'état de santé.

9.3.3.4 Alternative consistant à sursaoir à une décision

463 Solution incompatible avec les principes généraux. - Les différences entre les chances interrompues et ouvertes ont une certaine importance dans ce contexte, même si la pertinence de cette distinction est en général très faible (n° 450). En effet, contrairement aux chances définitivement perdues, les chances ouvertes bénéficient du privilège suivant. Au lieu de prendre immédiatement une décision du type tout-ou-rien, l'indemnisation pourrait attendre jusqu'au moment où l'on sait si le risque en question se réalise ou pas. Cette solution de rechange pourrait donc plaider en faveur de l'exclusion de la création d'un risque durable du champ d'application de la théorie de la perte d'une chance. L'alternative aux demandes à caractère spéculatif consistant en un rejet provisoire de la demande par la juge en attendant de savoir si le risque se réalise effectivement ou pas, peut cependant être très insatisfaisante pour la victime, et ceci notamment dans le domaine de la santé. La juge pourrait certes tenir compte de ce problème en accordant une indemnité sous forme de tort moral pour l'inquiétude causée par la menace d'une maladie future et/ou pour des examens médicaux périodiques, comme cela se fait aux Etats-Unis ("*emotional distress*", n° 155). Il est indiqué de surseoir à l'évaluation d'un dommage futur lorsque seule l'ampleur de ce préjudice est incertaine dans le présent, mais que l'on peut raisonnablement s'attendre à en savoir plus dans le futur. Comme ce travail propose cependant de considérer la création d'un risque durable comme un dommage actuel donnant droit à une indemnité proportionnelle selon les règles de la perte d'une chance, la solution consistant à surseoir à une décision se heurte au caractère actuel du préjudice¹⁸²⁴. La simple incertitude sur l'ampleur du préjudice résultant de la création d'un risque durable ne peut ainsi justifier le sursis, car la juge peut, si elle manque de critères objectifs pour déterminer la valeur pécuniaire du risque, déterminer celle-ci "équitablement en considération du cours ordinaire des choses" (art. 42 II CO). Cela ne change rien au fait que des problèmes d'évaluation gardent un poids certain en faveur d'un sursis, notamment si d'autres circonstances du cas d'espèce plaident également pour cette solution (comme par exemple la faible importance du risque). Les difficultés d'évaluation se manifestent particulièrement dans le domaine de la santé car il n'existe ici, contrairement aux dommages matériels et aux autres dommages, aucune valeur du marché. En plus, les conséquences pécuniaires de la maladie qui risque de se développer dans le futur (manque à gagner et frais médicaux) sont souvent très incertaines. Finalement, les dommages à la santé s'étendent généralement sur une certaine durée et le moment à partir duquel une maladie évolutive doit être considérée comme formée est souvent difficile à déterminer. KING a proposé des méthodes de calcul sophistiquées pour mieux tenir compte de l'aspect évolutif des dommages à la santé (n° 578 ss). Dans ce contexte, l'évaluation du dommage ne peut cependant jamais, même avec ces méthodes, être plus qu'une estimation raisonnable. D'un point de vue psychologique et financier, il serait souvent aussi mieux de régler le conflit entre les parties aussi vite que possible. En tranchant directement la question de manière définitive, les parties peuvent considérer l'affaire comme résolue et peuvent tourner la page, au lieu de traîner le boulet encore pendant de nombreuses années.

¹⁸²⁴ AKKERMANS, p. 227 ss.

464 Objections pratiques. – Le problème majeur lié au sursis consiste dans la preuve de l'illicéité ou de la violation contractuelle qui peut devenir beaucoup plus difficile, voire impossible, si l'on attend des années pour rendre un jugement définitif¹⁸²⁵. Une décision constatatoire des droits de la victime peut alors amener une certaine clarification au niveau des responsabilités et éviter des problèmes liés à la prescription et à la péremption (n° 286). Cela signifie cependant que les parties doivent mener toute une procédure sur le principe de la responsabilité et supporter les frais qui en découlent, tout en sachant qu'une éventuelle indemnité sera touchée seulement après de nombreuses années. Si le préjudice final se réalise effectivement, une deuxième procédure sera alors nécessaire pour déterminer le montant des dommages-intérêts. Les difficultés de preuve liées au sursis touchent également la condition du rapport causal qui est sans doute beaucoup plus difficile à établir au moment où le préjudice définitif s'est finalement réalisé¹⁸²⁶. D'autres causes possibles se seront souvent manifestées entre-temps, notamment pour des maladies comme le cancer pour lesquelles tout un catalogue de facteurs de risque existe. Des années plus tard, la responsable peut en outre être devenue "inataquable", soit parce qu'elle est devenue insolvable, soit parce qu'elle a cessé d'exister¹⁸²⁷. Le sursis pose encore un autre problème touchant à l'obligation de la lésée de réduire son dommage. Face à la création d'un risque durable, la victime a souvent une influence non négligeable sur la réalisation et/ou l'ampleur du préjudice final, notamment pour les risques de santé¹⁸²⁸. La "tentation" de devenir incapable de travailler peut ainsi être plus forte pour la personne menacée par le risque lorsqu'elle dispose d'un jugement constatant une responsabilité de principe d'une tierce personne.

465 Jurisprudence du Tribunal fédéral. – L'arrêt publié aux ATF 106 II 134 illustre parfaitement à quel point le droit suisse peut parfois aboutir à des résultats insatisfaisants dans ce domaine: une dame travaille de 1944 à fin 1956 dans un atelier où elle pose de la peinture luminescente radioactive sur des cadrans de montres. Plusieurs années après la fin de cette activité, un dermatologue constate la présence de plusieurs kératoses de la main droite. L'une d'elles nécessite l'amputation, en 1974, soit 18 ans après la fin de l'activité professionnelle, d'une partie du médium. Selon les médecins, l'altération cutanée de la main droite est probablement due à l'action de radiations ionisantes auxquelles la victime a été exposée pendant son activité professionnelle dans l'horlogerie. Au printemps 1976, soit presque 20 ans après la fin des rapports de travail, la travailleuse ouvre action contre son employeuse en paiement de dommages-intérêts pour frais médicaux et atteinte à l'avenir économique et en réparation du tort moral. Elle fait valoir le défaut de mesures de sécurité dans l'atelier de la défenderesse et l'absence d'instructions et de contrôle médical après la fin des rapports de travail. Le Tribunal fédéral rejette en dernière instance la demande en considérant que la prescription de dix ans court à partir de l'omission des mesures de sécurité incombant à la responsable, soit au plus tard du moment de la cessation des rapports de travail à fin 1956. La Haute Cour la considère donc comme acquise lors de l'ouverture de l'action au printemps 1976. Si la victime avait pu actionner la responsable dès l'apparition des premiers symptômes pour la création d'un risque durable de kératoses impliquant probablement aussi une

¹⁸²⁵ CARSON, p. 644; FELDMAN, p. 153; BRENNWALD, p. 788; ROSENBERG, p. 920; ROBINSON, p. 783, 787.

¹⁸²⁶ ASHTON, p. 1116 s.; ASH, p. 1098; BRENNWALD, p. 788 s.

¹⁸²⁷ ASHTON, p. 1116; ASH, p. 1098; ROSENBERG, p. 919.

¹⁸²⁸ Il y a cependant une limite: si la demanderesse peut influencer complètement la réalisation du préjudice final, on ne se trouve plus en présence de la création d'un risque durable.

amputation, elle n'aurait certes pas reçu une indemnité équivalente à celle que le Tribunal cantonal neuchâtelois lui avait octroyé (en rejetant par ailleurs l'exception de prescription soulevée par la défenderesse). Elle aurait par contre été indemnisée proportionnellement à la probabilité de réalisation du risque créé et à l'étendue des dommages à craindre¹⁸²⁹.

Le Tribunal fédéral est conscient de toutes les difficultés découlant pour la victime du fait de surseoir à une décision. Il explique ainsi, dans un arrêt antérieur à l'affaire horlogère, à propos de l'article 46 II CO:

«Sie [die Verschiebung des Urteils] kann den Geschädigten hart treffen, wenn ihm die unumgänglichen Mittel zur Heilung seiner Verletzung oder zum Lebensunterhalt fehlen oder wenn ihm die Vollstreckung des Urteils misslingt, weil der Ersatzpflichtige inzwischen zahlungsunfähig geworden ist, vielleicht sein Vermögen sogar aus Gründen der Zahlungsflucht veräußert hat und ein Vorgehen gegen die Begünstigten an Verwirkungs- und Verjährungsfristen scheitert. [...] Zwar kann er [der Geschädigte] die Verjährung unterbrechen, aber der Late weiss das oft nicht mit der nötigen Wachsamkeit und Zuverlässigkeit zu tun. Auch kann ihm nicht zugemutet werden, zwei Prozesse anzuhängen, d.h. zunächst entweder nur auf Feststellung der grundsätzlichen Ersatzpflicht und erst später auf Leistung zu klagen oder vorerst Ersatz des sicheren Teils des Schadens zu verlangen und wegen der noch unsicheren Folgen später den Richter nochmals anzurufen»¹⁸³⁰.

Les auteurs de l'avant-projet ont également été sensibles à cette difficulté pour les victimes quand ils proposent un pas vers une liquidation provisoire plus rapide de préjudices susceptibles d'évolution dans le temps. L'article 56h AP LRCiv prévoit en effet des paiements anticipés lorsque la personne lésée rend vraisemblable le bien-fondé de sa prétention et que sa situation économique l'exige. Le tribunal peut alors condamner la partie recherchée à lui verser des paiements anticipés qui ne préjugent en rien de la décision finale¹⁸³¹. Les experts admettent dans ce cas que «la personne responsable sera évidemment habilitée à répéter le "trop-payé" selon les dispositions régissant l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)»¹⁸³².

- 466 Doctrine suisse.** - STARK soutient l'idée d'une responsabilité proportionnelle fondée sur la théorie de la perte d'une chance pour les risques de cancer suite à un incident dans une centrale nucléaire¹⁸³³. Il estime que la loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire aurait beaucoup plus de mordant dans une telle approche de la causalité car les malades ne seraient quasiment jamais en mesure de prouver que l'accident de la centrale est une *conditio sine qua non* des cancers soufferts. Malheureusement, STARK part automatiquement de l'idée que les cancers se sont déjà formés au moment du procès en responsabilité et il ne mentionne pas les difficultés procédurales qui découlent de

¹⁸²⁹ Aujourd'hui, cette affaire aurait connu une issue différente à cause de l'article 40 de la loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (LRaP; RS 814.50) qui dispose que les prétentions en matière de dommages-intérêts et de réparation du tort moral pour des dégâts occasionnés par des rayonnements ionisants se prescrivent par trois ans à compter de la date à laquelle la lésée a eu connaissance du dommage et de la personne civilement responsable et au plus par 30 ans à compter du moment où l'événement a cessé. De manière plus générale, l'article 55 AP LRCiv propose un rallongement des délais de prescription à 3 ans pour le délai relatif (ou subjectif), et à 20 ans pour le délai absolu (ou objectif).

¹⁸³⁰ ATF 86 II 41 [47 s.].

¹⁸³¹ Rapport explicatif, p. 254 ss.

¹⁸³² Rapport explicatif, p. 256.

¹⁸³³ STARK (1991), p. 147.

l'exigence d'un cancer avéré pour les victimes. Par le biais de la responsabilité proportionnelle pour la création d'un risque, la loi sur la responsabilité nucléaire serait de toute façon mieux adaptée aux maladies très évolutives pouvant résulter d'une exposition illicite à des rayons radioactifs.

- 467 **Proposition intermédiaire.** - ROSENBERG suggère une solution de compromis entre l'indemnisation proportionnelle de la création d'un risque durable et le fait de surseoir à une décision. Il propose que les tribunaux rendent des jugements de fonds d'assurance ("*insurance fund judgements*") condamnant la responsable à assurer toutes les victimes contre le risque accru par la création d'une réserve ou la conclusion de contrats d'assurance. En Suisse, cette solution a été suggérée pour indemniser le risque créé par la perte d'un organe pair (n° 287). Cela permettrait de maintenir les avantages d'une enquête immédiate, et d'allouer une indemnité aux victimes seulement une fois que le risque s'est réalisé¹⁸³⁴. Dans certaines circonstances, la victime potentielle pourrait aussi avoir le droit de prendre elle-même des mesures préventives et de se faire rembourser les coûts¹⁸³⁵.

9.3.3.5 Responsabilité pour d'autres postes du dommage

- 468 **Dommage corporel tangible comme condition.** - En Grande-Bretagne, le risque que des maladies comme l'épilepsie ou l'arthrite se forment n'est indemnisable que s'il constitue la conséquence d'un dommage corporel tangible. La création de ce risque est alors indemnisée en fonction de la vraisemblance que la maladie en question se développera (n° 185)¹⁸³⁶. Aux Etats-Unis, des jugements comparables ont été rendus (n° 152 ss)¹⁸³⁷. Une raison sous-jacente à ces arrêts est que la responsabilité pour les lésions corporelles rend l'indemnisation du risque menaçant l'état de santé qui en découle moins difficile, car il existe ainsi au moins un poste du dommage qui n'est pas spéculatif¹⁸³⁸. A l'origine, cette jurisprudence concernait exclusivement les risques d'aggravation de lésions corporelles établies. En Grande-Bretagne comme aux Etats-Unis, cette approche a ensuite été étendue et une indemnité a été accordée même quand il n'était plus question de lésions corporelles actuelles et tangibles, c'est-à-dire quand la lésion corporelle en tant que telle n'a pas eu de conséquences financières. Les décisions anglaises *Church, Sykes et Patterson*, où une indemnité a été accordée pour les risques menaçant l'état de santé et le stress ("*anxiety*") liés à la découverte de "*asbestos pleural plaques*", illustrent cette tendance (n° 185)¹⁸³⁹. Aux Etats-Unis, certaines auteures ont

¹⁸³⁴ L'assurance ne devrait cependant pas couvrir tout le risque de cancer par exemple, mais seulement dans la mesure de son augmentation (à savoir ce qui dépasse le risque "normal" de cancer). Il en résulte une indemnité proportionnelle pour chaque personne assurée souffrant d'un cancer. Voir, pour les problèmes découlant d'une telle solution pour les compagnies d'assurance, ASHTON, p. 1128 ss.

¹⁸³⁵ Le droit anglais semble ne pas aller assez loin sur ce point. Les coûts pour des mesures préventives ne sont parfois pas récupérables s'il n'est pas en même temps question d'un préjudice physique (*Midlandbank v. Bardgrove Property Services Ltd.* (CA), commenté par W. S. M. LLOYD-SCHUT, 10 *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* [1993] p. 235). Voir aussi STAPLETON, p. 224 ss.

¹⁸³⁶ CHARLESWORTH & PERCY, n° 4-116; LEWIS, p. 146.

¹⁸³⁷ *Schwegel v. Goldberg*, 228 A.2d 405 (Pa. Superior Court 1967); *McCall v. United States*, 206 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1962); *Lindsay v. Appleby*, 414 N.E.2d 885 (Ill. Appellate Court 1980); MINNEMAN, § 54.

¹⁸³⁸ Un exemple où cet argument a été explicitement utilisé est *Schwegel v. Goldberg*, 228 A.2d 405 (Pa. Superior Court 1967).

¹⁸³⁹ LEWIS (1988), p. 140 s.; WIKLEY, p. 21 s.

cependant défendu l'exigence d'un "present injury"¹⁸⁴⁰, notamment comme garde-fou contre des demandes spéculatives. Parfois, la notion de "injury" est alors interprétée dans un sens extrêmement large, comme dans *Brafford v. Susquehanna Corporation*¹⁸⁴¹, où un dommage chromosomique ("chromosomal damage") a été considéré comme établi. Le caractère artificiel de la condition du dommage corporel tangible montre à quel point les tribunaux sont réticents face à l'idée de considérer la création d'un risque durable comme un préjudice actuel indemnisable en fonction de la probabilité de réalisation du risque créé. Une protection contre des demandes à caractère spéculatif est certes nécessaire, mais peut être obtenue par le biais de l'exigence de la certitude suffisante concernant l'existence même du préjudice.

9.3.3.6 Arguments de politique juridique

469 Pertinence mineure. – Les arguments de la compensation (n° 292 s.), de la prévention (n° 294) et des "floodgates" (n° 319 s.) n'apportent que peu d'eau au moulin de celles qui plaident en faveur de l'indemnisation immédiate de la création d'un risque. Ceci est principalement dû au fait qu'il ne s'agit ici pas tellement de la question de savoir si une responsabilité doit exister ou non, mais plutôt à partir de quel moment (déjà au moment de la création du risque, ou seulement au moment où le risque se réalise)¹⁸⁴². Il s'agit alors d'examiner quelles conséquences une indemnisation immédiate aurait par rapport à l'alternative de surseoir à une décision. L'argument de prévention présuppose que la créatrice potentielle du risque qui ne se laisse pas dissuader par la responsabilité possible future pour le préjudice final, soit impressionnée par la responsabilité immédiate pour le risque créé¹⁸⁴³. Cela ne devrait être que rarement le cas¹⁸⁴⁴. L'argument des "floodgates" n'a pas plus de poids, malgré toute l'insistance dont il fait l'objet aux Etats-Unis. Non seulement la question n'est ici pas celle du principe mais celle du moment de l'indemnisation, mais en plus la portée de cet argument est limitée par le fait que la plupart des risques ne sont en effet pas durables. Généralement, ils cessent d'exister dès que le comportement illicite est terminé, ou il est autrement assez rapidement établi s'ils se réalisent ou pas¹⁸⁴⁵. L'argument des "floodgates" ne mérite d'être pris en compte qu'en rapport avec les risques pour la santé par l'exposition à des radiations ou des substances dangereuses. Dans ce contexte, le raz-de-marée craint de procédures peut être endigué par le rejet de demandes spéculatives. Dès qu'il est établi avec une certitude suffisante que l'on est en présence d'un risque substantiel aggravé, l'argument des "floodgates" ne peut cependant primer tous les inconvénients découlant du fait de surseoir à un jugement, ou avec les mots de Justice HANDLER dans *Ayers v. Jackson Township*:

*"Courts should not allow speculative fears or undifferentiated anxiety over the possible rush of litigation to defeat a sound and fair cause of action"*¹⁸⁴⁶.

¹⁸⁴⁰ ASHTON, p. 1119; CUMMINGS, p. 475.

¹⁸⁴¹ 586 F Supp. 14 (D. Colo. 1984).

¹⁸⁴² On peut présenter le problème aussi comme celui de savoir quel préjudice doit être indemnisé, le dommage consistant dans la perte d'une chance ou le préjudice final éventuel.

¹⁸⁴³ AKKERMANS, p. 239.

¹⁸⁴⁴ Voir cependant la discussion sur les *toxic torts* aux Etats-Unis, où il a été invoqué que les chefs d'entreprise feraient plus grand cas de la menace d'une responsabilité immédiate que de la menace d'une responsabilité dans le futur (ROSENBERG, p. 920; ROBINSON, p. 784 s.).

¹⁸⁴⁵ LEGUM, p. 589 s.

¹⁸⁴⁶ *Ayers v. Jackson Township*, 525 A.2d 287, 319 (N.J. 1987).

9.3.3.7 Autorité de la chose jugée

- 470 Pour la victime et la responsable.** – Si la juge accorde une indemnité immédiate pour la création fautive d'un risque durable, la question se pose de savoir ce qui doit se passer si le dommage définitif se réalise ultérieurement. Certains auteurs estiment que le dommage final n'est alors pas encore réparé, que la victime peut dès lors intenter une nouvelle action, et que l'indemnité originale doit être prise en compte dans la détermination des dommages-intérêts finalement attribués¹⁸⁴⁷. AKKERMANS critique ce raisonnement¹⁸⁴⁸. Il admet certes qu'il s'agit ici de deux dommages différents, mais l'indemnisation de l'un empêcherait automatiquement celle de l'autre. Selon lui, la victime qui obtient une indemnité immédiate pour le risque menaçant, supporte ensuite ce risque, car autrement elle serait illégitimement enrichie. La lésée qui pourrait toucher une indemnité plus tard pour le préjudice définitif, ne courrait par contre aucun risque (financier) dans l'immédiat. C'est pourquoi les deux indemnités n'en feraient nécessairement qu'une¹⁸⁴⁹. Si tel n'était pas le cas, on ne verrait pas pourquoi une compensation s'imposerait. Il se pose aussi la question de savoir ce qui se passerait dans le cas contraire, à savoir où le dommage définitif ne se réalise finalement pas. Pourquoi ne pas alors aussi accorder une action à la responsable pour pouvoir récupérer les dommages-intérêts payés, *a posteriori*, à tort¹⁸⁵⁰? Une telle possibilité enlèverait cependant un des avantages cruciaux d'une indemnisation immédiate, à savoir d'empêcher que deux procès doivent être menés pour le même état de faits. L'autorité de la chose jugée doit donc valoir pour les deux parties¹⁸⁵¹.

9.4 Résumé et conclusion

- 471 Large champ d'application général.** – Ce travail aura montré qu'un large champ d'application devrait être assigné à la théorie de la perte d'une chance en droit suisse. L'analyse notamment des droits français et anglais impose la conclusion qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les chances passées d'un côté, et les chances futures d'un autre côté. Comme cette distinction a souvent - et abusivement - été utilisée pour exclure le domaine médical du champ d'application de la perte d'une chance, une telle restriction est également dénuée de fondement. La perte de chances de guérison ou de survie mérite d'être réparée autant que les chances perdues dans les domaines où la théorie est plus traditionnellement appliquée. La théorie peut aussi trouver application pour les chances dont la réalisation dépend de la victime. Le cas typique du défaut d'information de la doctoresse illustre bien comment la perte d'une chance aboutit à des résultats plus "justes" que les deux alternatives extrêmes suivantes: soit refuser toute indemnisation parce que l'on ne saura jamais si la patiente dûment informée aurait donné son consentement éclairé; soit allouer une pleine indemnité parce que l'on considère que l'atteinte à l'intégrité physique est dénuée de motif justificatif en raison de l'absence de

¹⁸⁴⁷ FELDMAN, p. 154.

¹⁸⁴⁸ AKKERMANS, p. 240.

¹⁸⁴⁹ AKKERMANS, p. 240. Voir aussi L. E. H. RUTTEN, *Het Recht op Schadeloosstelling van de Eigenaar van een Auto welke als gevolg van een Aanrijding een Waardevermindering heeft ondergaan*, 12 *Verkeersrecht* (1964) p. 80.

¹⁸⁵⁰ AKKERMANS, p. 241. C'est ce que proposent les auteurs de l'avant-projet sur la base des dispositions régissant l'enrichissement illégitime pour la répétition des paiements anticipés faits en trop (art. 56h AP LRCiv; Rapport explicatif, p. 256).

¹⁸⁵¹ AKKERMANS, p. 242.

consentement. En ce qui concerne l'applicabilité de la théorie aux cas de la création d'un risque durable, la réponse doit être nuancée. Théoriquement, il est certes possible de considérer le préjudice consistant dans un risque durable menaçant comme un préjudice actuel ayant une répercussion patrimoniale sur le bien en question. Les différents arguments à prendre en compte ne plaident cependant pas assez clairement en faveur de l'application de la théorie de la perte d'une chance à la création d'un risque durable. Le fait de surseoir à une décision jusqu'au moment où l'on sait si le risque menaçant se réalisera ou non peut également rencontrer des obstacles découlant de la prescription ou de la péremption, des difficultés liées aux preuves, de l'insolvabilité ou de la cessation d'activités de la personne recherchée. Mais comme la réparation immédiate d'un risque durable menaçant porte le danger de surcompensation ou de sous-compensation et de demandes à caractère spéculatif, cette thèse ne tranche pas entre les deux solutions envisageables.

10 Domaines d'application spécifiques

- 472 **Plan.** - Il s'agira dans ce chapitre d'analyser la jurisprudence suisse dans quelques situations typiques dans lesquelles des droits étrangers ont appliqué la théorie de la perte d'une chance. Les exemples illustreront comment les tribunaux suisses pourraient trouver des solutions plus équitables dans les mêmes situations grâce à l'indemnisation de chances perdues. Dans certains cas, cet examen montrera aussi comment les tribunaux suisses, probablement sans s'en rendre compte et en tout cas sans le reconnaître explicitement, appliquent déjà une forme d'indemnisation des chances perdues. Ce chapitre se limitera à l'analyse de quelques applications typiques, à savoir le domaine du contentieux (10.1.1), les négociations contractuelles (10.1.2), les marchés publics (10.1.3), le dommage consécutif aux lésions corporelles (10.2.2) et au décès (10.2.3), ainsi que la responsabilité médicale (10.3). Une distinction sera faite entre la situation où la victime est en train de courir sa chance (dommage actuel; 10.1) et la situation où celle-ci n'a pas encore couru sa chance (dommage futur; 10.2)¹⁸⁵².
- 473 **Problème du dommage réfléchi.** - Comme le dommage réfléchi ("*Reflexschaden*") ou dommage par ricochet est moins facilement réparable en droit suisse qu'en droit français, une partie considérable des hypothèses de perte d'une chance rencontrées en droit français n'entre pas en ligne de compte pour une indemnisation en droit suisse¹⁸⁵³. Est réfléchi le préjudice que subit par contrecoup une tierce personne liée d'une manière ou d'une autre (personnelle, contractuelle) à la victime de l'atteinte initiale¹⁸⁵⁴. L'indemnisation de la perte de soutien (art. 45 III CO; n° 513 ss), le tort moral subi par des proches d'une victime décédée (art. 47 CO), ainsi que le cas particulier et controversé de la réparation du dommage par une tierce personne ("*Drittschadensliquidation*")¹⁸⁵⁵ ont constitué longtemps les seuls cas dans lesquels une indemnisation était envisageable en droit suisse. La jurisprudence du Tribunal fédéral a ensuite élargi le cercle des victimes pouvant prétendre à une réparation en admettant l'indemnisation directe du tort moral subi par des proches d'une victime gravement handicapée, pour le motif qu'elles pouvaient subir personnellement une atteinte à leurs droits de la personnalité¹⁸⁵⁶. La Haute Cour a généralisé cette tendance d'ouverture à l'indemnisation du dommage réfléchi par l'application de la théorie de la finalité protectrice de la norme ou du but de protection de la norme ("*Normzwecktheorie*", "*Schutznormtheorie*", "*Theorie des Schutzzweckes*") qui, par extension de la notion d'illicéité, a pour effet d'élargir le cercle des victimes¹⁸⁵⁷. La question de savoir qui est directement lésée dépend ainsi en dernière analyse de la condition de l'illicéité¹⁸⁵⁸. Une analyse approfondie de la notion du dom-

¹⁸⁵² Pour la même distinction en droit français, voir n° 53 ss et n° 73 ss.

¹⁸⁵³ REY, n° 356.

¹⁸⁵⁴ Pierre TERCIER, *La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile*, in: *Gedächtnisschrift Peter Jäggi* (Freiburg 1977), p. 244.

¹⁸⁵⁵ REY, n° 363 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2685 ss; Christian ARMBRÜSTER, *Drittschäden und vertragliche Haftung*, II *recht* (1993) p. 84 ss.

¹⁸⁵⁶ ATF 117 II 50 [56]; 112 II 220 [222 ss]. L'article 45e III AP LRCiv reprend cette jurisprudence en ces termes: «En cas de mort ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction pour tort moral».

¹⁸⁵⁷ Rapport explicatif, p. 101; Pierre GIOVANNONI, *Le dommage par ricochet en droit suisse*, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 244 ss.

¹⁸⁵⁸ Stefan MEIERHANS, *Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden*, 12 *recht* (1994) p. 204.

mage réfléchi dépasserait le cadre de ce travail¹⁸⁵⁹. Une brève comparaison entre les systèmes suisses et français se justifie néanmoins. Les dommages réfléchis sont souvent des dommages purement économiques (n° 347 s.). Comme le Tribunal fédéral considère que le patrimoine en tant que tel n'est pas un bien juridique bénéficiant d'une protection absolue (n° 348), les dommages réfléchis qui touchent uniquement le patrimoine ne sont réparables que lorsque la responsable viole une norme de protection et fonde ainsi l'illicéité nécessaire pour une indemnisation¹⁸⁶⁰. En droit français, la formule "dommage par ricochet" n'est employée en pratique qu'à propos des contrecoups d'une atteinte physique (lésion corporelle ou décès) à la personne de la victime initiale¹⁸⁶¹. Comme le droit français ne fait pas une distinction stricte entre dommages corporels, dommages matériels et dommages purement économiques¹⁸⁶², mais connaît de manière générale une notion très large du dommage, il a dû trouver d'autres critères pour délimiter la responsabilité notamment pour les dommages réfléchis. Le dommage réparable doit ainsi être direct, actuel et certain (n° 40 ss). La question du caractère direct du dommage se confond avec celle du lien de causalité¹⁸⁶³. Le critère de la certitude est en première ligne une question de preuve¹⁸⁶⁴, domaine où les tribunaux disposent d'une importante liberté d'appréciation. Il est surprenant de constater que les tribunaux français n'ont pas élaboré de critères précis pour l'appréciation du caractère certain du dommage¹⁸⁶⁵. Ces contours flous des dommages "réfléchis" (et notamment des dommages "purement économiques") ont comme conséquence que certaines espèces de perte d'une chance indemnizable en droit français ne le seraient pas en droit suisse, sans que cette différence soit due aux attitudes respectives des deux systèmes juridiques face à l'indemnisation de chances perdues.

10.1 Dommage actuel

10.1.1 Contentieux

10.1.1.1 Situation de lege lata

- 474 Principe.** – Pour déclencher la responsabilité de l'avocate qui a failli à ses obligations, la cliente doit entre autres prouver le rapport de causalité naturelle entre la faute de la mandataire et le dommage subi¹⁸⁶⁶. L'issue probable du procès dans lequel l'avocate a commis une faute, est alors cruciale. En effet, la négligence de l'avocate n'a causé de préjudice que si le procès avait connu une issue plus favorable en l'absence de cette faute. La première procédure doit donc être fictivement "jouée" dans le cadre du procès

¹⁸⁵⁹ Pour le traitement du "dommage purement économique" dans l'AP LRCiv, voir Rapport explicatif, p. 78.

¹⁸⁶⁰ Stefan MEIERHANS, *Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden*, 12 *rech* (1994) p. 205.

¹⁸⁶¹ Geneviève VINEY, *Le dommage indirect ou par ricochet en droit français*, in: O. Guilloid (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 249.

¹⁸⁶² Stefan MEIERHANS, *Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden*, 12 *rech* (1994) p. 206.

¹⁸⁶³ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1410.

¹⁸⁶⁴ Geneviève VINEY, *Le dommage indirect ou par ricochet en droit français*, in: O. Guilloid (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 262.

¹⁸⁶⁵ Paul ESMEIN, note sous Cass. (civ. 2^e) 28 avril 1965, *Marcailloux et autre c. R.A.T.V.M.*, D 1965 jp. 777: «Les juges, comme les auteurs, déclarent un préjudice direct ou indirect suivant qu'il leur paraît ou non d'allouer une indemnité».

¹⁸⁶⁶ KULL, p. 113.

en responsabilité contre l'avocate¹⁸⁶⁷. En d'autres termes, il s'agit de déterminer l'importance des chances de succès dont la victime a été privée par la faute de sa mandataire. Comme les raisonnements et interprétations amenant un tribunal à sa décision ne peuvent jamais être connus avec certitude, le déroulement hypothétique du premier procès doit être examiné sous la présomption que les instances compétentes n'auraient pas commis d'erreur¹⁸⁶⁸. Selon la jurisprudence, la cliente lésée doit établir les chances de succès avec une grande vraisemblance¹⁸⁶⁹. La doctrine est généralement d'avis que le comportement de l'avocate se trouve dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec le préjudice si, sans la faute de la mandataire, des chances raisonnables (*"begründete Aussichten"*) existaient pour une issue plus favorable¹⁸⁷⁰. WESSNER estime que "les chances de gagner le procès devaient être supérieures aux risques de le perdre"¹⁸⁷¹.

- 475 Exemple typique: ATF 87 II 364.** - Un avocat omet d'ouvrir une action en paternité dans le délai imposé par l'ancien article 308 CC, ce que le Tribunal fédéral qualifie de faute grave. L'enfant et sa mère réclament à leur avocat, à titre de dommages-intérêts, le montant capitalisé des prestations auxquelles le défendeur initial aurait été condamné si leur action en paternité avait été introduite dans les délais. Le Tribunal fédéral estime que les demandereses sont fondées à prouver premièrement qu'elles auraient gagné leur procès si le délai pour ouvrir action avait été observé et, deuxièmement, que le dommage subi du fait de l'inobservation de ce délai correspondait à ce qui leur aurait été accordé par la juge de l'action en paternité. Comme les lésées auraient, "avec une très grande vraisemblance", gagné leur procès en paternité contre le père présumé si l'action avait été déposée à temps, le Tribunal fédéral considère que l'avocat devait être condamné à réparer le préjudice causé par son omission, équivalent à la totalité du montant auquel le père présumé aurait été condamné. Les juges fédérales expliquent:

«Wie ein wegen Versäumung der Klagfrist nicht durchgeführter Prozess bei Einhaltung dieser Frist ausgegangen wäre, lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit feststellen. Es sind darüber vielmehr nur Vermutungen möglich. [...] Dies schliesst jedoch die Leistung des Beweises, dass die klagende Partei den Prozess bei Einhaltung der Klagfrist gewonnen hätte und dass der ihr durch die Versäumung der Frist zugefügte Schaden folglich dem Betrag entspreche, der ihr im Falle ihres Ob-siegens als Prozessgewinn zugekommen wäre, nicht von vornherein aus. Auf Grund

¹⁸⁶⁷ Fabio SCHLÜCHTER, *Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug praktischer Fragen der Haftpflichtversicherung*, 6 *PJA* (1997) p. 1362; Franz-Josef RINSCHKE, *Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars*, 6^e éd. (Köln/Berlin/Bonn/München 1998), I 222 ss.

¹⁸⁶⁸ KULL, p. 116.

¹⁸⁶⁹ ATF 87 II 374; pour un cas analogue, voir Cour de Justice de Genève 31 mars 1942, *X. contre Demont*, 65 SJ (1943) p. 23. Voir cependant KULL (p. 116) qui estime qu'il n'existe pas de jurisprudence constante sur le degré de vraisemblance exigé pour les chances de succès.

¹⁸⁷⁰ KULL, p. 116; Walter FELLMANN, *Die Haftung des Anwaltes*, in: W. Fellmann/C. Huguenin-Jacobs/T. Poledna/J. Schwarz (éd.), *Droit suisse des avocats* (Bern 1998), p. 189 (qui examine cette question dans un chapitre consacré au préjudice!); Christine HEHLI, *Haftung des Anwalts für fehlerhafte Dienstleistung im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, thèse (Bâle 1996), p. 164 ss; Madeline-Claire LEVIS, *Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, thèse (Zürich 1981), p. 50; Otto KELLERHALS, *Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag*, thèse (Bern 1953), p. 25, 29, 30, 55. Pour la situation très semblable en droit allemand, voir Brigitte BORGSMANN, *Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht in der Zeit von Mitte 1999 bis Mitte 2000*, 53 *NJW* (2000) p. 2953 ss (spéc. p. 2965); FLEISCHER, p. 767 s.

¹⁸⁷¹ Pierre WESSNER, *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 165.

*der im Schadenersatzprozess nachgeholten Abklärung der Verhältnisse, die für die materielle Beurteilung der verwirkten Klage erheblich gewesen wären, kann sich die Annahme, dass diese Klage geschützt worden wäre, so stark aufdrängen, dass der Beweis hierfür als erbracht angesehen werden darf*¹⁸⁷².

- 476 **Parallèle français: CA Dijon 27 janvier 1987, Me J. c. M. C.**¹⁸⁷³ – Dans cette affaire, un avocat qui n'avait pas engagé dans le délai légal l'action en désaveu de paternité, a été condamné à réparer la perte par son client de la chance de gagner le procès à cause de la négligence. Le raisonnement de la Cour d'appel est exemplaire pour l'application de la perte d'une chance dans le domaine du contentieux:

«Attendu que la responsabilité de l'avocat à l'égard de son client est de nature contractuelle; que celui-ci n'est tenu que d'une obligation de moyens;

Attendu que l'avocat qui a reçu d'un client un mandat *ad litem* commet une faute civile s'il n'exécute pas ce mandat ou s'il l'exécute de manière imparfaite, c'est-à-dire avec négligence, défaut de discernement, inexpérience ou manque de soins;

Attendu que l'avocat doit supporter les conséquences de sa ou de ses fautes;

Attendu que le préjudice subi par le client ne découle pas de la perte du procès; qu'il est en effet impossible de savoir de manière certaine quels auraient été les résultats si l'avocat n'avait pas commis de faute;

Attendu que le préjudice dont il s'agit se limite à la perte de la chance que le client avait d'obtenir gain de cause si ses intérêts avaient été normalement soutenus par son avocat;

Attendu que la relation de cause à effet entre le préjudice subi par le client et la faute commise par l'avocat doit être admise lorsque l'adite faute a fait perdre au client toute chance de gagner son procès;

Attendu que pour chiffrer ce préjudice, le tribunal saisi doit rechercher si le client avait des chances sérieuses, en s'appuyant sur les moyens en sa possession, de faire triompher ses prétentions au cours d'un débat qui se serait déroulé normalement ou si, au contraire, ses chances étaient nulles ou pratiquement nulles¹⁸⁷⁴.

L'application de ces principes aux circonstances de l'espèce ont amené la Cour d'appel de Dijon à condamner l'avocat à payer à son client la somme de FRF 35 000 à titre de dommages-intérêts.

- 477 **Commentaire.** – Il ne saurait être déduit de l'ATF 87 II 364 qu'il est possible, en droit actuel, d'indemniser le préjudice causé par la perte d'une chance d'obtenir un résultat aléatoire¹⁸⁷⁵. En effet, la conclusion s'impose que si le résultat escompté n'avait pas presque 100% de chances d'être atteint, les lésées n'auraient obtenu aucune réparation. Le préjudice n'équivaut donc pas à la perte d'une chance, mais suit le raisonnement traditionnel du tout-ou-rien. Si, en l'espèce, les lésées avaient effectivement gagné leur procès en paternité "avec une très grande vraisemblance", la solution retenue par le Tri-

¹⁸⁷² ATF 87 II 364 [372 s].

¹⁸⁷³ D 1988 somm. 238.

¹⁸⁷⁴ D 1988 somm. 238.

¹⁸⁷⁵ L'auteur français BORE (n° 3) se trompe en affirmant cela. Voir aussi WERRO ([1993], n° 1028 note 277), qui estime qu'à la différence du droit français, qui admet la réparation sur la base de simples probabilités, la réparation serait refusée en droit suisse dans les cas où l'issue du procès reste incertaine.

bunal fédéral se justifie. Si la Haute Cour était cependant arrivée à la conclusion que l'action des demanderesse n'aurait connu une issue favorable qu'avec une probabilité de 60%, elle aurait pu attribuer aux lésées 60% du montant capitalisé des prestations auxquelles le défendeur initial aurait été condamné si leur action en paternité avait été introduite dans les délais. Cette solution aurait été bien plus équitable que le simple rejet de l'action pour le motif que le lien de causalité naturelle n'était pas établi avec "une très grande vraisemblance". Ce qui est par contre symptomatique dans l'espèce examinée, c'est que le degré de preuve a encore une fois dû être diminué par les juges pour que la preuve du rapport causal et du préjudice soit possible (n° 277):

*"Dass die Kläger im Haftpflichtprozess (zutreffend) erklärt haben, das Ergebnis des abgebrochenen Vaterschaftsprozesses lasse sich nicht mit Sicherheit feststellen, kann ihnen entgegen der Meinung des Beklagten nicht zum Nachteil gereichen, da für den Schadensbeweis im Haftpflichtprozess nach dem Gesagten genügen muss, dass angenommen werden darf, die Kläger hätten den Vaterschaftsprozess höchst wahrscheinlich gewonnen (mise en évidence ajoutée)"*¹⁸⁷⁶.

10.1.1.2 Critique de la méthode du "procès-dans-le-procès"

478 Fardeau de la preuve trop lourd pour la lésée. – Le droit suisse oblige donc la juge de la responsabilité professionnelle de l'avocate de mener fictivement le procès qui constituait l'objet du mandat, pour décider si la cliente a effectivement subi un dommage se trouvant dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec la faute de l'avocate. Cette méthode du procès-dans-le-procès, connue aussi en droit américain sous le nom "*trial-within-a-trial method*"¹⁸⁷⁷, est critiquable à plusieurs égards. Elle ne permet en premier lieu pas d'atteindre le but d'une reconstruction complète de l'action donnant lieu au procès en responsabilité¹⁸⁷⁸. Le fardeau de la preuve pesant sur la lésée (preuve du fait que le premier procès aurait été gagné "avec une très grande vraisemblance") est très lourd¹⁸⁷⁹ ce qui a comme conséquence que la méthode du procès-dans-le-procès protège en réalité l'avocate de toute responsabilité¹⁸⁸⁰. Cette approche est aussi inexacte parce que les parties se voient confrontées à des actions hypothétiques¹⁸⁸¹. Les moyens de preuve sont en outre souvent limités à ceux qui auraient été admissibles dans le premier procès, même si l'écoulement du temps les a probablement détériorés. L'ironie ultime de cette méthode est que l'avocate est maintenant la défenderesse dans une cause dans laquelle elle était initialement la mandataire de la demanderesse. L'avocate a ainsi une meilleure connaissance des points faibles de la cause de la cliente que la défende-

¹⁸⁷⁶ ATF 87 II 364 [374].

¹⁸⁷⁷ En général, Richard G. COGGIN (Attorney Negligence ... A Suit Within a Suit, 60 *W.Va.Law Review* [1958] 225), qui a créé l'expression "*suit within a suit*". Pour une discussion de cette approche en droit néerlandais, voir Ivó GIESEN, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid* (Deventer 1999), p. 124 ss.

¹⁸⁷⁸ LORD, p. 1482.

¹⁸⁷⁹ Erik M. JENSEN, Comment: The Standard of Proof of Causation in Legal Malpractice Cases, 63 *Cornell Law Review* (1978) p. 676 s., qui discute des alternatives au niveau de la causalité. Voir aussi Kenneth G. LUPO, Comment: A Modern Approach to the Legal Malpractice Tort, 52 *Indiana Law Journal* (1977) p. 701 ss, qui analyse des cas faisant abstraction de la méthode du "*trial-within-a-trial*".

¹⁸⁸⁰ KULL, p. 117.

¹⁸⁸¹ MALLIN/SMITH, § 32.8 p. 170.

resse originale dans le procès de base. En plus, la partie adverse initiale ne peut désormais intervenir qu'en qualité de témoin¹⁸⁸².

- 479 **Palliatifs en droit américain.** - Comme dans le domaine de la responsabilité médicale, certains tribunaux américains ont tenté d'utiliser les techniques des présomptions, du renversement du fardeau de la preuve¹⁸⁸³ et de la règle *res ipsa loquitur*¹⁸⁸⁴, pour faciliter la tâche des mandantes lésées. D'autres tribunaux ont modifié la méthode du procès-dans-le-procès en baissant les exigences en matière de preuve pour trancher la question de savoir si l'affaire doit être soumise à un jury ou non¹⁸⁸⁵. Le droit suisse utilise un abaissement analogue des exigences en matière de preuve du rapport causal naturel (n° 474 ss).

- 480 **Assurance responsabilité professionnelle.** - La méthode du procès-dans-le-procès est donc entachée de beaucoup d'inconvénients. Il n'est ainsi pas judicieux de baser une décision aussi radicale que celle du tout-ou-rien sur une méthode aussi défectueuse. Les difficultés liées à l'examen du déroulement hypothétique d'un premier litige ont comme conséquence que des actions en responsabilité professionnelle contre des avocates fautivees sont rares en Suisse¹⁸⁸⁶. Très souvent, le dommage est en outre liquidé en collaboration avec l'assurance responsabilité professionnelle de l'avocate en tenant compte de l'ensemble des circonstances¹⁸⁸⁷.

10.1.1.3 Perte d'une chance

- 481 **Conditions réunies.** - Face à ces difficultés, la théorie de la perte d'une chance offre une approche plus simple aux tribunaux qui peuvent déterminer un pourcentage de probabilité avec lequel l'action de base aurait été gagnée compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et moduler l'indemnité en fonction de cette vraisemblance. Toutes les conditions nécessaires à l'application de la théorie de la perte d'une chance sont réunies dans le domaine du contentieux, notamment dans le cas de l'inobservation d'un délai de recours. Par son omission d'introduire le recours dans le délai légal, l'avocate viole une obligation contractuelle (n° 367 ss) et commet une faute (n° 362 ss). Les aléas de la justice font que l'issue du procès (l'enjeu total) a un caractère aléatoire (n° 369 ss) et que la mandante n'a qu'une simple chance d'obtenir l'avantage escompté, à savoir le gain du procès (n° 376 ss). L'incorporation de la théorie de la perte d'une chance dans la responsabilité des auxiliaires de la justice représente ainsi une méthode plus efficace et plus équitable que la méthode du tout-ou-rien, combinée avec l'approche du procès-dans-le-procès, pour indemniser une cliente dont les chances de succès dans un procès ont été détruites ou réduites par une négligence professionnelle¹⁸⁸⁸. C'est pourquoi tous les systèmes juridiques analysés, à part le droit américain (n° 149 ss), indemnisent les chances perdues dans le domaine du contentieux

¹⁸⁸² Pour le droit néerlandais, voir AKKERMANS, p. 185.

¹⁸⁸³ MALLÉN/SMITH, § 32.9 p. 172.

¹⁸⁸⁴ MALLÉN/SMITH, § 32.20 p. 231. Pour la notion de *res ipsa loquitur*, n° 104.

¹⁸⁸⁵ MALLÉN/SMITH, § 32.10 p. 180; John M. HUSBAND, Note: Legal Malpractice - Erosion of the Traditional Suit Within a Suit Requirement, 7 *University of Toledo Law Review* (1975) p. 339.

¹⁸⁸⁶ KULL, p. 117.

¹⁸⁸⁷ Fabio SCHLÖCHTER, Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug praktischer Fragen der Haftpflichtversicherung, 6 *PJA* (1997) p. 1362.

¹⁸⁸⁸ SCHWEIZER (1991) p. 160; pour le droit américain, voir LORD, p. 1501; DEFREYN, p. 810 s.; Jennifer P. KELLER, Casenote: Torts - Medical Malpractice - Loss of Chance not a Cognizable Cause of Action in Tennessee, 62 *Tennessee Law Review* (1995) p. 387.

depuis des décennies¹⁸⁸⁹. Même en droit américain, où des chances perdues sont uniquement réparées dans le domaine médical, certains commentateurs plaident en faveur de cette approche¹⁸⁹⁰. En droit allemand aussi, MÜLLER-STOY s'est prononcé en faveur de l'indemnisation de chances perdues en matière contentieuse¹⁸⁹¹. FLEISCHER reconnaît certes les parallèles manifestes entre la perte d'une chance dans un procès et la perte d'une chance de gain ("*Gewinnchance*"), mais il se prononce finalement contre l'indemnisation de chances perdues dans le domaine du contentieux pour des raisons essentiellement de politique juridique¹⁸⁹². KOZIOL estime que la perte de telles chances peut seulement donner lieu en droit suisse à réparation si l'on abandonne la théorie de la différence et que l'on reconnaît, de manière générale ou uniquement pour la perte de chances, une évaluation objective du dommage positif au moment du fait dommageable¹⁸⁹³. L'analyse des droits étrangers montre cependant que la théorie de la perte d'une chance permettrait de trouver des solutions plus équitables compte tenu des incertitudes inhérentes à toute procédure en justice¹⁸⁹⁴. Certes, les problèmes liés à la quantification des chances perdues sont, encore une fois, considérables mais surmontables¹⁸⁹⁵. Parfois, la juge sera à même de déterminer avec une certitude suffisante quel aurait été le résultat du premier procès (n° 484). Elle pourra alors accorder des dommages-intérêts correspondant à la totalité de la valeur litigieuse ou, au contraire, rejeter toute indemnité et ainsi exclure l'application de la théorie de la perte d'une chance. Dans la grande majorité des cas par contre, l'issue de la procédure restera pour toujours inconnue. La juge estimera l'importance des chances perdues par la mandante ce qui ne peut naturellement se faire avec une précision absolue. Les éventuelles imprécisions de cette méthode restent cependant toujours bien plus petites que celles inhérentes au système du tout-ou-rien, combiné avec les défauts de la méthode du procès-dans-le-procès¹⁸⁹⁶.

- 482 Problème "classique".** – Le droit suisse est familier avec l'estimation de chances de succès d'un procès. L'article 29 III, 1^{re} phrase Cst. féd. qui ne fait que codifier l'ancienne jurisprudence concernant l'article 4 aCst. féd., stipule en effet: «Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite»¹⁸⁹⁷. Selon le Tribunal fédéral,

«[u]n procès est dénué de chances de succès si les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent guère être

¹⁸⁸⁹ Pour le droit français, voir n° 60 ss; pour le droit anglais, voir n° 180 ss; pour le droit néerlandais, voir n° 202; pour le droit canadien, voir n° 213.

¹⁸⁹⁰ Par exemple LORD, p. 1480.

¹⁸⁹¹ MÜLLER-STOY, p. 227 ss.

¹⁸⁹² FLEISCHER, p. 774 s.

¹⁸⁹³ KOZIOL (2001), p. 901 s.

¹⁸⁹⁴ WIDMER ([1994], p. 170) a proposé une indemnisation fondée sur la perte d'une chance pour une avocate qui ne refuse pas de défendre une cause manifestement insoutenable. Selon lui, la réparation pourrait être calculée en fonction du faux espoir que la mandataire a fait naître chez sa cliente. Il s'agirait donc d'une forme de responsabilité fondée sur la confiance (n° 429), à savoir une espèce de perte d'une chance fondée sur l'illusion créée par la mauvaise conseillère.

¹⁸⁹⁵ CHABAS (1991), p. 161: «Quantifier les chances est déjà difficile en matière médicale mais je crois qu'en matière de procédure, ça doit être vraiment la quadrature du cercle».

¹⁸⁹⁶ AKKERMANS, p. 185; COOPER, p. 219; KING, p. 1387; MATTHIES, p. 104.

¹⁸⁹⁷ Pour la jurisprudence concernant l'article 4 aCst. féd., voir ATF 125 II 265 [274] ("*nicht aussichtslosen Verfahren*"), 124 I 1 [2], 124 I 304 [306], 119 Ia 251 [253], 117 Ia 281 [284] ("*nicht zum vornherein aussichtslos*").

considérées comme *sérieuses*, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager vu les frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter. En revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de chances de succès lorsque les perspectives de gain et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les seconds [...]¹⁸⁹⁹ (mise en évidence ajoutée).

Les législations cantonales sur l'assistance judiciaire prévoient des conditions similaires¹⁸⁹⁹. Certes, dans le cadre de l'assistance judiciaire, «[l]a situation s'apprécie sur la base d'un examen provisoire et sommaire et, en cas de doute, l'assistance judiciaire doit être octroyée, la décision étant laissée au juge du fond [...]¹⁹⁰⁰. Un tel examen "superficiel" des chances de succès d'un procès ne suffit évidemment pas pour déterminer les dommages-intérêts dans une action en responsabilité professionnelle contre une avocate. La législation et la jurisprudence sur l'assistance judiciaire montrent néanmoins que l'estimation de chances de succès d'un procès n'est rien de nouveau pour le droit suisse et qu'il suffira d'affiner les méthodes de détermination des chances pour pouvoir indemniser leur perte dans le domaine du contentieux. L'estimation des chances de succès d'une procédure est, aussi en dehors de l'assistance judiciaire, très fréquente. En effet, à chaque fois qu'une personne s'estime juridiquement lésée, elle dispose de trois solutions: elle peut attaquer son adversaire en justice, tenter un règlement à l'amiable ou purement et simplement abandonner son droit. Le choix de l'une de ces solutions passe nécessairement par l'évaluation des chances qu'aurait un procès de tourner à son avantage. La même évaluation doit être opérée par son adversaire lorsqu'une offre de transaction lui est faite: elle doit, elle aussi, mesurer les chances qui seraient les siennes devant les tribunaux pour décider s'il est ou non dans son intérêt de se prêter à cette transaction¹⁹⁰¹.

- 483 Jurisprudence française.** – En droit français, la perte de chance de gagner un procès constitue un préjudice réparable à la condition d'être réelle et sérieuse (n° 60 ss)¹⁹⁰². La jurisprudence apprécie cette double condition au vu du résultat qu'aurait connu le procès qu'elle soumet à un examen de fond et de forme. Elle rejette ainsi l'idée selon laquelle tout procès n'est jamais perdu d'avance et écarte la réalité du préjudice lorsque le procès n'avait aucune chance d'avoir une issue favorable¹⁹⁰³. La réalité du préjudice est établie lorsque, par la négligence de son avocate, la cliente a perdu la chance d'obtenir la réformation d'un jugement en appel¹⁹⁰⁴ ou lorsque sa demande devait vraisemblablement

¹⁸⁹⁸ ATF non publié du 8 décembre 2000 (5P.362/2000) cons. 3a. Il est très intéressant de constater que le Tribunal fédéral utilise le même adjectif ("sérieuses") que les tribunaux français et belge pour qualifier les chances.

¹⁸⁹⁹ Voir, par exemple, l'article 2 III de la loi neuchâteloise du 2 février 1999 sur l'assistance judiciaire et administrative (LAJA; RSN 161.3): «En matière civile, y compris l'action civile devant le juge pénal, et en matière administrative, ainsi qu'en procédure de recours, son octroi exige en outre que la cause n'apparaisse pas d'emblée dénuée de chance de succès».

¹⁹⁰⁰ ATF non publié du 8 décembre 2000 (5P.362/2000) cons. 3a.

¹⁹⁰¹ Sous réserve, bien sûr, des motifs externes au litige qui pourraient militer en faveur d'un accord à l'amiable (souci de conserver des relations d'affaires, d'éviter des frais de procédure pour un enjeu modeste, etc.).

¹⁹⁰² Marie-Annick PEANO, *Avocat*, Juris-Classeur Responsabilité civile, art. 1382 à 1386, fasc. 330 (Paris 1992), n° 60; LE TOURNEAU/CADIET, n° 1423 s.

¹⁹⁰³ Voir cependant, pour la perte d'un moyen de pression, n° 486.

¹⁹⁰⁴ CA Paris 25 mai 1987, *Consorts de Sinety c. Me X. et autres*, D 1987 ir. 153, D 1989 somm. 71; Cass. (civ. I^{re}) 4 mars 1980, *Vial c. Couartes et autre*, Bull. civ. I n° 72.

aboutir devant la Cour de cassation compte tenu de sa jurisprudence constante¹⁹⁰⁵, ou encore lorsque les possibilités de réussite de l'action étaient considérables¹⁹⁰⁶. Il en découle nécessairement que, dans le cas où les juges estiment que le recours ne devait pas être accueilli au fond, l'auxiliaire de la justice ne doit pas de dommages-intérêts, puisqu'il n'y a pas de préjudice.

484 Absence d'expertise. - Si les juges se sentent généralement peu compétentes pour apprécier les chances de survie ou de guérison d'une patiente, ce qui explique qu'une expertise soit presque toujours ordonnée dans un procès portant sur la perte d'une chance médicale, elles mettent leur science et leur expérience en œuvre pour peser la faute d'une femme de loi¹⁹⁰⁷. Dans le cadre de l'échec d'une procédure par la faute d'un auxiliaire de la justice, la juge est elle-même experte pour estimer les chances perdues de gagner le procès¹⁹⁰⁸. Dans les années soixante, des auteurs américains ont cru pouvoir développer, à l'aide de l'informatique, des méthodes scientifiques pour prédire l'issue de procédures judiciaires, mais ces tentatives de "jurimétrie" n'ont pas porté les fruits espérés¹⁹⁰⁹.

485 Montant de l'indemnité. - La mandante n'est pas indemnisée comme si son recours avait été accueilli favorablement. Ce ne sont donc pas les sommes convoitées qui constituent le dommage, mais simplement l'espoir de les gagner¹⁹¹⁰. Dans l'allocation des dommages-intérêts, les juges tiennent compte de l'importance de cet espoir. Il faut donc que les juges supputent la valeur de la chance perdue. La valeur de cette chance dépend des points forts et faibles de la demande. Elle se situe entre une valeur maximale, correspondant à la totalité de la valeur litigieuse, et une valeur minimale de transaction judiciaire ou extra-judiciaire. Cette possibilité de gain doit être détruite complètement ou partiellement par la faute de l'avocate (n° 401 ss). En droit français, si la chance apparaît nulle ou "pratiquement nulle", le préjudice est limité aux "frais et tracas résultant [...] de l'erreur commise par [l']avocat"¹⁹¹¹.

486 Perte d'un moyen de pression. - La jurisprudence française est exigeante et elle n'accueille favorablement les actions fondées sur la négligence d'une mandataire de justice que si la victime avait des chances sérieuses de gagner son procès. Mais la portée de ces décisions n'est pas aussi large que l'on pourrait le penser au premier abord. La justiciable qui n'avait aucune chance de gagner peut en effet néanmoins triompher en se plaçant sur un autre terrain: celui de la perte d'un moyen de pression¹⁹¹². Cependant cette "théorie de la perte d'un moyen de pression", jugée peu compréhensible par cer-

¹⁹⁰⁵ Cass. (civ. I^{re}) 18 novembre 1975, *Me X. c. Fédération des mutilés du travail et autres*, D 1976 ir. 38, JCP 1976 IV 12.

¹⁹⁰⁶ CA Paris 4 juillet 1977, *Labro et autre c. Me D.*, JCP 1978 II 18975.

¹⁹⁰⁷ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1423; ENDREO/MAILLAUD, n° 12; BENABENT, n° 252; CA Dijon 27 janvier 1987, *Me J. c. M. C.*, D 1988 somm. 238.

¹⁹⁰⁸ AKKERMANS, p. 184; RONSE *et al.*, n° 105; BORE, n° 26.

¹⁹⁰⁹ Lee LOEVINGER, *Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law*, 46 *Minnesota Law Review* (1961-62) p. 269 ss; Fred KORT, *Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A Quantitative Analysis of the "Right to Counsel" Cases*, 51 *American Political Science Review* (1957) p. 1 ss. En droit français, BENABENT, n° 252.

¹⁹¹⁰ CA Paris 29 septembre 1981, *Pierre S. c. Me X.*, GP 1982 jp. 124.

¹⁹¹¹ Cass. (civ. I^{re}) 11 mai 1964, *Dame Azulay c. Me Calas et autre*, Bull. civ. I n° 245, D 1964 jp. 517, JCP 1964 II 13708.

¹⁹¹² TGI Nantes 20 décembre 1977, *Dame D. c. Me X.*, D 1978 ir. 302.

tains auteurs¹⁹¹³, comporte une limite nécessaire: l'abus du droit d'estimer en justice. Le moyen de pression, dont la perte est invoquée, ne saurait aller jusqu'à pouvoir constituer "un acte de malice ou de mauvaise foi" ou, tout au moins, "une erreur grossière équi-pollente au dol"¹⁹¹⁴.

- 487 Perte effective de la chance.** – Si la cliente peut toujours récupérer la somme litigieuse, aucune chance n'a été perdue définitivement. Si, par exemple, l'avocate oublie de soulever un certain moyen et les actes de procédure peuvent ultérieurement être complétés par l'introduction de ce moyen, aucune chance n'a alors été perdue. La théorie ne trouve application que si la chance de récupérer la somme litigieuse est perdue de façon irrémédiable par la faute de l'avocate (n° 401 ss). Dans la première décision américaine qui devait résoudre la question de l'applicabilité de la théorie dans le domaine du contentieux (n° 151), la Cour suprême de l'Etat de Washington a refusé cette nouvelle utilisation en disant que la cliente privée d'un moyen de recours n'aurait pas perdu une chance, car l'affaire sera finalement réexaminée par une instance de recours¹⁹¹⁵. Si la juge de l'action en responsabilité professionnelle de l'avocate décide que le recours n'aurait pas eu de succès, cette décision serait, elle aussi, sujette à un réexamen par une ou plusieurs instances de recours¹⁹¹⁶. Cet argument est non seulement affaibli par les nombreux défauts de la méthode du procès-dans-le-procès (n° 478 ss), mais il est carrément inopérant car il ne tient pas compte du fait que les instances de recours ont généralement un pouvoir de cognition limité qui ne permet plus de tenir compte de l'ensemble des faits et arguments décisifs pour résoudre la question du procès-dans-le-procès. Le Tribunal fédéral part également de l'idée qu'il ne peut s'écarter de suppositions concernant l'issue du premier procès et de constatations de faits sur lesquelles cette appréciation du tribunal inférieur est fondée, qu'en présence de motifs graves, notamment en cas de contradiction avec une règle d'expérience:

*„Das Bundesgericht kann im Schadenersatzprozess die Auffassung des als letzte (oder einzige) kantonale Instanz urteilenden Gerichts über die vermutlichen Aussichten des nicht durchgeführten Vorprozesses jedenfalls insoweit überprüfen, als sie sich auf Erwägungen über vom Bundesrecht beherrschte Fragen stützt. Ob seiner Prüfung auch die Vermutungen der Vorinstanz darüber unterliegen, welche Tatsachen im Vorprozess festgestellt worden wären, oder ob diese Vermutungen wie gemäss Art. 63 Abs. 2 OG die eigentlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz für es verbindlich seien, braucht heute nicht grundsätzlich abgeklärt zu werden. [...] Solche Vermutungen dürfen nämlich, wenn überhaupt, nur mit Zurückhaltung überprüft werden, da sie naturgemäss weitgehend durch die der Vorinstanz zustehenden Würdigung der im Schadenersatzprozess erhobenen Beweise präjudiziert sind. Das Bundesgericht darf also von derartigen Vermutungen höchstens dann abweichen, wenn schwerwiegende Gründe gegen sie sprechen, insbesondere wenn sie mit einer Erfahrungsregel unvereinbar sind [...]“*¹⁹¹⁷.

- 488 Autorité de la chose jugée.** – ENDREO/MAILLAUD estiment que les actions en dommages-intérêts fondées sur la perte d'une chance ne sauraient être admises trop facilement dans le domaine du contentieux, car elles permettraient d'éluder le principe de l'autorité

¹⁹¹³ Par exemple ENDREO/MAILLAUD, n° 12.

¹⁹¹⁴ Cass. (civ. I^{re}) 5 juillet 1965, *Durand c. Commune de Bizanet*, JCP 1965 II 14402.

¹⁹¹⁵ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 605 (Wash. 1985). En droit allemand, le *Bundesgerichtshof* considère que l'avocate doit alors mener les procédures de recours à ses propres frais et à son propre risque (BGH 21 septembre 2000, 53 NJW [2000] p. 3560 ss).

¹⁹¹⁶ *Daugert v. Pappas*, 704 P.2d 600, 605 (Wash. 1985).

¹⁹¹⁷ ATF 87 II 364 [373 s] (n° 475).

de la chose jugée. Ce danger existerait notamment lorsque la faute de la mandataire empêche la plaideuse d'exercer une voie de recours¹⁹¹⁸. SCHWEIZER est également troublé par le fait que pour pouvoir condamner l'avocate, il faut nécessairement apporter la démonstration de ce que la première cause a été mal jugée¹⁹¹⁹. Il faut en effet distinguer deux situations dans ce contexte. D'une part, la faute de la mandataire peut avoir comme conséquence que la procédure en question n'a pas eu lieu, car la demande (ou le recours) introduite tardivement a conduit à une décision d'irrecevabilité. D'autre part, la faute de l'avocate peut avoir comme conséquence que le procès a eu lieu dans des circonstances moins favorables pour la cliente. Dans la première hypothèse, faute d'identité de parties, d'objet et de cause, l'autorité de la chose jugée n'est pas véritablement en jeu. La Cour de cassation française estime également que la juge appelée à apprécier la responsabilité de l'avocate n'est pas obligée de refaire le procès. Dans cette situation, il faut simplement rechercher la probabilité de succès du premier procès sans se soucier de la question de savoir si la première juge s'est trompée ou non¹⁹²⁰. Dans la deuxième hypothèse, l'estimation des chances de succès de l'action en l'absence de la faute de l'avocate, ne veut pas dire que la première juge s'est trompée parce que l'on obligerait ainsi une juge autre que celle prévue par les voies de recours habituelles contre la première décision à dire qu'une collègue s'est trompée. Le raisonnement est au contraire beaucoup plus simple et direct: une action a une certaine probabilité d'aboutir et par la faute de la mandataire, cette probabilité a été diminuée ou anéantie. Cette chance ne signifie pas forcément que la première juge s'est trompée. En effet, dans la procédure en responsabilité, d'autres chances sont en jeu: «Aussi ne se demande-t-on pas, en réalité, si l'appel aurait été effectivement rejeté, mais s'il aurait dû l'être; on substitue à une évaluation de chances une vérification du mérite»¹⁹²¹. Selon JANSEN, l'applicabilité de la perte d'une chance au domaine du contentieux dépend du statut théorique de la décision judiciaire¹⁹²². Si le jugement est considéré comme une description du droit qui est supposé donner une seule réponse à une question juridique, le tribunal appelé à trancher la question de la responsabilité devrait rechercher si la demanderesse aurait dû triompher au procès. Cela serait une question de droit et aucune question de fait ne se poserait dans ce contexte. Le droit allemand part de manière constante de cette idée¹⁹²³, ce qui constitue une des raisons pour lesquelles les tribunaux allemands ne discutent pas la perte d'une chance dans ce contexte. Si le jugement est par contre considéré, de façon plus réaliste, comme impliquant un élément inévitable de discrétion, le domaine du contentieux pourrait sans problème se voir appliquer la théorie de la perte d'une chance, comme c'est le cas dans la plupart des systèmes juridiques examinés dans ce travail¹⁹²⁴.

¹⁹¹⁸ ENDREO/MAILLAUD, n° 12.

¹⁹¹⁹ SCHWEIZER (1991), p. 160.

¹⁹²⁰ CHABAS (1991), p. 160 s.; CA Bourges 27 mars 1984, *Me X. c. O.P.H.L.M. Haute-Marne et compagnie d'assurance Abeille-Paix* (n° 63).

¹⁹²¹ Pierre HEBRAUD/Pierre RAYNAUD, 61 *RTDC* (1963) p. 607.

¹⁹²² JANSEN, p. 274.

¹⁹²³ RG 23 novembre 1917, 91 *RGZ* n° 42 p. 164 s.; RG 21 juin 1927, 117 *RGZ* n° 58 p. 293; BGH 14 novembre 1978, 72 *BGHZ* n° 49 p. 329 s.; BGH 21 septembre 1995, 49 *NJW* (1996) p. 49.

¹⁹²⁴ Une troisième possibilité consisterait, selon JANSEN (p. 274), à se demander comment le tribunal aurait en réalité décidé l'affaire. Cette approche soulèverait cependant de grands problèmes de preuve.

10.1.2 Négociations contractuelles

10.1.2.1 Situation de *lega lata*

489 Responsabilités précontractuelles. – La doctrine majoritaire suisse est d'avis que «toute personne qui approche la sphère juridique d'autrui est tenue par une norme de comportement dictée par la diligence et la bonne foi, dont la violation constitue un acte illicite»¹⁹²⁵. Le dommage à réparer dans le cadre de la *culpa in contrahendo* est celui qui résulte de la confiance déçue¹⁹²⁶. Le Tribunal fédéral a également estimé que la lésée avait droit à la réparation du dommage qu'elle a subi pour s'être engagée dans les pourparlers qui ont échoué après coup¹⁹²⁷. La doctrine enseigne en outre que, l'exécution ne pouvant être logiquement promise, elle ne peut être due et que, par conséquent, l'intérêt positif n'entre pas en ligne de compte, mais bien le seul intérêt négatif¹⁹²⁸. ENGEL relève cependant des cas légaux où la loi accorde l'intérêt positif en cas de faute précontractuelle (art. 26 II CO, art. 39 II CO)¹⁹²⁹. Selon lui, tout dommage qui se trouve en rapport de causalité avec la faute doit être réparé, donc soit l'intérêt négatif soit l'intérêt positif. Comme le rapport de causalité entre la conclusion du contrat en vue de laquelle des négociations étaient menées et le dommage subi par la partie dont la confiance a été déçue est souvent difficile à établir, la perte d'une chance représente une solution idéale tenant compte des intérêts des deux parties et de l'incertitude inhérente au lien de causalité dans ce genre de situations. À côté de la *culpa in contrahendo*, le Tribunal fédéral a récemment créé un autre type de responsabilité qui peut trouver application dans ce contexte, celui de la responsabilité fondée sur la confiance créée (*"Vertrauenshaftung"*)¹⁹³⁰. Un examen approfondi de la *culpa in contrahendo* et de la responsabilité fondée sur la confiance créée dépasserait le cadre de ce travail. Il convient néanmoins de relever que les expériences faites en droit français avec l'indemnisation de chances perdues dans ces deux domaines seraient sans problème applicables en droit suisse.

10.1.2.2 Perte d'une chance

490 Deux hypothèses¹⁹³¹. – En droit français, des négociations contractuelles peuvent conduire à la perte d'une chance dans les deux hypothèses suivantes¹⁹³²: D'une part, la rupture des pourparlers peut priver la victime des bénéfices qu'elle pouvait escompter de la conclusion du contrat en question avec la cocontractante fautive¹⁹³³. D'autre part, ayant noué des pourparlers qui paraissaient prometteurs, une entreprise a pu refuser de négocier avec une tierce personne, et peut ainsi avoir perdu l'occasion de conclure avec

¹⁹²⁵ ENGEL (1997), p. 749 (avec de nombreuses références).

¹⁹²⁶ ENGEL (1997), p. 754.

¹⁹²⁷ ATF 105 II 75 [81].

¹⁹²⁸ ENGEL (1997), p. 754.

¹⁹²⁹ ENGEL (1997), p. 754.

¹⁹³⁰ Voir, à ce sujet, HONSELL (2000), § 4 n° 22 ss (avec de nombreuses références); REY, n° 37 s.; Christine CHAPPUIS, La responsabilité fondée sur la confiance, 119 *SJ* (1997) p. 165 ss; Hans Peter WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, 132 *RSJB* (1996) p. 273 ss; Markus WICK, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, 4 *PJA* (1995) p. 1270 ss; Rapport explicatif, p. 102 ss; ATF 124 III 297, 124 III 355, 124 III 363, 120 II 331, 121 III 350..

¹⁹³¹ Pour la jurisprudence française en matière de perte d'une chance dans le cadre des négociations contractuelles, voir n° 69.

¹⁹³² Sur les conséquences pécuniaires d'une rupture des pourparlers en droit français, voir Jean-Jacques FRAIMOUT, Le droit de rompre des pourparlers avancés, *GP* 2000 doc. 2.

¹⁹³³ CA Riom 10 juin 1992, *S.A. Auto 26 c. S.A. Rover France*, 92 RTDC (1993) p. 343.

cette dernière¹⁹³⁴. On ne saura jamais si la rupture des négociations contractuelles a effectivement empêché la conclusion d'autres contrats. Mais ce qui est certain, c'est que la victime a perdu la chance de profiter des bénéfices qu'auraient pu générer ces contrats. La réparation de ce dommage provoque naturellement de la part des juges un examen minutieux des circonstances d'espèce qui leur permet de voir si la passation du contrat était ou non vraisemblable lorsqu'elle a été rendue impossible par l'effet de la cocontractante ou d'une tierce personne. Dans l'affirmative, la jurisprudence française a accordé une réparation fondée sur la théorie de la perte d'une chance¹⁹³⁵. Lorsque, au contraire, la conclusion du contrat était par trop hypothétique, la jurisprudence française a estimé que la victime ne pouvait valablement s'en prévaloir.

- 491 Doctrine française.** Certaines auteurs s'expriment contre l'indemnisation de la perte de chances de conclure un contrat (même négocié) au motif que cela reviendrait à donner effet à un contrat qui n'a pas été conclu¹⁹³⁶. CHAUVEL par exemple observe qu'il serait «assez vain de spéculer, *ex post*, sur les chances d'une convention qui, par hypothèse, du fait de la rupture des négociations, n'a pas été formée»¹⁹³⁷. Selon MOUSSERON, cette opinion est discutable au motif que retenir le gain escompté du contrat négocié pour évaluer le montant de la chance perdue n'équivaut pas à donner effet au contrat négocié, mais à s'en servir comme élément de référence¹⁹³⁸. L'argument de CHAUVEL s'opposerait, selon MOUSSERON, *a fortiori* à indemniser la chance perdue de conclure des contrats avec des tiers. L'exercice serait encore plus spéculatif dans la mesure où ces contrats n'ont été ni conclus ni même négociés. Une telle exclusion limiterait, toujours selon MOUSSERON, de façon excessive la réparation du préjudice lié à une perte de chance. En droit suisse, les mêmes questions se posent, mais pour une toute autre raison: tandis que le principe de la responsabilité (extra-contractuelle) en matière de négociations contractuelles est bien établi (n° 489), c'est le caractère réparable ou non des dommages indirects qui pourrait poser des problèmes similaires (n° 473).
- 492 Calcul de l'indemnité.** - En droit français, le montant de l'indemnité à titre de perte d'une chance est déterminé sur la base du gain net qu'aurait procuré le contrat manqué et l'application d'un coefficient de réduction en fonction de la probabilité de conclusion

¹⁹³⁴ CA Versailles 21 septembre 1995, *Société Poleval c. Société Laboratoires Sandoz et autre*, 95 RTDC (1996) p. 145. Un pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté: Cass. (com.) 7 avril 1998, *Sté Laboratoires Sandoz c. Sté Poleval*, D 1999 jp. 514, 34 RDSS (1998) p. 780. La condamnation de la société Sandoz à indemniser son partenaire pour avoir rompu sans motifs sérieux des pourparlers ayant duré quatre années se chiffrait à FFR 4 mio., représentant l'immobilisation du brevet, la perte d'une chance sérieuse de conclure avec d'autres fabricantes et la divulgation de son savoir-faire.

¹⁹³⁵ Cass. (com.) 3 mai 1979, *Numikhoven c. Société à responsabilité limitée Giravions Dorand*, Bull. civ. IV n° 137, où la Chambre commerciale a condamné un salarié qui, dans l'exercice de ses fonctions et à l'insu de son employeur, avait obtenu d'un important client de ce dernier une commande concernant la fabrication d'appareils qu'il avait ensuite fait réaliser par une société créée à son initiative: le préjudice dont l'employeur victime a obtenu réparation «résidait dans la perte de la chance d'obtenir ce marché du Gaz de France qui était un de ses clients importants».

¹⁹³⁶ MALAURIE/AYNES (n° 379) considèrent que le préjudice réparable comprend seulement les frais exposés pour la négociation et les études préalables, et non les avantages qui auraient résulté de la conclusion du contrat.

¹⁹³⁷ P. CHAUVEL, note sous Cass. (com.) 7 janvier 1997, *Banque franco-allemande c. Sté Eurolocative*, et Cass. (com.) 22 avril 1997, *SA Iveco France c. SA Mabo*, D 1998 jp. 50, n° 28.

¹⁹³⁸ Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, 51 *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (1998) p. 265.

du contrat. La grande majorité des décisions va dans ce sens¹⁹³⁹. LAUDE note cependant que la jurisprudence «tend à accorder à la victime de la non-conclusion d'un contrat une indemnité visant à couvrir l'intégralité du préjudice résultant de la défaillance de son partenaire»¹⁹⁴⁰. Cette tendance de la jurisprudence française ne devrait pas être suivie par les tribunaux suisses car non seulement le contrat n'aurait peut-être pas été conclu, en définitive, mais, aurait-il même été signé, que des incidents auraient pu surgir, de toute nature, qui se seraient traduits par une diminution du gain, peut-être même par sa disparition¹⁹⁴¹. C'est donc en fonction du degré d'avancement des pourparlers que la valeur de la chance perdue de conclure un contrat doit être calculée.

10.1.3 Marchés publics

10.1.3.1 Situation de *lege lata*

493 Limitations légales. – La responsabilité spéciale instituée par la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1) déroge aux règles générales en matière de responsabilité de l'Etat pour ce qui concerne l'étendue du préjudice réparable. Elle ne couvre que le seul dommage résultant de la perte éprouvée. L'article 34 II LMP ne prévoit en effet de réparation que pour les dépenses engagées par la soumissionnaire évincée en relation avec les procédures de passation et de recours¹⁹⁴². Une telle responsabilité ne couvre même pas la totalité de la perte éprouvée ou l'intérêt négatif¹⁹⁴³. La réparation de la perte de gain que la soumissionnaire aurait pu retirer d'un autre contrat auquel elle a renoncé pour conserver ses capacités en vue du marché en cause est en effet exclue¹⁹⁴⁴. La législatrice a craint qu'une solution allant dans ce sens qui n'impliquait pourtant qu'une réparation complète de la seule perte éprouvée, ne coûte trop cher à l'Etat¹⁹⁴⁵. La responsabilité spéciale de la LMP veut ainsi s'en tenir

¹⁹³⁹ CA Versailles 9 octobre 1995, *Consorts Putod c. Société Fontenay Fermetures*, 95 RTDC (1996) p. 383; Cass. (civ. I^{re}) 15 novembre 1994, *Société Polytekim c. M. Legrand et autre*, Bull. civ. I n° 334, D 1994 ir. 19; Cass. (com.) 3 mai 1979, *Numnikhoven c. Société à responsabilité limitée Giravions Dorand*, Bull. civ. IV n° 137. C'est aussi la manière la plus courante de calculer le préjudice découlant de la perte d'une chance en général (n° 564 ss).

¹⁹⁴⁰ Anne LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse (Aix-Marseille 1992), n° 842.

¹⁹⁴¹ Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, 51 *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (1998), p. 490; MESTRE, p. 109.

¹⁹⁴² Cette disposition a la teneur suivante: «La responsabilité selon le 1^{er} alinéa se limite aux dépenses nécessaires engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Pour une loi cantonale prévoyant une limitation semblable, voir la loi neuchâteloise du 23 mars 1999 sur les marchés publics (LCMP; RSN 601.72), article 46: «Le pouvoir adjudicateur répond du dommage qu'il a causé en prenant une décision dont le caractère illicite a été constaté lors de la procédure de recours. Sa responsabilité se limite toutefois aux dépenses engagées par le recourant en relation avec la procédure d'adjudication».

¹⁹⁴³ Peter GAUCH, *Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994*, 114 *RDS* (1995) 1 p. 329; Peter GALLI/Daniel LEHMANN/Peter RECHSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz* (Zürich 1996), n° 560.

¹⁹⁴⁴ CLERC, p. 613.

¹⁹⁴⁵ Voir le rejet de la proposition de la minorité de la commission de l'économie et des redevances du Conseil national de calculer les dommages-intérêts d'après les dispositions du CO (*culpa in contrahendo*), BO CN 1994 p. 2304 ss.

aux exigences minimales de l'article XX para. 7 let. c du nouvel accord OMC sur les marchés publics (AMP)¹⁹⁴⁶.

- 494 Critique.** — Une partie de la doctrine critique cette limitation du préjudice réparable en estimant qu'elle pourrait, dans certains cas, porter atteinte à l'exigence fondamentale de protection juridictionnelle effective prévue par l'article XX para. 2 AMP¹⁹⁴⁷. Elle ne serait pas non plus eurocompatible, car elle serait contraire à l'article 2 para. 7 de la Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (Journal officiel n° L 076 du 23 mars 1992, p. 0014 ss; ci-après: directive-recours secteur)¹⁹⁴⁸. Selon CLERC, la restriction de l'étendue du préjudice réparable aux seuls frais liés à la préparation de l'offre et au recours poursuit un but clairement dissuasif à l'égard des éventuelles recourantes¹⁹⁴⁹. Le préjudice subi par la soumissionnaire évincée peut, d'après cette auteure, être de quatre types. Il s'agirait principalement de la perte éprouvée, qui couvre notamment les frais d'élaboration de l'offre, et dans certains cas aussi du gain manqué, c'est-à-dire la perte du gain que la soumissionnaire aurait réalisé si elle avait obtenu l'adjudication du marché en question¹⁹⁵⁰. Selon cette auteure, un troisième type de préjudice, intermédiaire entre la perte éprouvée et le gain manqué, pourrait consister en la perte d'une chance pour la soumissionnaire évincée d'obtenir le marché. Enfin, la soumissionnaire pourrait souffrir d'un tort moral, en particulier en cas d'atteinte à sa réputation économique.

- 495 Chance réelle d'obtenir l'adjudication.** — Comme l'étendue du préjudice réparable au titre de la LMP est limitée au cas minimal prévu à l'AMP et la directive-recours secteur, à savoir les frais d'élaboration de l'offre, CLERC estime que la preuve à apporter par la soumissionnaire évincée au titre de la causalité adéquate doit être similaire à celle demandée par la directive-recours secteur. Il faudrait et il suffirait dès lors que la soumis-

¹⁹⁴⁶ Voir Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay [Message 2 GATT], FF 1994 IV 1241): «L'Accord GATT (art. XX, let. ii, ch. 7, let. c) laisse aux Etats signataires une marge de manœuvre dans l'appréciation des dommages-intérêts. La norme minimale exigée par l'Accord GATT est inscrite dans la loi et la responsabilité est limitée aux dépenses du soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours». L'article XX para. 7 let. c AMP a la teneur suivante: «Les procédures de contestation prévoiront [...] la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation».

¹⁹⁴⁷ CLERC, p. 613. Cette disposition a la teneur suivante: «Chaque Partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt».

¹⁹⁴⁸ CLERC, p. 195, 613. Cette disposition a la teneur suivante: «Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise».

¹⁹⁴⁹ CLERC, p. 621.

¹⁹⁵⁰ CLERC, p. 611 s.

sionnaire évincée prouve qu'elle avait une chance réelle d'obtenir l'adjudication¹⁹⁵¹. Il ne serait pas nécessaire qu'elle démontre qu'elle aurait été l'adjudicataire, dès lors que cette dernière preuve ne peut être exigée que lorsque la lésée demande la réparation du gain manqué¹⁹⁵². Selon le message du Conseil fédéral, ne disposait en règle générale d'une chance réelle que la soumissionnaire qui faisait partie de l'ultime sélection¹⁹⁵³. CLERC estime que cette formule doit être interprétée à la lumière des principes dégagés pour la causalité au plan communautaire¹⁹⁵⁴. La doctrine analyse séparément l'exigence de causalité adéquate selon que le dommage consiste dans les frais d'élaboration de l'offre ou les frais de procédure de recours. En ce qui concerne les frais d'élaboration de l'offre, la cause du dommage est la confiance déçue de la soumissionnaire en ce que la procédure de passation se déroule équitablement¹⁹⁵⁵. Toutefois, seule la soumissionnaire qui avait une chance réelle ("*sachlich begründete Chance*")¹⁹⁵⁶, "*realistische Chance*"¹⁹⁵⁷) d'obtenir le marché doit pouvoir obtenir réparation¹⁹⁵⁸. Selon CLERC, elle doit démontrer, d'une part, qu'elle remplissait les critères d'aptitude et, d'autre part, que son offre correspondait aux exigences formelles et de fond résultant de l'appel d'offres¹⁹⁵⁹. En ce qui concerne les frais de procédure de recours, toute soumissionnaire ayant obtenu une constatation d'illicéité dans la procédure de recours peut obtenir réparation de ces frais, sans avoir à démontrer qu'elle avait une chance réelle¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵¹ Voir article 2 para. 7 de la directive-recours secteur (note 1948). Voir aussi l'exposé des motifs du 25 juillet 1990 à l'appui de la proposition de la directive-recours secteur, Bull. C.E. supplément 3/1990, n° 15.

¹⁹⁵² Voir aussi l'exposé des motifs du 25 juillet 1990 à l'appui de la proposition de la directive-recours secteur, Bull. C.E. supplément 3/1990, n° 16.

¹⁹⁵³ Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay [Message 2 GATT]), FF 1994 IV 1241.

¹⁹⁵⁴ CLERC, p. 619, 200 ss.

¹⁹⁵⁵ CLERC, p. 619; Peter GAUCH (Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, 114 RDS [1995] I, p. 330) qualifie ce préjudice de dommage de frustration.

¹⁹⁵⁶ Attilio R. GADOLA, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, 5 PJA (1996) p. 974. Voir aussi Markus METZ/Gerhard SCHMID, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, 99 ZBl (1998) p. 76; Peter GALLI/Daniel LEHMANN/Peter RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (Zürich 1996), n° 565.

¹⁹⁵⁷ Arrêt du 7 juillet 1999 du Tribunal administratif du canton de Zurich, 101 ZBl (2000) p. 278.

¹⁹⁵⁸ Voir, en droit français, CE 13 mai 1987, *Société Wanner Isofil Isolation*, D 1987 somm. 430: la candidature d'une société dans le cadre d'un appel d'offres ouvert pour les travaux d'aménagement d'une direction départementale de l'équipement, avait été écartée par la personne responsable du marché au motif que son chiffre d'affaires était trop important au regard du montant des travaux à effectuer. Cette décision, qui s'appuyait sur une circulaire du ministre de l'Équipement voulant privilégier l'activité des P.M.E., a été annulée par le Conseil d'État comme introduisant une discrimination entre les entreprises tout à fait étrangère à l'objet de la réglementation des marchés publics. Mais la Haute Assemblée n'a pas pour autant alloué des dommages-intérêts à la société évincée, car «celle-ci n'aurait pas eu une chance sérieuse de voir son offre retenue si sa candidature n'avait pas été illégalement écartée».

¹⁹⁵⁹ CLERC, p. 619.

¹⁹⁶⁰ CLERC, p. 619 s.; Peter GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, 114 RDS (1995) I p. 330. Voir aussi ATF 126 I 144.

496 **En particulier: concours d'architecture.** – Depuis quelques années, le concours d'architecture et d'ingénierie est réglementé par ce qu'il est convenu d'appeler "le nouveau droit des marchés publics", car il est considéré comme une procédure de passation de marché public¹⁹⁶¹. Avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, des questions de responsabilité liées à des concours d'architecture conduits de manière irrégulière n'ont quasiment jamais donné lieu à des décisions. Une exception constitue le jugement non-publié du 27 octobre 2000 du Tribunal de première instance genevois¹⁹⁶². Dans ce concours, le palmarès définitif se présentait comme suit: 1^{er} rang: bureau A récompensé du premier prix (CHF 15 000); 2^e rang: bureau B récompensé du deuxième prix (CHF 11 000); 3^e rang: bureau C récompensé également du deuxième prix (CHF 10 000). Par ailleurs, les bureaux D (éliminé au second tour éliminatoire) et E (éliminé au premier tour) faisaient partie des vingt concurrentes qui ont participé anonymement au concours. L'ouverture des enveloppes contenant la fiche d'identification des concurrentes a fait apparaître des liens de parenté respectivement d'affaires entre une jurée et les concurrentes classées au premier et au deuxième rang. Sur plainte, la commission a décidé que les projets en cause devaient être exclus, que leurs auteurs devaient rétrocéder les prix reçus et qu'une nouvelle répartition des prix devait être effectuée. Dans sa réponse au recours des organisatrices, le bureau C conclut reconventionnellement à l'attribution en sa faveur du premier prix, à la condamnation des organisatrices au paiement de CHF 5 000 représentant la différence entre le montant du premier et du troisième prix, et à la recommandation par le tribunal de son projet pour la suite des études; à titre subsidiaire, il réclame CHF 360 000 de dommages-intérêts pour le cas où les organisatrices ne lui confiaient pas de mandat, voire CHF 235 000 si son projet n'était pas recommandé. Le tribunal estime qu'il incombe à ce bureau d'établir que le déroulement correct du concours aurait conduit le jury à recommander son projet et les organisatrices à lui confier le mandat de réalisation. En dépit d'une constatation judiciaire du premier rang obtenu au palmarès par ledit projet, le Tribunal juge cette hypothèse en l'espèce très peu probable et déboute le bureau C de ses conclusions reconventionnelles. Encore une fois, c'est la théorie de la perte d'une chance qui offre une solution élégante à ce genre de problème. Même si le tribunal peut s'appuyer sur le rapport du jury, l'estimation de la chance perdue reste cependant difficile¹⁹⁶³ et constitue forcément un jugement de valeur¹⁹⁶⁴. Le *Bundesgerichtshof* estime cependant que cette preuve peut être établie par expertise (n° 163).

¹⁹⁶¹ Au plan fédéral, le concours d'architecture est réglementé par les articles 40 ss de l'Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11). Pour une législation cantonale, voir les articles 8 ss du Règlement d'exécution neuchâtelois du 3 novembre 1999 de la loi cantonale sur les marchés publics (RSN 601.720).

¹⁹⁶² Cette décision non-publiée (N° JTP/15106/2000) a été commentée par Jacques DUBEY, in: *Droit de la construction* (2001) p. 149 ss.

¹⁹⁶³ Alfred KOLLER, *Der Architekturwettbewerb*, in: P. Gauch/P. Tercier (éd.), *Le droit de l'architecte*, 3^e éd. (Fribourg 1995), n° 288 ss. Voir aussi Alfred KOLLER, *Fehlerhafte Preisentscheide bei Architekturwettbewerben*, in: *In Sachen Baurecht*, Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Gauch (Fribourg 1989), p. 125 s.

¹⁹⁶⁴ Simon ULRICH, *Der Architekturwettbewerb*, thèse (St. Gallen 1994), p. 211. Pour une analyse, du point de vue du droit suisse, de la théorie de la perte d'une chance en rapport avec le concours d'architecture, voir spécialement p. 215 ss. Voir aussi Robert WALDER, *Der Architekturwettbewerb nach Ordnung SIA 152*, thèse (Fribourg 1976).

10.1.3.2. Perte d'une chance

497 Doctrine favorable. – CLERC plaide en faveur d'une admission, *de lege ferenda*, de la perte d'une chance en matière de marchés publics, dès lors qu'elle présenterait le mérite d'indemniser la soumissionnaire lésée dans des proportions qui paraîtraient équitables¹⁹⁶⁵. Dans ce domaine, il serait plus aisé à la soumissionnaire évincée de démontrer qu'elle disposait d'un certain pourcentage de chance d'obtenir le marché, qui devrait se trouver entre 50% et 99%, que de démontrer qu'elle aurait été l'adjudicataire. Ce travail a cependant montré que l'exigence d'une probabilité supérieure à 50% n'avait pas de raison d'être (n° 389 ss) et que la limitation supérieure à 99% était également sujette à caution (n° 398 s.). CLERC soutient en outre l'avis de WERRO selon lequel la perte d'une chance devrait être considérée comme un type propre de préjudice¹⁹⁶⁶. Dans le domaine des marchés publics également, l'indemnisation des chances perdues s'offre donc selon les spécialistes en cette matière comme solution intermédiaire qui permet de tenir compte à la fois de la crainte d'une responsabilité trop onéreuse pour l'Etat et du but d'atteindre une indemnisation équitable des soumissionnaires évincées illicitement.

498 Jurisprudence et législation allemandes. – Il est étonnant de constater que la jurisprudence allemande qui se montre en général hostile à l'indemnisation de chances perdues (n° 161 ss), connaît une solution très proche dans le domaine des marchés publics. Dans un arrêt du 8 janvier 1992, le *Bundesgerichtshof* a en effet jugé qu'en s'entendant sur le prix de l'offre, un cartel de soumissionnaires peut commettre un abus de confiance au sens du § 263 du Code pénal allemand¹⁹⁶⁷. Le tribunal de première instance, le *Landgericht Frankfurt am Main*, avait décidé que les prévenues ne s'étaient pas rendues coupables de fraude pour le motif qu'il n'y aurait pas eu de dommage. Les juges de première instance ont estimé que le dommage ne pouvait pas consister dans le fait que les prévenues aient détruit la chance du pouvoir adjudicataire d'obtenir une offre plus avantageuse dans une libre concurrence. La perte d'une telle chance ne saurait être considérée comme dommage patrimonial que si la possibilité d'obtenir des offres plus avantageuses s'est déjà concrétisée sous forme d'expectatives réelles. Tel n'aurait cependant pas été le cas en l'espèce. Le *Bundesgerichtshof* n'était pas d'accord avec les considérants du *Landgericht* concernant la notion de dommage. Selon la Haute Cour, dès l'instant où l'on admet que le pouvoir adjudicataire qui promet ou paye un prix plus élevé que ce qui est nécessaire d'après les circonstances du marché subit un dommage patrimonial, la détermination de ce dommage – avec toutes ses difficultés pratiques – est avant tout une question d'appréciation des preuves par la juge du fait. Il suffit alors que la juge du fait soit convaincue sur la base d'indices qui montrent que le pouvoir adjudicataire aurait, avec une vraisemblance élevée ("*hohe Wahrscheinlichkeit*") dû promettre et payer un prix moins élevé sans l'entente sur le prix et la tromperie des soumissionnaires. Il n'est

¹⁹⁶⁵ Clerc, p. 620. Voir aussi Etienne POLTIER, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, 56 *Revue de droit administratif et de droit fiscal* (2000) 1 328. Pour le droit allemand, voir FLEISCHER, p. 770 s.

¹⁹⁶⁶ CLERC, p. 621.

¹⁹⁶⁷ 45 NJW (1992) p. 921, 32 *Juristische Schulung* (1992) p. 616. Cet arrêt a été commenté par Martin SCHUBARTH, *Submissionsbetrug – Zu einem Urteil des deutschen BGH, Droit de la construction* (1993) p. 56 ss. Le § 263 du Code pénal allemand a la teneur suivante: «*Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*».

pas nécessaire que ce fait soit constaté avec une certitude absolue. Si la juge du fait arrive à la conclusion qu'un dommage a été créé, elle peut estimer l'importance du dommage si une détermination exacte n'est pas possible. Ainsi, des prix de la concurrence hypothétiques sont déterminables. La nouvelle loi allemande contre les limitations de la concurrence qui contient depuis début 1999 aussi des dispositions en matière de marchés publics, illustre également le bien-fondé de l'indemnisation de chances perdues dans ce domaine. Le § 126 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) donne en effet aux entreprises un droit à réparation en cas de violation des règles sur l'adjudication, si la violation les a privées d'une chance réelle ("*echte Chance*") d'obtenir les travaux¹⁹⁶⁸.

- 499 **Jurisprudence française.** – En ce qui concerne la mise en œuvre de la perte d'une chance dans le domaine des marchés publics, le droit suisse peut sans autre s'inspirer des exemples que livre le droit français. Les tribunaux français ont ainsi indemnisé la perte de la chance d'obtenir un marché par une soumissionnaire qui n'a pas pu répondre dans les délais à un appel d'offres¹⁹⁶⁹; la perte, par une entreprise de travaux publics, de l'espoir d'emporter un marché en raison d'une mesure illégale qui l'avait empêchée de concourir¹⁹⁷⁰; ou encore la perte d'une chance de se voir adjudger un marché à cause d'une décision reposant sur des faits matériellement inexacts¹⁹⁷¹.

10.2 Dommage futur

10.2.1 Estimation de nombreuses chances

- 500 **Problème de probabilités.** – Le préjudice corporel ("*Personenschaden*") est celui qui résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique, autrement dit à la santé¹⁹⁷². Le dommage réparable ne consiste pas dans la lésion corporelle ou le décès, mais dans les conséquences économiques qu'ils entraînent pour la victime¹⁹⁷³. Dans l'évaluation du dommage patrimonial découlant d'une incapacité de travail selon les articles 45 II et 46 I CO, la juge est appelée à estimer de nombreuses chances. La même chose vaut pour l'indemnisation de la perte de soutien en cas de mort de femme selon l'article 45 III CO. Le raisonnement utilisé pour déterminer les conséquences pécuniaires

¹⁹⁶⁸ Le § 126 GWB a la teneur suivante: «*Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstossen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Bewertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadenersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadenersatz bleiben unberührt*» (mise en évidence ajoutée).

¹⁹⁶⁹ CE 8 juillet 1991, *Office public d'habitations à loyer modéré du département de l'Aisne*, JCP 1991 IV 401; CE 18 novembre 1988, *Ministère de l'Intérieur c. S.A.R.L. Les voyages Brounais*, D 1989 somm. 351; CE 13 juin 1979, *Société O.L.G.E.M.A.*, Rec. CE p. 882. Pour une analyse détaillée de la perte de chance en matière économique, voir SALLET.

¹⁹⁷⁰ CE 19 avril 1985, *Commune de Vitrolles, E.P.A.R.E.B., Société Omnium construction*, 101 RDP (1985) p. 1701.

¹⁹⁷¹ CE 28 mars 1980, *Centre Hospitalier de Seclin*, JCP 1981 II 19542.

¹⁹⁷² REY, n° 219.

¹⁹⁷³ ATF 95 II 255 [263 ss]; WIDMER (1999), n° 2.34; KELLER/GABI, p. 13; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 n° 19. Pour les conséquences matérielles d'une lésion corporelle, voir HONSELL ([2000], § 8 n° 60 ss) et REY (n° 221 ss, 229 ss); pour celles résultant du décès, voir HONSELL ([2000], § 8 n° 86 ss) et REY (n° 226 ss, 278 ss).

res d'une lésion corporelle ou d'un décès correspond ainsi dans une large mesure à celui employé par les juges françaises pour déterminer la valeur de "la chance d'améliorer la situation sociale" perdue par la victime ou ses ayants droit (n° 84 ss). GARDNER constate cela expressément en ce qui concerne le calcul de la perte de soutien futur dans son commentaire de l'article 1611 du nouveau Code civil du Québec¹⁹⁷⁴:

«Il ne faut pas se le cacher, l'indemnité pour perte de soutien n'est généralement rien d'autre qu'une application de la perte d'une chance»¹⁹⁷⁵.

L'analyse qui suit montre à quel point le droit suisse de la responsabilité civile se fonde déjà sur de simples probabilités pour évaluer le dommage dans ce contexte. Ces considérations confirmeront l'observation que le droit suisse indemnise déjà largement des chances perdues en rapport avec le dommage consécutif aux lésions corporelles et au décès.

- 501 **Caractère non exhaustif des dommages.** - Le Tribunal fédéral estime que l'énumération des postes du dommage contenue aux articles 45 et 46 CO est exhaustive¹⁹⁷⁶. La doctrine majoritaire est par contre d'avis que cette liste laisse la place à d'autres types de dommage, car en droit suisse de la responsabilité civile, tout préjudice serait en principe réparable et la teneur des articles 45 et 46 CO ne contredirait pas expressément ce principe. Le mot "*namentlich*" dans la version allemande de l'article 45 CO imposerait également la conclusion d'une énumération simplement exemplative¹⁹⁷⁷.

10.2.2 Dommage consécutif aux lésions corporelles

10.2.2.1 Manque à gagner futur

- 502 **Principes.** - Selon l'article 46 I CO, la victime de lésions corporelles n'a pas seulement droit au remboursement des frais et à la compensation de la perte de gain temporaire subie depuis la survenance du fait dommageable jusqu'au jour de la transaction ou du jugement (manque à gagner effectif). Elle peut aussi réclamer le manque à gagner futur qui résulte de son invalidité totale ou partielle. L'article 46 I CO parle de dommage consécutif à l'incapacité de travail et à l'atteinte portée à l'avenir économique. Ces deux notions sont complémentaires: l'atteinte à l'avenir économique (dans le sens de perte ou diminution de possibilités de gains futures) est généralement liée à une incapacité de travail (dans le sens de perte ou de diminution de la capacité d'exercer une activité lucrative) mais elle ne l'implique pas nécessairement¹⁹⁷⁸. Dans certaines circonstances en effet, le fait qu'une personne dispose d'une capacité de travail totale et réalise un gain équivalent à celui qu'elle aurait obtenu sans le fait dommageable, n'exclut pas qu'elle soit atteinte dans son avenir économique¹⁹⁷⁹. Pour déterminer le manque à gagner futur résultant de l'invalidité, les juges doivent prendre en considération trois facteurs d'appréciation:

¹⁹⁷⁴ Cette disposition a la teneur suivante: «Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé. On tient compte, pour les déterminer, du préjudice futur lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué» (mise en évidence ajoutée).

¹⁹⁷⁵ Daniel GARDNER, *L'évaluation du préjudice corporel* (Cowansville 1994), p. 313. Du même avis en droit belge, RONSE *e.a.*, n° 103.

¹⁹⁷⁶ ATF 54 II 138 [141], 54 II 222 [224], 53 II 123 [124].

¹⁹⁷⁷ REY, n° 278; KELLER/GABI, p. 82; OFTINGER/STARK, § 6 n° 103.

¹⁹⁷⁸ ATF 99 II 214 [219 s.], 91 II 425 [426].

¹⁹⁷⁹ ATF non publié du 22 mai 1991, *B.B. c. P.B. et S. SA*, 114 SJ (1992) p. 4.

- 503** **Revenu futur hypothétique.** - La juge doit tout d'abord estimer le revenu hypothétique qu'aurait réalisé la lésée sans le fait dommageable. Cette estimation se fait très souvent à l'aide de données statistiques¹⁹⁸⁰. Elle doit cependant tenir compte des circonstances du cas particulier¹⁹⁸¹. S'agissant des personnes exerçant une activité lucrative, la détermination de ce revenu se fonde sur le gain effectif avant le fait dommageable¹⁹⁸². Pour les personnes exerçant une activité lucrative dépendante, des augmentations de salaires réelles probables (gratifications, promotions, primes de fidélité) sont également prises en compte; pour les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, c'est l'évolution prévisible des affaires qui est déterminante¹⁹⁸³. On prend aussi en compte des diminutions du revenu à la suite d'une baisse de productivité due à l'âge avancé¹⁹⁸⁴. S'agissant de personnes n'exerçant pas une activité lucrative au moment de l'accident, on retient le gain prévisible qui aurait pu être réalisé dans telle catégorie de professions¹⁹⁸⁵. Chez les enfants, il s'agit de déterminer quelle profession aurait été choisie, quand l'activité professionnelle aurait débuté et quels revenus elle aurait permis de réaliser¹⁹⁸⁶. En ce qui concerne le choix professionnel probable, on tient compte des aptitudes de l'enfant, du handicap en cause et de la situation sociale et économique des parents. En présence de plusieurs activités professionnelles futures possibles, la variante la plus favorable pour l'enfant lésée doit être retenue¹⁹⁸⁷.
- 504** **Revenu que pourra réaliser la lésée après le fait dommageable.** - La détermination de ce revenu oblige à évaluer l'influence qu'exerce en fait l'invalidité médicale (théorique, fonctionnelle) sur la capacité de gain de la victime, compte tenu de son âge, de ses aptitudes, de sa profession, de son accoutumance, de ses espérances professionnelles. La diminution de la capacité de gain détermine le taux d'invalidité réelle. Ce facteur ne doit évidemment pas être pris en compte lorsque la victime est frappée d'invalidité totale.
- 505** **Durée probable du manque à gagner futur.** - Le montant du manque à gagner résulte de la différence entre le revenu hypothétique qu'aurait réalisé la lésée sans le fait dommageable et celui qu'elle pourra réaliser après le fait dommageable, c'est-à-dire compte tenu du taux d'invalidité réelle. Ce montant, généralement une rente calculée sur une base annuelle, devra être versé par la responsable pendant la durée prévisible de l'activité qu'aurait pu exercer la victime¹⁹⁸⁸. En principe, les circonstances concrètes du cas particulier doivent être prises en considération¹⁹⁸⁹, mais la jurisprudence se fonde, en cas d'invalidité permanente, régulièrement sur les données statistiques fournies par les tables d'activité de STAUFFER/SCHAETZLE¹⁹⁹⁰. Pour la capitalisation de la perte de gain future, la ju-

¹⁹⁸⁰ REY, n° 255; ATF 116 II 295 [296].

¹⁹⁸¹ ATF 116 II 295 [296], 113 II 345 [347].

¹⁹⁸² ATF 116 II 295 [296], 99 II 214 [217].

¹⁹⁸³ ATF 113 II 323 [332], 91 II 425 [428].

¹⁹⁸⁴ ATF 91 II 425 [428].

¹⁹⁸⁵ ATF 69 II 324 [334 s.], 57 II 94 [103], 29 II 273 [285 s.].

¹⁹⁸⁶ ATF 72 II 198 [206], 63 II 58 [63 s.], 58 II 255 [262].

¹⁹⁸⁷ ATF 100 II 298 [305], où il s'agissait d'une incapacité de gain de 25% par la perte d'un œil; ATF 95 II 255 [264]; HONSELL (2000), § 8 n° 70; KELLER/GABI, p. 87; OPTINGER/STARK, § 6 n° 129 s.

¹⁹⁸⁸ REY, n° 252.

¹⁹⁸⁹ ATF 86 II 7 [13].

¹⁹⁹⁰ REY, n° 252.

jurisprudence a, pendant longtemps, appliqué la table d'activité n° 20, établie pour une activité moyenne se prolongeant au-delà de l'âge de la retraite¹⁹⁹¹. Selon une jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral considère qu'à défaut d'indices contraires, il faut partir de l'idée que les salariées cessent leur activité lucrative à l'âge de la retraite. C'est donc la probabilité de la retraite ("*Rücktrittswahrscheinlichkeit*") qui coïncide avec l'âge donnant droit aux prestations de l'AVS¹⁹⁹², qui est désormais considérée comme correspondant mieux au cours ordinaire des choses que la cessation de l'activité lucrative pour cause d'invalidité. Cette présomption peut être renversée dans un cas particulier par la preuve du fait que la lésée aurait travaillé moins longtemps ou, au contraire, au-delà de l'âge de l'AVS¹⁹⁹³.

- 506 **Exemple typique.** – Dans un ancien arrêt non publié du Tribunal fédéral¹⁹⁹⁴, la Haute Cour devait trancher une série de questions en rapport avec le calcul du gain manqué que les juges françaises auraient typiquement résolues à l'aide de la théorie de la perte d'une chance. Le demandeur qui était à cette époque employé aux CFF en qualité de taxateur de marchandises, fut victime d'un accident qui a gravement altéré sa santé. A la suite de l'invalidité permanente dont la victime était atteinte, les CFF ont décidé de la mettre prématurément à la retraite. Quelques mois plus tard, le fonctionnaire ouvre action contre la responsable en réparation du dommage causé par l'accident. Dans son recours au Tribunal fédéral, la victime reprochait à la juridiction cantonale de n'avoir pas tenu compte du fait qu'il devait bénéficier d'un avancement et prétendait avoir établi qu'il aurait été promu rapidement au poste de chef de marchandises avec un traitement supérieur. Le Tribunal fédéral explique à ce sujet:

«Au surplus, l'autorité cantonale était fondée à admettre qu'un avancement possible, voire prévisible, ne devait être retenu pour la détermination du gain moyen futur que si des promesses formelles avaient été faites à cet égard ou s'il y avait lieu de le considérer comme prochain. Dans une grande administration, toute promotion à une fonction supérieure d'un employé même capable ne laisse pas d'être aléatoire [sic!]; elle dépend de nombreux facteurs imprévisibles, tels que l'état de santé de l'agent au moment où le poste envisagé est mis au concours, les qualifications des autres candidats, la situation de famille des intéressés, etc. Une certaine réserve se justifie dès lors dans l'appréciation des chances d'avancement d'un employé»¹⁹⁹⁵.

La réserve qui s'impose selon le Tribunal fédéral dans l'appréciation des chances d'avancement d'une employée, combinée avec la constatation que toute promotion à une fonction supérieure d'une employée même capable est de nature aléatoire, a comme conséquence pratique qu'aucune employée d'une grande administration (et encore moins d'une société privée) ne sera en mesure d'établir qu'elle serait promue. Reconnaître la perte de chances d'avancement comme un dommage réparable permettrait de mettre en œuvre la réserve justifiée de manière bien plus cohérente, car l'indemnité al-

¹⁹⁹¹ ATF 123 III 115 [117], 116 II 295 [297], 113 II 345 [348 s.]. Voir cependant ATF 104 II 307 [309].

¹⁹⁹² ATF 123 III 115 [118 s.].

¹⁹⁹³ Stephan WEBER/Marc SCHAEZLE, Von Einkommensstatistiken zum Kapitalisierungszinsfuss oder warum jüngere Geschädigte zu wenig Schadenersatz erhalten und ältere zuviel, 6 *PJA* (1997) p. 1120.

¹⁹⁹⁴ ATF non publié du 28 mai 1957, *Gabriel Rey c. Société du Téléphérique Chalais-Brie-Vercorin S.A.*

¹⁹⁹⁵ ATF non publié du 28 mai 1957, *Gabriel Rey c. Société du Téléphérique Chalais-Brie-Vercorin S.A.*, p. 8 s.

louée serait exactement adaptée à l'importance des chances d'avancement dont la victime a été privée par la faute de la responsable.

507 Jurisprudence française. - Les magistrats françaises sont assez sévères dans l'indemnisation de la perte de "chances d'améliorer la situation sociale", car elles essayent d'éviter l'indemnisation de préjudices purement hypothétiques¹⁹⁹⁶. C'est dans le domaine du contentieux de la fonction publique que la jurisprudence est la plus foisonnante en ce qui concerne la perte de chances de réaliser un certain revenu futur sans le fait dommageable (n° 84 ss). Nombreuses sont en effet les espèces dans lesquelles les juges administratifs se prononcent sur les conséquences de décrets ou de concours d'admission qui ont illégalement restreint les chances d'être nommée pour des grades supérieurs ou d'accéder à des formations spécialisées¹⁹⁹⁷.

508 Restrictions en droit suisse. - En droit suisse, bon nombre de lois régissant la responsabilité des collectivités publiques excluent que la légalité des décisions, des arrêts et de jugements ayant force de chose jugée soit revue dans une procédure en responsabilité¹⁹⁹⁸. Cela restreint considérablement le champ d'application de la théorie de la perte d'une chance dans ce domaine, car avant que la décision viciée ne soit entrée en force, il n'y a pas de dommage et après son entrée en force, l'examen de sa légalité est exclue de par la loi.

10.2.2.2 Atteinte à l'avenir économique

509 Principes. - Selon l'article 46 I CO, l'indemnisation doit également tenir compte de l'atteinte à l'avenir économique ("*Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens*") de la victime¹⁹⁹⁹. Il s'agit de la perte ou de la diminution de possibilités de gain futures que la lésée subit comme conséquence des lésions corporelles. Le préjudice consiste dans la différence entre le revenu que la lésée aurait réalisé sans les lésions corporelles et le revenu qu'elle réalisera probablement dans le futur après le fait dommageable²⁰⁰⁰. Le handicap de la victime mutilée ou défigurée est surtout important lorsqu'elle était en contact direct avec des clientes (représentante, serveuse, vendeuse, hôtesse, dame d'accueil, prostituée)²⁰⁰¹. C'est donc le handicap dans la concurrence et sur le marché du travail que vise l'indemnisation de l'atteinte à l'avenir économique²⁰⁰². La définition de SCHATZMANN montre bien que la réparation de l'atteinte à l'avenir économique n'est rien d'autre qu'une réparation de chances perdues et de risques durables créés:

«Hingegen können im Verlaufe eines Lebens Chancen und Gefahren entstehen, bei deren Realisierung oder Bewältigung der Invalide wegen seiner körperlichen Behinderung zusätzliche finanzielle Nachteile erleidet. Auf diesen Aspekt ist die Er-

¹⁹⁹⁶ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1430, qui critiquent par exemple fortement l'arrêt rendu par la CA de Paris le 10 novembre 1969 (n° 88).

¹⁹⁹⁷ Pour une analyse détaillée de cette problématique en droit français, voir SALLET, p. 16 ss.

¹⁹⁹⁸ Article 12 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité; RS 170.32); article 5 II de la loi nenchâtelaise du 26 juin 1989 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité; RSN 150.10).

¹⁹⁹⁹ Voir, en général, Bruno SCHATZMANN, *Die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens* (Bern 2001).

²⁰⁰⁰ REY, n° 258.

²⁰⁰¹ REY, n° 258.

²⁰⁰² ATF 102 II 232 [241 s.].

schwerung des wirtschaftlichen Fortkommens gerichtet (mise en évidence ajoutée)²⁰⁰³.

La jurisprudence a cependant aussi traité la diminution des chances de mariage d'une fille et le choix limité de profession d'un enfant sous cet aspect²⁰⁰⁴. La juge est aussi appelée à examiner la question de savoir si un changement de profession peut être attendu de la victime²⁰⁰⁵. L'affaire suivante illustre comment la jurisprudence pourrait résoudre des cas d'atteinte à l'avenir économique de manière plus cohérente et plus équitable par l'application de la théorie de la perte d'une chance²⁰⁰⁶.

- 510** **Faits et procédure.** – Un architecte âgé de 35 ans est renversé sur sa motocyclette et se plaint depuis l'accident de douleurs lancinantes à la nuque, de maux de têtes fréquents, de paresthésies aux deux mains et, surtout, de troubles visuels sporadiques, de troubles de la mémoire, de la concentration et du langage. Il est totalement incapable de travailler pendant un mois, sa capacité de travail est de 50% pendant un autre mois et de 100% depuis lors. A l'époque de l'accident, la victime travaille comme dessinateur architecte dans un atelier d'architecture avec un traitement annuel d'environ FRS 75 000. Par la suite, il est engagé par une banque en qualité d'architecte et gagne un salaire annuel brut d'environ FRS 95 000. L'assurance accident obligatoire lui alloue une indemnité pour atteinte à l'intégrité de presque FRS 14 000 sur la base d'un gain annuel d'environ FRS 82 000, correspondant à une atteinte à l'intégrité de 23%. Six ans après l'accident, l'architecte ouvre action contre l'assurance responsabilité civile en paiement d'un montant de plus de FRS 200 000 pour atteinte à l'avenir économique. La première instance lui alloue FRS 197 000, la deuxième réduit ce montant à FRS 167 000. L'assurance responsabilité civile recourt en réforme. Le Tribunal fédéral rejette le recours dans la mesure où il est recevable et confirme l'arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève.
- 511** **Droit.** – En l'occurrence, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le demandeur est atteint dans son avenir professionnel (consid. 3d). En ce qui concerne l'évaluation du dommage découlant de l'atteinte portée à l'avenir économique de la victime, le Tribunal fédéral renvoie à l'article 42 II CO et confirme l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève. Cette dernière avait arrêté à 12% le degré de l'atteinte portée à l'avenir économique de la victime, à savoir à environ la moitié du degré de 23% fixé par l'assurance accident obligatoire pour l'atteinte à l'intégrité, et elle a capitalisé l'atteinte annuelle y correspondant.

²⁰⁰³ Bruno SCHATZMANN, *Die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens*, 96 RSJ (2000) p. 333.

²⁰⁰⁴ Dans l'ATF 81 II 512 [515], le Tribunal fédéral a décidé qu'un visage défiguré n'avait pas d'influence sur la capacité de travail, mais constituait une atteinte à l'avenir économique: «*Einen Beruf, der Anforderungen an ein einnehmendes Aussehen stellt, wird sie nicht wählen oder im Wettbewerb mit andern nur mit Nachteil ausüben können. Nach der Erfahrung des Lebens schränken Narben im Gesicht einer Frau selbst wenn sie dieses nur geringfügig entstellt, auch die Möglichkeit der Verheiratung und damit die mit der Verheiratung verbundene Verbesserung des wirtschaftlichen Einkommens ein*».

²⁰⁰⁵ REY, n° 259. Il est révélateur que cet auteur parle de l'estimation des chances ("Chancen") de trouver un autre emploi.

²⁰⁰⁶ Arrêt non publié 4C.223/1998 du 23 mars 1999 de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral, *Mattana c. Zürich Compagnie d'Assurances S.A.* Pour un commentaire, voir Marc SCHAETZLE, 8 PJA (1999) p. 1472 ss.

512

Analyse. – La détermination du dommage résultant de l'atteinte à l'intégrité est toujours difficile, mais le calcul du préjudice découlant de l'atteinte à l'avenir économique est encore plus épineux car il s'agit d'estimer en argent une atteinte future qui ne s'est pas (encore) manifestée sous forme de dommage concret. En effet, pour la détermination du manque à gagner futur résultant d'une invalidité, on dispose régulièrement d'indices concrets par le gain effectif avant le fait dommageable et le manque à gagner effectif jusqu'au jour de la transaction ou du jugement. De tels indices sont toujours défaut pour la détermination de l'atteinte à l'avenir économique qui n'est jamais intervenue au jour du jugement²⁰⁰⁷. Des suppositions explicites sur l'évolution future sont néanmoins indispensables aussi pour le calcul des conséquences d'une atteinte à l'avenir économique. Avant cet arrêt de la Haute Cour, les tribunaux ont fixé – pour le cas où il ne fallait pas en même temps déterminer une incapacité de travail ou un manque à gagner – un montant *ex aequo et bono*²⁰⁰⁸ comme pour la détermination du tort moral²⁰⁰⁹. Dans le présent arrêt par contre, une rente annuelle est fixée pour l'atteinte à l'avenir économique (*in casu* 12% du revenu) et ce montant est ensuite capitalisé²⁰¹⁰. Cette nouvelle jurisprudence signifie que les juges ne considèrent plus que la possibilité d'une atteinte future à l'avenir économique n'est pas assez certaine pour être indemnisée. Les tribunaux ne choisissent plus non plus simplement un pourcentage du revenu comme montant capitalisé, mais l'atteinte annuelle présumée est multipliée avec le facteur de capitalisation correspondant à l'âge (en l'occurrence 14.75). Cette méthode de calcul représente un premier pas louable vers une fixation plus "scientifique" du dommage découlant de l'atteinte à l'avenir économique. Elle souffre cependant d'un défaut majeur car elle se trouve en contradiction avec la théorie de la différence. En capitalisant une rente pour l'atteinte subie à l'avenir économique à partir du jour de la capitalisation, le Tribunal fédéral a en effet créé un autre dommage normatif en faisant abstraction de la théorie de la différence²⁰¹¹. Bien que l'architecte lésé ne subisse aucun manque à gagner actuellement, les déficits neuropsychologiques constituent des limites dans sa vie professionnelle qui n'ont cependant pas (encore) de conséquences patrimoniales. Face à cette difficulté dogmatique, la théorie de la différence ne satisfait en effet pas en l'occurrence car l'architecte n'a justement pas (encore) subi de manque à gagner, mais reçoit néanmoins pour une "atteinte à l'avenir économique" une somme annuelle de 12% sur environ FRs 100 000. C'est exactement ici que la théorie de la perte d'une chance représente une solution qui a fait ses preuves dans d'autres systèmes juridiques pour indemniser de manière équitable des personnes victimes de tels handicaps en soi petits, mais qui peuvent, avec l'écoulement du temps, mettre complètement à l'écart de la vie professionnelle les

²⁰⁰⁷ Marc SCHAETZLE, 8 *PJA* (1999) p. 1473.

²⁰⁰⁸ ATF non publié du 18 mars 1980, *M. c. B. et D.*, 129 JT (1981) [p. 46] n° 42; ATF 81 II 512 [516].

²⁰⁰⁹ Pour l'évaluation du tort moral et les tentatives doctrinales d'objectivation de ce calcul, voir REY, n° 487 ss.

²⁰¹⁰ Voir déjà 114 SJ (1992) p. 5 ss.

²⁰¹¹ Marc SCHAETZLE, 8 *PJA* (1999) p. 1475. Cette situation est donc proche de celle du dommage normatif constitué par la perte du bénéfice de l'activité ménagère de l'époux ("*Haushaltschaden*") (n° 352). Pour la théorie de la différence et ses contradictions conceptuelles avec la théorie de la perte d'une chance, voir n° 359.

lées²⁰¹². En effet, une atteinte à l'avenir économique ne représente en fin de compte rien d'autre qu'une perte d'une chance car les suites de l'accident diminuent simplement les chances professionnelles de la victime²⁰¹³.

10.2.3 Dommage consécutif au décès

513 Principe de la perte de soutien²⁰¹⁴. – Les conséquences économiques résultant du décès d'une personne sont les frais consécutifs au décès (notamment ceux d'enterrement) et la perte de soutien ("Versorgerschaden") (art. 45 I et III CO)²⁰¹⁵. La perte de soutien est le dommage subi par les personnes (souvent qualifiées de proches) auxquelles la défunte assurait tout ou partie de l'entretien²⁰¹⁶. L'article 45 III CO confère à ces personnes un droit propre à la réparation. C'est une exception légale au principe de la non-indemnisation des préjudices réfléchis (n° 473). La réparation de la perte de soutien est subordonnée à l'existence de deux conditions: l'une liée à la qualité de soutien de la défunte, l'autre liée à la personne soutenue de l'ayant droit. A qualité de soutien la personne qui assurait (ou aurait assuré) tout ou partie de l'entretien d'une personne, par des prestations en espèces, en nature ou en service. C'est un critère de fait qui crée la qualité de soutien. Elle ne dépend pas de rapports juridiques de parenté ou de succession, ni d'un devoir légal ou contractuel d'entretien²⁰¹⁷. Le soutien effectif est la personne qui, à son décès, assurait effectivement tout ou partie de l'entretien d'une autre personne. C'est le cas de la femme pour son mari et ses enfants²⁰¹⁸, de l'homme pour sa femme et ses enfants²⁰¹⁹, d'un enfant pour ses parents²⁰²⁰, d'un frère pour sa sœur²⁰²¹, d'une concubine pour son partenaire, si l'union était durable²⁰²². Le soutien hypothétique (ou futur; "hypothetische Versorgerin") est la personne qui aurait très probablement ("mit grosser Wahrscheinlichkeit") assuré tout ou partie de l'entretien d'une autre personne si elle n'était pas décédée²⁰²³. Ce peut être le cas d'une fiancée pour son fiancé²⁰²⁴, d'une

²⁰¹² Marc SCHAETZLE, 8 *PJA* (1999) p. 1475.

²⁰¹³ Une autre possibilité pour résoudre les cas d'atteinte à l'avenir économique est proposée par Atalay ILERİ (*Wertschöpfungstheorie*, in: Collezione Assista [Genève 1998], p. 301 s.) sous la forme d'une atteinte au potentiel de création de valeur ("*Beeinträchtigung des Wertschöpfungspotentials*"). Selon cette théorie, ce n'est pas la différence patrimoniale avant et après l'accident qui donne la base pour le calcul du dommage, mais l'étendue de l'atteinte à tout le potentiel de création de valeur de la victime. Les douleurs dont se plaint l'architecte ont des répercussions sur sa force de travail: il se fatigue plus vite, il fait de plus en plus de fautes, il perd de l'énergie et de la créativité, résiste moins bien au stress, sa confiance en lui-même diminue. C'est son potentiel de création de valeur qui est alors diminué.

²⁰¹⁴ Sur l'ensemble du problème, voir Piermarco ZEN-RUFFINEN, *La perte de soutien* (Berne 1979).

²⁰¹⁵ Conformément à l'article 99 III CO, l'article 45 CO vaut également en matière contractuelle.

²⁰¹⁶ HONSELL (2000), § 8 n° 89; REY, n° 284 ss.

²⁰¹⁷ ATF 114 II 144 [146]. Voir aussi HONSELL (2000), § 8 n° 90; REY, n° 288; BREHM, art. 45 CO n° 42; DESCHENAUX/TERCIER, § 26 n° 18. Un soutien volontaire régulier suffit (ATF 54 II 9 [17]).

²⁰¹⁸ ATF 108 II 434.

²⁰¹⁹ ATF 113 II 323 [329 ss], ATF 112 II 118 [122], 101 II 346 [351 ss]. Pour le calcul des besoins de soutien des enfants, voir Rolf WIDMER/Thomas GEISER, Ein Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge, 9 *PJA* (2000) p. 3 ss; Josef Z. ZURKIRCHEN, Der Unterhaltsschaden – Regress des Sozialversicherungsträgers, 68 *RSA* (2000) p. 52 ss.

²⁰²⁰ ATF 41 II 703 [707 ss].

²⁰²¹ ATF 53 II 50.

²⁰²² ATF 114 II 144.

²⁰²³ ATF 114 II 144 [146], 72 II 192 [196]. Avant, le Tribunal fédéral avait considéré des concubins comme soutiens lorsqu'un mariage futur était très probable ("*sehr wahrscheinlich*") (ATF 66 II 206

enfant pour ses parents. A qualité d'ayant droit la personne qui, en raison du décès du soutien, est obligée de réduire son train de vie, sans qu'il soit nécessaire qu'elle s'expose à tomber dans le dénuement. La jurisprudence suisse est encore plus restrictive que la jurisprudence française (n° 76 ss) pour l'indemnisation de la perte de soutien correspondant à l'aide qu'une enfant décédée aurait apportée à ses parents. En effet, une enfant ne peut être considérée comme soutien de ses parents, au sens de l'article 45 III CO, que dans la mesure où la contribution qu'elle apporte ou aurait apportée par son travail au revenu de la famille dépasse ce qu'elle reçoit de ses parents, de sorte que son décès contraindrait ceux-ci à réduire leur train de vie²⁰²⁵. Pour ce qui touche le calcul de la perte de soutien, il faut déterminer d'une part le montant de l'entretien que la défunte aurait fourni à l'ayant droit sans le fait dommageable, d'autre part la durée pendant laquelle cette aide aurait été apportée. Puis, il convient de procéder éventuellement à certaines déductions. L'entretien déjà fourni constitue un indice pour ce calcul²⁰²⁶. Pour la détermination de la part de revenu que la défunte consacrait à la personne soutenue, les circonstances particulières du cas d'espèce, notamment la situation sociale de la famille, doivent être prises en compte: plus le revenu est faible, plus la quote-part de soutien est grande²⁰²⁷, plus il y a de personnes soutenues, plus la quote-part de soutien pour chacune est modeste. En règle générale, ces calculs sont cependant basés sur des données statistiques²⁰²⁸. On admet généralement une quote-part de soutien de 50 - 65% pour une veuve ("Witwenquote")²⁰²⁹ et de 10 - 20% pour des enfants orphelins, mais au plus un total de 70%²⁰³⁰. En règle générale, il faudrait partir d'une contribution égale des deux époux aux charges communes²⁰³¹. Il en résulte une perte de soutien supérieure à 50% car les frais fixes pour l'appartement, l'électricité etc. de la conjointe survivante ne peuvent pas simplement être divisés par deux. La durée de l'entretien dépend de la durée d'activité du soutien et de la durée de vie de l'ayant droit. Mais il faut aussi tenir compte du fait "que la personne qui a la plus longue probabilité de vie ou d'activité peut tout de même mourir la première"²⁰³². D'où la solution qui consiste à capitaliser sur deux têtes ("Verbindungsrente") le montant de la perte de soutien annuelle, par le recours combiné aux tables d'activité (pour le soutien) et aux tables de mortalité (pour la personne soutenue). Les tables de STAUFFER/SCHAETZLE combinent les deux probabilités²⁰³³. Certaines circonstances particulières peuvent justifier que l'on apporte des déductions à

[219 ss]). Depuis 1988, il estime que seule la question (de fait) de savoir si les concubins se sont soutenus pendant la durée de leur concubinage et se seraient soutenus dans le futur avec une grande probabilité, est décisive.

²⁰²⁴ ATF 114 II 144 [146], 66 II 206 [219 ss].

²⁰²⁵ ATF 112 II 118 [122]. Voir aussi ATF 108 II 434 [436 s.], 102 II 90 [93], 101 II 257 [260], relatifs au décès de la femme, soutien de son mari; OFTINGER, p. 183 s.

²⁰²⁶ HONSELL (2000), § 8 n° 91; REY, n° 294.

²⁰²⁷ ATF 113 II 323 [334 ss]; BREHM, art. 45 CO n° 104 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 26 n° 30.

²⁰²⁸ REY, n° 295.

²⁰²⁹ ATF 113 II 323 [334 ss].

²⁰³⁰ ATF 113 II 323 [334 ss]; BREHM, art. 45 CO n° 143 s.; Roland SCHAER, *Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadensausgleichssystemen* (Basel/Frankfurt am Main 1984), n° 175.

²⁰³¹ ATF 113 II 323 [334 ss].

²⁰³² DESCHENAUX/TERCIER, § 26 n° 31.

²⁰³³ ATF 113 II 323 [337], 112 II 118 [129], 108 II 434 [441], 104 II 307 [309], 97 II 123 [133], 86 II 7 [8 s.]; DESCHENAUX/TERCIER, § 26 n° 31 ss; OFTINGER, p. 208 ss, 241 ss; OFTINGER/STARK, § 6 n° 306.

l'indemnité pour perte de soutien. Il en va ainsi de la réduction pour chances ou probabilité de remariage et de l'imputation des avantages successoraux et matrimoniaux.

- 514 Chances de remariage.** – Si la bénéficiaire d'une rente pour perte de soutien se remarie et que sa situation économique s'améliore ainsi, le dommage consistant en la perte de soutien tombe dès le jour du remariage²⁰³⁴. Si l'ayant droit ne s'est pas remariée jusqu'au jour du jugement, il faut tenir compte de la probabilité de remariage ("*Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit*")²⁰³⁵. Le Tribunal fédéral explique que

«[l]a réduction de l'indemnité pour perte de soutien à l'effet de tenir compte d'un remariage éventuel doit se fonder sur la possibilité réelle de convoler²⁰³⁶ (mise en évidence ajoutée).

Elle se justifie au surplus dans la mesure seulement où le nouveau mariage améliorerait sensiblement la situation de la veuve. L'appréciation des chances de remariage dépend surtout des circonstances particulières, notamment l'âge, le caractère, la condition sociale, le milieu local, les attaches familiales, la santé, l'attrait physique et la situation économique de la personne en cause, et sa volonté de se remarier²⁰³⁷. Le Tribunal fédéral utilise les valeurs d'expérience contenues dans les tables de STAUFFER/SCHAETZLE, qui sont fondées sur les statistiques de la Caisse nationale, mais applique ces chiffres avec retenue et a tendance à partir de valeurs inférieures²⁰³⁸. La Haute Cour est en outre consciente de la difficulté de déduire de données statistiques des informations précises pour le cas d'espèce:

«Cette volonté [de se remarier] relève d'une décision éminemment personnelle, qui repose sur des considérations diverses et, parfois, très intimes. Il suit de là que les résultats de statistiques, consignés dans des tables [...] ne règlent pas dans un procès en responsabilité civile le calcul du capital représenté par la rente due pour la perte de soutien. Ils peuvent tout au plus, faute de circonstances décisives, aider le juge dans la constatation des faits²⁰³⁹.

Une partie de la doctrine plaide en faveur de la prise en compte du risque de divorce par une réduction des chances de remariage²⁰⁴⁰.

- 515 Jurisprudence française.** – La perte par les victimes par ricochet d'une chance de parvenir à une situation supérieure peut se manifester dans deux situations: soit la victime n'avait, au moment de l'accident, pas encore une situation confortable, mais était appelée à un bel avenir, soit la victime occupait déjà une situation importante et le préjudice subi par son conjoint est alors la perte de la chance de profiter des avancements dont aurait probablement bénéficié l'époux. Mais même si la Cour de cassation considère que la

²⁰³⁴ ATF 66 II 175 [177], 54 II 367 [370].

²⁰³⁵ Marc SCHÄTZLE/Stephan WEBER, *Kapitalisieren – Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln*, I. II (Zürich 2001), p. 556.

²⁰³⁶ ATF 95 II 411 [418]. La mise en évidence ajoutée souligne le parallèle avec le vocabulaire utilisé par les juges français en matière de perte d'une chance (voir n° 392).

²⁰³⁷ ATF 95 II 411 [418], 91 II 218 [224], 89 II 396 [399], 72 II 214 [215 s.]; REY, n° 302; ENGEL (1997), p. 520 s.; BREHM, art. 45 CO n° 111 ss; OPTINGER/STARK, § 6 n° 320 ss; critique Roland SCHÄER, *Der Versorgerschaden in einer sich wandelnden Weltordnung*, in: *Mélanges Assista* (Genève 1989), p. 98 ss.

²⁰³⁸ ATF 113 II 323 [335], 108 II 434 [441], 102 II 90 [95], 101 II 257 [264], 95 II 411 [418]; REY, n° 302; BREHM, art. 45 CO n° 110 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 26 n° 34; OPTINGER/STARK, § 6 n° 320 ss.

²⁰³⁹ ATF 89 II 396 [399 s.].

²⁰⁴⁰ BREHM, art. 45 CO n° 127 ss.

perte de cette chance constitue "non un préjudice éventuel ni hypothétique, mais un dommage certain, actuel et appréciable"²⁰⁴¹, cette certitude est évidemment une notion relative (n° 41). La juge ne peut exiger la preuve absolue, mais doit se contenter d'une probabilité suffisante et sa décision introduit dans la vie une rigidité que celle-ci n'a pas. Son jugement suppose une extrapolation, justifiée dans une certaine mesure mais aléatoire, comme toute extrapolation. Mais c'est le seul moyen qui permet de distinguer préjudice futur et préjudice hypothétique. Ce n'est guère qu'en fait que l'on pourra parfois discuter l'opinion des juges. Si la promotion professionnelle était certaine au jour du jugement, c'est le salaire résultant de l'avancement de la victime directe qui doit servir de base à l'évaluation du dommage par ricochet. Le préjudice futur mais certain est en effet réparable en droit français (n° 42) et c'est en tant que tel qu'il y a lieu de prendre en compte la promotion professionnelle: les aléas qui affectent celle-ci sont les mêmes qui sont inhérents à tout dommage futur, à commencer par le manque à gagner futur; cela n'empêche pas la réparation, car les juges se contentent de toute manière d'une certitude relative. Dans le cas où la promotion professionnelle demeure incertaine, la juge ne peut plus prendre pour base le salaire qu'aurait perçu la victime directe. Mais cela n'exclut nullement la prise en compte de ses chances d'amélioration de carrière. Sous réserve que celles-ci soient suffisamment sérieuses, les ayants droit pourront exiger la réparation de la perte d'une chance de voir la victime accéder à un niveau de rémunération supérieur ayant une incidence sur les subsides dont elles sont privées. En ce qui concerne la perte par les parents de la chance d'être soutenus, la jurisprudence française a évolué. Tandis que des décisions du début du siècle passé indemnisaient de ce chef les parents de très jeunes enfants²⁰⁴², les tribunaux se montrent nettement plus sévères de nos jours²⁰⁴³. Cette réticence s'explique par le fait que dans ces cas, on est en présence de chances à deux degrés: les parents qui n'ont que des risques de tomber, l'âge venant, dans le besoin, ne peuvent que difficilement invoquer les chances qu'ils auraient eues, alors, d'être nourris par leur enfant. Même si la valeur de la "petite sœur espérance" n'est pas méconnue par les tribunaux français, ceux-ci se gardent cependant de consacrer la possibilité de s'enrichir "grâce" à un accident²⁰⁴⁴. La jurisprudence française a parfois indemnisé la perte d'autres chances dans ce contexte, comme la perte d'une chance de succession (n° 516) et la perte de la chance de mener une vie normale (n° 517).

- 516 Perte d'une chance de succession.** — Cette manifestation de la perte d'une chance en tant que dommage futur (il se serait concrétisé au moment de la mort du *de cuius*) part de l'idée que par la faute d'une tierce personne, la lésée a été privée de la chance de recueillir certains biens dans une succession (note 275). Cette construction de la jurispru-

²⁰⁴¹ Cass. (civ. 1^{re}) 13 juillet 1961, *Dubié c. Veuve Trouillet*, GP 1961 jp. 216, 60 RTDC (1962) p. 99.

²⁰⁴² Cass. (crim.) 3 janvier 1914, *Blanchet, Girodier, Messager, Broussan c. dames Voigt*, Bull. crim. n° 7 (fille de 10 ans au prétendu avenir chorégraphique); CA Paris 10 mars 1920, *Marie Deniaud c. Société Saint frères*, DP 1920 II 137, GP 1920 I 447 (fille de 13 ans "devant arriver à se créer une situation au-dessus de la moyenne").

²⁰⁴³ Selon VINEY (n° 283 et note 53), «les tribunaux [ont] fait intervenir un élément nouveau, la proximité du moment auquel l'espoir disparu aurait pu se concrétiser. En effet, plus ce moment est éloigné, plus il est vraisemblable que des circonstances extérieures l'auraient, de toute façon, empêché de se réaliser. C'est pourquoi la jurisprudence se montre, dans l'ensemble, assez exigeante quant à la preuve du caractère actuel ou imminent de la chance dont le demandeur invoque la disparition».

²⁰⁴⁴ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1427.

dence française a été critiquée par une partie de la doctrine qui estime que ce préjudice est trop incertain pour être indemnisé :

«[A]llouer des dommages-intérêts à un fils à l'occasion de la mort de son père parce que celui-ci aurait pu recueillir le legs que lui avait fait sa seconde femme, en supposant qu'il ait survécu et que le fils, héritant de son père, eût profité de ce legs, s'il avait lui-même survécu à celui-ci, c'est montrer beaucoup de bonne volonté et tenir pour certain ce qui ne l'est pas; il y a, en effet, trop de "si", trop d'hypothèses pour que le préjudice ne soit pas incertain»²⁰⁴⁵.

La chance de bénéficier d'une succession est donc généralement trop spéculative pour que l'indemnisation de sa perte se justifie en droit. C'est la raison pour laquelle la perte d'une chance de succession ne doit pas non plus être réparée en droit suisse.

- 517 Perte d'une chance de mener une vie normale.** – En droit français, les victimes directes et indirectes peuvent parfois, indépendamment de la réparation du manque à gagner ou de la perte de soutien, obtenir une indemnité pour la perte de la chance de mener une vie normale. Cette indemnité vise à réparer les troubles de toute nature que cause dans leur vie le handicap subi, directement par la victime ou indirectement par les "proches" de la victime²⁰⁴⁶. La juge indemnise ainsi tous les handicaps, désagréments et gênes provoqués par une infirmité au titre du "préjudice d'agrément"²⁰⁴⁷. La jurisprudence française civile, criminelle et sociale donne aujourd'hui une définition très large de cette notion en la considérant comme "la diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à des activités normales d'agrément"²⁰⁴⁸. Cela peut englober toutes les gênes provoquées par une mutilation, une infirmité ou une atteinte à l'équilibre psychique ou nerveux et toutes les frustrations qu'elles entraînent²⁰⁴⁹. Les juges distinguent rarement dans leurs décisions les différents postes de ce dommage et préfèrent en faire une évaluation globale au titre de ce qu'elles appellent "les troubles de toute nature dans les conditions d'existence". Cette indemnité englobe également toutes les chances perdues par la victime de mener une vie normale, ou tout au moins la vie que la lésée pouvait normalement escompter avant son accident²⁰⁵⁰. En

²⁰⁴⁵ J. CAREL, note sous Cass. (crim.) 18 janvier 1956, *Clapon*, JCP 1956 II 9285.

²⁰⁴⁶ Peuvent ainsi obtenir réparation à ce titre: le conjoint qui abandonne son emploi pour apporter l'aide nécessaire au foyer (CE 17 mars 1952, *Epoux Guillemin*, Rec. CE p. 830); les parents d'une enfant handicapée pour la vie entière, en raison des conséquences de ce handicap sur leurs conditions d'existence (CE 5 janvier 1966, *Centre hospitalier régional de Grenoble c. Sieur Bosse*, Rec. CE p. 9). Voir également CE 6 avril 1979, *Ministre des postes et télécommunications c. Gas de France, Dupeux et autres*, Rec. CE p. 154, 885.

²⁰⁴⁷ VINEY/JOURDAIN, n° 265; LE TOURNEAU/CADIET, n° 1586 ss; Michel DANGIBEAUD/Micheline RUAULT, Les désagréments du préjudice d'agrément, *D* 1981 chron. 157; Louis MELENNEC, L'indemnisation du préjudice d'agrément, *GP* 1976 doc. 272; VINEY/MARKESINIS, n° 48.

²⁰⁴⁸ Voir, pour cette définition, CA Paris 2 décembre 1977, *Quaddah c. R.A.T.P. et autres*, *D* 1978 jp. 285.

²⁰⁴⁹ Ce chef de préjudice est réparé dans de nombreux pays (voir Harvey MC GREGOR, *Personal Injury and Death*, in: A. Tunc (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, chap. 9, n° 157 ss). L'article 11 de la résolution (75)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le désigne spécialement parmi les dommages dont l'organisation recommande aux Etats membres d'assurer l'indemnisation.

²⁰⁵⁰ C'est ainsi, qu'indépendamment des pertes de revenus, peuvent être indemnisées, au titre des troubles dans les conditions d'existence, les pertes de chances qui résultent pour une adolescente dont la main a été écrasée, des séquelles graves de son invalidité qui réduisent considérablement le choix de ses activités professionnelles et privées: CE 2 mars 1979, *Henriet*, Rec. CE p. 885. Entrent égale-

droit suisse, ce genre de désagrément est plutôt qualifié de comme tort moral ou d'atteinte à l'avenir économique et doit, comme par le passé, être indemnisé à ce titre. La normalité étant au surplus une notion très floue et difficilement saisissable par le droit, la reconnaissance de ce type de perte d'une chance ne se justifie pas en droit suisse²⁰⁵¹.

10.3 En particulier: chances de survie ou de guérison

518 Introduction. – Le caractère réparable d'une perte de chances de survie ou de guérison est une question controversée dans les droits étrangers. Les jurisprudences française (n° 95 ss), américaine (n° 136 ss), belge (n° 196 ss) et néerlandaise (n° 207 ss) sont bien fixées dans le sens de l'affirmative²⁰⁵². Les droits allemand (n° 171 ss) et canadien (n° 219 ss) refusent d'indemniser les chances de guérison ou de survie et le droit anglais adopte une position sujette à interprétation (n° 186 ss). Ce travail a discuté l'opportunité d'indemniser les chances médicales perdues et est arrivé à la conclusion que tel devrait être le cas aussi en droit suisse (n° 425 ss). KOZIOL par contre propose d'indemniser partiellement les victimes par le biais de l'article 44 I CO en appliquant la causalité alternative à la concurrence entre un fait qui déclenche une responsabilité, et un cas fortuit dont les conséquences dommageables doivent être supportées par la victime²⁰⁵³. Il admet cependant que cette proposition aura des difficultés à s'imposer en droit suisse car déjà une responsabilité solidaire d'auteurs alternatives serait majoritairement rejetée, sauf pour le cas où les auteurs auraient agi de concert²⁰⁵⁴. GROSS estime par contre que la perte d'une chance en matière médicale doit être indemnisée lorsque les chances perdues sont réelles, pas complètement invraisemblables ou purement spéculatives²⁰⁵⁵. La question de l'applicabilité de la perte d'une chance aux cas d'information insuffisante de la part de la doctoresse a déjà été discutée (n° 429 ss). La responsabilité médicale peut être contractuelle (10.3.1), délictuelle (10.3.2), publique (10.3.3) et pénale (10.3.4) et disciplinaire²⁰⁵⁶.

ment dans cette catégorie de préjudices, un risque de stérilité et une diminution de l'espérance de vie (CE 13 mai 1977, *Marie*, Rec. CE p. 221), l'obligation de se résoudre à un emploi moins qualifié, même s'il n'en résulte pas de perte de salaire (CE 21 décembre 1979, *Ministre de l'équipement et ministre des transports c. Caisse primaire d'assurances maladie de Vienne et Glasson*, Rec. CE p. 885) et l'obligation de changer de carrière professionnelle (CE 24 février 1950, *Demoiselle Blachère*, Rec. CE p. 878). Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 28 avril 1966, *Préfet de police c. Epoux Collot et autre*, Bull. civ. II n° 498; CE 16 novembre 1979, *Harmon*, Rec. CE p. 423.

²⁰⁵¹ Les questions de la perte d'une chance de longévité (n° 541 ss) ou de vie ainsi que celle de l'action pour "wrongful life" (n° 534 ss) s'apparentent à cette situation.

²⁰⁵² KASCHE (p. 131 s.) tente de former des catégories des différentes espèces de perte d'une chance dans le domaine médical en distinguant les fautes de diagnostique, le retard ou l'omission d'un traitement, des mesures de sécurité insuffisantes et l'affaiblissement de la constitution.

²⁰⁵³ KOZIOL (2001), p. 908 ss.

²⁰⁵⁴ KOZIOL (2001), p. 911.

²⁰⁵⁵ GROSS, p. 202.

²⁰⁵⁶ La responsabilité disciplinaire est sans intérêt pour ce travail.

10.3.1 Responsabilité civile contractuelle

519 **Surviv²⁰⁵⁷**. – La responsabilité civile contractuelle représente la grande majorité des cas de responsabilité médicale²⁰⁵⁸. Les rapports juridiques entre patiente et doctoresse en pratique privée sont, selon une jurisprudence constante, qualifiés de mandat, au sens des articles 394 ss CO²⁰⁵⁹. Par la conclusion expresse ou tacite du contrat, la doctoresse est tenue à diverses obligations découlant d'un devoir général de diligence: l'obligation d'informer et de recueillir le consentement éclairé de la patiente²⁰⁶⁰, l'obligation de documentation et de reddition de compte (art. 400 I CO), l'obligation d'évaluer l'étendue du mandat, l'obligation de poser un diagnostic, l'obligation de choisir un traitement, l'obligation de consulter une spécialiste ou de refuser le traitement si la doctoresse ne dispose pas de la formation ou du matériel nécessaires pour assurer un traitement prometteur de succès, l'obligation d'appliquer le traitement choisi, l'obligation de formation continue, l'obligation de discrétion et de secret²⁰⁶¹. La responsabilité contractuelle a comme but de réparer le dommage que la patiente lésée a subi suite à la non-exécution ou à la mauvaise exécution du contrat, due à une violation du devoir de diligence (art. 398 II et art. 97 I CO)²⁰⁶². La patiente doit en principe prouver son dommage²⁰⁶³, la violation du contrat par la doctoresse²⁰⁶⁴ et le lien de causalité naturelle entre l'activité dommageable et le dommage subi²⁰⁶⁵. En ce qui concerne la preuve de la causalité, la jurisprudence du Tribunal fédéral pose des exigences différentes selon qu'il s'agit d'une faute de traitement ou d'une information insuffisante²⁰⁶⁶. La faute de la doctoresse²⁰⁶⁷ est présumée conformément aux articles 97 I et 398 I CO et la praticienne peut (théoriquement) se disculper en prouvant que la violation contractuelle ne lui est pas imputable. Lorsque le préjudice subi par la patiente paraît à l'évidence provenir d'un compor-

²⁰⁵⁷ Pour plus de détails, voir GATTIKER, p. 645 ss; WERRO (1996), p. 6 ss; KUHN (1994), p. 21 ss; Moritz KUHN, *Ärztliche Kunst- bzw. Behandlungsfehler – Beweislastverteilung gemäss Haftungs-gesetz des Kantons Zürich*, in: I. Meier/H. M. Riemer/P. Weimar (éd.), *Recht und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag (Zürich 1994), p. 49 ss.

²⁰⁵⁸ KUHN (1999), p. 248.

²⁰⁵⁹ ATF 105 II 284 [284], 53 II 419 [424]; PAYLLIER, p. 208; KUHN (1999), p. 248. Si la doctoresse intervient dans le cadre d'une assistance en cas d'urgence, sans un mandat explicite, les relations avec la personne blessée sont régies par la gestion d'affaires au sens des articles 419 ss CO.

²⁰⁶⁰ Voir, pour les conséquences de l'absence de consentement éclairé, n° 433 ss. Voir aussi, en général, CONTI, p. 620 ss; Peter JÄGER, *Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht* (Zürich 1999), p. 68 ss; GUILLOD (1986).

²⁰⁶¹ Jörg REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, in: H. Honsell (éd.), *Handbuch des Arztrechts*, (Zürich 1994), p. 339 ss; Karin KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB*, thèse (Zürich 1993).

²⁰⁶² KUHN (1999), p. 248.

²⁰⁶³ Sur cette notion dans le cadre de la responsabilité médicale en particulier, voir KUHN (1994), p. 31 ss.

²⁰⁶⁴ Sur cette notion dans le cadre de la responsabilité médicale, voir KUHN (1994), p. 38 ss.

²⁰⁶⁵ Sur cette notion dans le cadre de la responsabilité médicale, voir KUHN (1999), p. 252; Peter JÄGER, *Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht* (Zürich 1999), p. 91 ss.

²⁰⁶⁶ Dans le cadre d'une faute de traitement, la patiente doit non seulement prouver le lien de causalité naturelle, mais aussi précisément le comportement de la doctoresse qui a causé le dommage (ATF 108 II 59 [61]). Elle doit indiquer de façon détaillée quelle action ou inaction (absence de diagnostic, intervention concrète ou traitement concret, mauvaise médication) est constitutive d'une faute de traitement et représente la *conditio sine qua non* du préjudice subi. Dans le cadre de l'absence de consentement éclairé par contre, un lien de causalité entre l'intervention médicale dans sa globalité et le préjudice subi dans le cas concret suffit.

²⁰⁶⁷ Sur cette notion dans le cadre de la responsabilité médicale, voir KUHN (1994), p. 41 ss.

tement fautif de la doctoresse, les tribunaux ont occasionnellement admis un allègement des exigences de preuve qui rappelle la théorie anglaise de la *res ipsa loquitur*²⁰⁶⁸. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que l'on pouvait présumer la violation du devoir de diligence de la doctoresse quand l'injection d'un médicament provoque une infection²⁰⁶⁹. Depuis 1987, le Tribunal fédéral estime que les doctresses sont responsables pour n'importe quelle faute, même légère²⁰⁷⁰. Les solutions particulières au niveau de la répartition du fardeau de la preuve en rapport avec une violation du devoir d'information par la doctoresse ont déjà été évoquées (n° 433).

520 Perte d'une chance. – C'est l'arrêt de l'*Obergericht* zurichois du 17 novembre 1988 (n° 245 ss) qui illustre parfaitement de quelle manière les chances de guérison ou de survie perdues pourraient être indemnisées en droit suisse. Sans le dire expressément, les juges zurichois ont en effet appliqué un raisonnement juridique qui aboutit au même résultat que celui des juges françaises, américaines, belges et néerlandaises indemnisant la perte d'une chance médicale. Les juges suisses n'auraient cependant plus besoin de faire un détour dans leur raisonnement par l'exigence d'une probabilité prépondérante du rapport causal avec l'invalidité permanente ou le décès pour ensuite tenir compte, en vertu de l'article 43 I CO, du risque résiduel que le dommage final se serait réalisé même en cas de traitement correct. La reconnaissance de la perte d'une chance comme nouveau type de dommage permettrait en effet d'analyser directement le lien de causalité naturelle entre la faute de la doctoresse et la perte d'une chance subie par la patiente et d'allouer une indemnité en fonction de l'importance des chances perdues. L'analyse de la jurisprudence étrangère montre à quel point les situations d'incertitude sur le lien de causalité naturelle sont fréquentes en matière médicale. La solution radicale actuelle obéissant au principe du tout-ou-rien et forçant la juge à faire semblant de connaître ce qu'elle ne peut souvent pas savoir avec une certitude suffisante est ainsi particulièrement inadaptée. L'introduction de l'indemnisation de chances médicales perdues s'impose dès lors aussi en droit suisse.

521 Classification des espèces. – Même si les espèces relatives à la perte de chances médicales sont d'une diversité impressionnante, les catégories d'états de faits suivantes peuvent être formées en fonction des obligations violées par la doctoresse:

- l'application d'un mauvais traitement (souvent en fonction d'une erreur de diagnostic), car on ne saura jamais si le bon traitement aurait réussi à guérir la patiente;
- la faute dans l'application d'un traitement en soi juste, parce qu'on ne saura jamais si la bonne application aurait permis de sauver la malade;
- le retard dans le traitement, parce qu'on ne saura jamais si le même traitement appliqué à temps aurait permis à la patiente de guérir ou de survivre;
- l'absence ou l'insuffisance de l'information donnée à la patiente afin de recueillir son consentement éclairé, car on ne saura jamais si la malade aurait renoncé à l'intervention si elle avait été au courant des risques que celle-ci comportait et qui se sont finalement réalisés (n° 433).

²⁰⁶⁸ 71 ZR (1972) n° 110 p. 329; ATF 30 II 304. Pour la notion de la *res ipsa loquitur*, voir n° 104.

²⁰⁶⁹ ATF 120 II 248.

²⁰⁷⁰ ATF 113 II 429 [432 s.] critiquant l'ATF 105 II 284 qui donnait l'impression que la responsabilité de la doctoresse se limite aux violations graves de l'obligation de diligence. Cette jurisprudence a été confirmée par les ATF 115 Ib 175 [180] et 116 II 519 [521]. Voir aussi KUHN (1999), p. 252. Pour la responsabilité du fait de l'organisation, voir KUHN (1999), p. 253 s.; article 49a AP LRCiv; Rapport explicatif, p. 130 ss.

Les mêmes types d'états de faits se trouvent en matière de responsabilité médicale publique (n° 524 s.).

10.3.2 Responsabilité civile délictuelle

522 Survol²⁰⁷¹. - La responsabilité civile délictuelle ou extra-contractuelle selon les articles 41 ss CO entre en ligne de compte lorsqu'il n'existe pas de relation contractuelle entre la doctoresse et la patiente. En effet, lorsqu'une patiente subit dans son intégrité physique ou psychique des lésions à la suite d'un traitement, cela constitue une forme d'atteinte illicite à son intégrité corporelle, donc de délit civil. La personne malade doit dans ce cas prouver le dommage, l'illicéité et le lien de causalité naturelle entre le comportement de la doctoresse et le dommage subi. Contrairement à la responsabilité contractuelle où la faute de la mandataire est présumée, la personne malade doit également prouver que la doctoresse a commis une faute²⁰⁷². Lorsqu'il existe entre la doctoresse et la patiente un contrat de mandat et que la doctoresse viole dans le cadre de son traitement un droit absolu, à savoir l'intégrité corporelle, la patiente lésée a le choix entre la voie contractuelle et la voie extra-contractuelle pour faire valoir sa prétention en réparation du dommage subi (concours d'actions). Elle préférera en général la première, plus favorable en ce qui concerne la prescription (art. 127 CO au lieu de 60 CO), la responsabilité pour les auxiliaires (art. 101 CO au lieu de 55 CO) et, théoriquement du moins, le fardeau de la preuve de la faute (art. 97 CO au lieu de 41 CO).

523 Perte d'une chance. - Les remarques faites à propos de l'indemnisation des chances perdues dans le cadre de la responsabilité civile contractuelle (n° 519 ss) valent, *mutatis mutandis*, aussi pour la responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. En effet, les normes qui régissent le calcul du préjudice et la fixation de l'indemnité (art. 42 ss CO) s'appliquent aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 III CO).

10.3.3 Responsabilité publique

524 Survol²⁰⁷³. - L'article 59 CC réserve le droit public de la Confédération, respectivement des cantons pour les corporations et les établissements qui leur sont soumis. La doctoresse qui travaille dans un hôpital public est ainsi soumise au régime de la responsabilité administrative selon le droit public cantonal²⁰⁷⁴. C'est la loi cantonale sur la responsabi-

²⁰⁷¹ Pour plus de détails, voir GATTIKER, p. 648 s.; WERRO (1996), p. 8 ss; KUHN (1994), p. 45 ss.

²⁰⁷² KUHN (1999), p. 248. Plus précisément, la patiente doit prouver un comportement de la doctoresse qui est ensuite qualifié de fautif par la juge.

²⁰⁷³ Pour plus de détails, voir GATTIKER, p. 649 s.; Dominique SPRUMONT/Marie-Christine BORCARD, *Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier*, in: La responsabilité médicale, Cahier n° 2 de l'Institut de Droit de la Santé (Neuchâtel 1996), p. 33 ss; WERRO (1996), p. 15 ss; KUHN (1994), p. 50 ss. Voir aussi Rapport explicatif, p. 24 s.

²⁰⁷⁴ ATF 122 III 101 [103 ss], commenté par Jost GROSS, 5 PJA (1996) p. 1163. Le Tribunal fédéral et la doctrine dominante considèrent que le traitement de malades dans les hôpitaux publics ne relève pas de l'exercice d'une industrie au sens de l'article 61 II CO, mais bien de l'exécution d'une tâche publique (voir aussi ATF 115 Ib 175 [179], 111 II 149 [151], 102 II 45 [47], 101 II 177 [183]); GROSS, p. 124 ss; Thomas EICHENBERGER, *Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital unter besonderer Berücksichtigung des spezifischen Problems des Dienst- und Haftungsrechts*, thèse (Bern/Stuttgart/Wien 1995), p. 259. Le texte de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile pose comme prémisses que la responsabilité est civile et qu'en principe, les corporations et établissements de droit public ainsi que leurs agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral réglementant la responsabilité civile (voir aussi Pierre WESSNER, La privatisation de la responsabilité publique: un

lité de l'Etat applicable qui réglera la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat ou de l'exploitante de l'hôpital, éventuellement également celle de la doctoresse. C'est aussi le droit cantonal qui décide si la relation entre la doctoresse et la patiente est de droit privé ou si elle a un caractère "étatique"²⁰⁷⁵. En ce qui concerne les conditions de la responsabilité, la Confédération²⁰⁷⁶ et de nombreux cantons²⁰⁷⁷ ont adopté un régime de responsabilité causale en ce sens que la commission d'un acte illicite est une condition nécessaire et suffisante pour engager la responsabilité de la collectivité publique qui exploite l'hôpital en question, en dérogation au régime ordinaire où l'acte illicite doit de surcroît être imputable à une faute de son auteur²⁰⁷⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral est hésitante quant à savoir si la simple illicéité de l'intervention de la doctoresse suffit ou si, en plus, une violation des règles de l'art médical est nécessaire²⁰⁷⁹. En ce qui concerne le sujet de la responsabilité, la Confédération²⁰⁸⁰ et l'écrasante majorité des cantons ont opté pour une responsabilité exclusive de la collectivité publique, assortie d'un droit de recours ou d'une action récursoire contre la fonctionnaire ayant commis une faute grave ou intentionnelle. A moins que le droit cantonal ne prévoie une autre solution, la clientèle privée des doctresses-chefes d'un hôpital public est également soumise à une responsabilité de droit public²⁰⁸¹. La responsabilité du fait de l'organisation ("*Organisationshaftung*") a, à ce jour, été admise une seule fois dans ce domaine par le Tribunal fédéral²⁰⁸². Une partie de la doctrine critique les différences entre les régimes public et privé de la responsabilité médicale²⁰⁸³.

des objectifs de la révision totale du droit de la responsabilité civile, in: P. Zen-Ruffinen/A. Auer (éd.), *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert* [Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996], p. 573 ss, 579 s.).

²⁰⁷⁴ ATF 122 III 101 [103 s.], 111 II 149 [151].

²⁰⁷⁶ Article 31 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité; RS 170.32).

²⁰⁷⁷ Pour les différents régimes cantonaux, voir Olivier GUILLOD/Christophe RAPIN, *La responsabilité médicale – Rapport suisse*, Congrès de l'Association Henri Capitant Panama, mars 1999, n° 47 ss (à paraître).

²⁰⁷⁸ KUHN (1994), p. 53 ss; Thomas EICHENBERGER, *Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital unter besonderer Berücksichtigung der spezifischen Probleme des Dienst- und Haftungsrechts*, thèse (Bern/Stuttgart/Wien 1995); Emil W. STARK, Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, 86 *RSJ* (1990) p. 4 s.; Emil W. STARK, *Die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit in der Kausalhaftung des Staates für seine Beamten*, in: W. Haller/G. Müller/A. Kötz/D. Thürer (éd.), *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag* (Zürich 1989), p. 569 ss. Voir, par exemple, l'article 5 de la loi neuchâteloise du 26 juin 1989 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité; RSN 150.10). Pour une présentation détaillée d'un système causal, voir Moritz KUHN, *Ärztliche Kunst- bzw. Behandlungsfehler – Beweislastverteilung gemäss Haftungsgesetz des Kantons Zürich*, in: I. Meier/H. M. Riemer/P. Weimar (éd.), *Recht und Rechtsdurchsetzung*, *Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag* (Zürich 1994), p. 49 ss.

²⁰⁷⁹ Comparer ATF 113 Ib 420 [423] avec ATF 115 Ib 175 [179 s.]. Voir aussi GATTIKER, p. 650 ss; KUHN (1994), p. 58 ss.

²⁰⁸⁰ Articles 3 II et 7 ss de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité; RS 170.32).

²⁰⁸¹ ATF 122 III 101 [103], 115 Ib 175 [179].

²⁰⁸² ATF 112 Ib 322.

²⁰⁸³ Christian VAN GESSEL/Olivier GUILLOD, *Division commune d'un hôpital privé: quel régime de responsabilité?*, 10 *PJA* (2001) p. 420 ss; HONSELL (1994), p. 13 s.; Emil W. STARK, *Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen*, 86 *RSJ* (1990) p. 6 ss.

- 525 Perte d'une chance.** - Les remarques faites à propos de l'indemnisation des chances perdues dans le cadre de la responsabilité civile contractuelle (n° 519 ss) valent, *mutatis mutandis*, aussi pour la responsabilité publique.

10.3.4 Responsabilité pénale

- 526 Survol²⁰⁸⁴.** - Toute intervention médicale sur le corps de la patiente qui lèse son intégrité physique constitue, du point de vue pénal, l'infraction de lésions corporelles, même si l'intervention est effectuée tout à fait correctement²⁰⁸⁵. Pour que l'intervention soit licite, il faut donc que la doctoresse puisse s'appuyer sur un fait justificatif; ce sera, dans le cas normal, le consentement de la patiente, ou éventuellement, lorsque cette dernière est inconsciente et qu'il y a urgence, la gestion d'affaires dans le sens de la volonté présumée de la patiente. Selon la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique, la praticienne peut se rendre coupable de voies de faits (art. 126 CP), de lésions corporelles simples (art. 123 CP) ou graves (art. 122 CP). Si une intervention n'est pas seulement dépourvue de succès, mais cause une aggravation de l'état de la patiente dans le sens d'une atteinte prolongée à sa santé ou à son intégrité physique ou même son décès, une condamnation de la doctoresse pour lésions corporelles par négligence (art. 125 CP) respectivement pour homicide par négligence (art. 117 CP) entre en ligne de compte. Une violation de son secret professionnel ou de fonction peut en outre déclencher une responsabilité pénale selon les articles 321 CP ou 320 CP.

- 527 Perte d'une chance de survie: exemple du droit français.** - Les juges répressives françaises et belges refusent de tenir compte de la perte d'une chance en matière pénale. La Cour de cassation française écarte du droit de la responsabilité pénale la perte de chances en tant qu'élément de la causalité:

«[s]i la faute du Dr. G. avait fait perdre au malade une chance de survie, cette faute n'était pas la cause certaine de la mort et [...] le prévenu devait être relaxé du chef d'homicide involontaire»²⁰⁸⁶.

La Cour de Cassation française critique en effet certaines cours d'appel d'avoir utilisé un motif "surabondant, voire erroné" (n° 117) en raisonnant avec le motif d'une diminution des chances de survie. Il est donc nécessaire, pour que l'incrimination soit retenue, que la faute de la doctoresse ait été la cause certaine du décès ou de l'invalidité

²⁰⁸⁴ Pour plus de détails, voir Jörg REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, in: H. Honsell (éd.), *Handbuch des Arztrechts* (Zürich 1994), p. 303 ss.

²⁰⁸⁵ ATF 124 IV 258, 99 IV 208 [210].

²⁰⁸⁶ Cass. (crim.) 9 janvier 1979, *Dr G.*, JCP 1980 II 19272. Voir aussi Cass. (crim.) 7 janvier 1980, *Chabert*, D 1981 I 257. Telle avait aussi été la démarche de la Cour de cassation belge dans un arrêt du 23 septembre 1974, *Meunier c. Debremaeker*, JCP 1976 II 18216, 74 RTDC (1976) p. 360. «Un arrêt de cour d'appel ne peut condamner un médecin du chef d'avoir, par défaut de prévoyance ou de précautions, mais sans intention d'attenter à la personne d'autrui, involontairement causé la mort d'une parturiente, alors même que cet arrêt constate que ce médecin s'est rendu coupable d'un défaut de prévoyance ou de précautions, et n'a pas appliqué le traitement spécifique et adéquat quant à la maladie dont était atteinte la victime, s'il n'affirme pas que ces fautes ont causé le décès. Tel est le cas quand cet arrêt, - après avoir constaté que si ce traitement adéquat avait été pratiqué, "les chances de survie de la victime eussent été, selon les experts, de 90%", - décide qu'il y a, en l'espèce, relation de cause à effet entre le défaut de prévoyance ou de précautions et le décès, aux motifs que dans l'intime conviction de la Cour d'appel, il faut en déduire que le défaut de prévoyance ou de précautions, commis par le médecin, et qui, statistiquement, a enlaid 90%, soit la plupart des chances de survie de sa patiente, est, en l'espèce, en relation causale nécessaire avec le décès de celle-ci».

permanente de la patiente. La perte d'une chance possible ne remplit pas cette condition. Le domaine du préjudice ne permet pas non plus de retenir la notion de perte d'une chance, car la définition des violences, blessures, homicides involontaires prévue par les articles 319 et 320 CPF est celle d'une atteinte positive au corps humain. Le texte de l'article 221-6 CPF (homicide involontaire) n'évoque pas non plus la perte d'une chance mais la mort d'autrui. L'infraction de réduction des chances n'existe pas (encore) en droit français, de sorte que, et au niveau de la causalité et au niveau du dommage, le droit de la responsabilité pénale de la doctoresse ne saurait s'emparer de cette théorie. Cette solution s'impose en droit pénal par le principe de la légalité (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) car il n'y a pas de délit de privation d'une chance de survie. Il en va autrement si la faute de la doctoresse a privé la malade, non pas d'une ou de quelques chances de survie, mais de toute chance de survie. Les éléments constitutifs de l'homicide involontaire sont alors réunis²⁰⁸⁷. Le préjudice intermédiaire (perte de chance) et le préjudice final (mort) se confondent et la cause de l'un est aussi celle de l'autre. Dans ce cas, il existe bien un lien de causalité certaine entre la faute de la doctoresse et le décès de la victime et cette faute sera prise en compte par la juge répressive. Cette idée transparait dans la terminologie de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui refuse de retenir la notion de perte de chance et préfère rechercher s'il y a eu "création de risques mortels" privatifs de toute possibilité ou chance de survie²⁰⁸⁸. L'incertitude sur l'existence du lien de causalité disparaît, en effet, là où il est incontestablement établi qu'en l'absence de faute médicale, la patiente aurait eu toutes les chances de survivre à l'affection dont elle était atteinte. Compte tenu du fait que la perte de chances constitue un préjudice autonome (n° 559), la décision pénale ne peut pas avoir autorité de la chose jugée sur ce qui peut être décidé au niveau civil à propos de la perte de chance. L'acquiescement de l'auteur du préjudice par les juridictions pénales n'empêche donc pas les victimes de demander réparation devant les juridictions civiles²⁰⁸⁹. Un acquiescement motivé par l'incertitude sur la cause laisse ainsi place à l'indemnisation par la juge civile du préjudice de perte d'une chance, distinct de l'homicide ou blessure involontaire qui seul est proposé à la juge répressive et sur le seul jugement duquel s'applique l'autorité de la chose jugée au pénal²⁰⁹⁰. Cette jurisprudence a l'"effet secondaire" de décharger les doctresses d'instances pénales qui n'ont en réalité qu'un but indemnitaire. Le raisonnement de la jurisprudence pénale française en matière de perte d'une chance mérite d'être suivi et il se justifie d'exclure, dans l'état actuel de la législation, l'application de la théorie également en droit suisse de la responsabilité pénale (médicale). La même solution s'impose pour les délits de mise en danger qui s'analysent plutôt comme des cas d'application de la création d'un risque durable (n° 449 ss) que des situations de perte d'une chance.

- 528 Perte d'une chance de guérison.** — En principe, une condamnation pour voies de faits et lésions corporelles simples ou graves est également exclue, car dans cette hypothèse aussi un lien de causalité certain entre la faute et les lésions fait défaut, de sorte que la

²⁰⁸⁷ Cass. (crim.) 9 juin 1977, *Dr Jacques Bucher* (n° 117).

²⁰⁸⁸ Cass. (crim.) 9 juin 1977, *Dr Jacques Bucher* (n° 117). Voir, dans le même sens, Tribunal correctionnel d'Evry 17 novembre 1972, *Consorts Krumhorn et M. P. c. Fitoussi-Deutsch, Deutsch & Peyrat*, GP 1983 jp. 105; Cass. (crim.) 22 juin 1972, *Sarrazin et Pietrera c. Ministère public et Schilliro*, GP 1972 jp. 757.

²⁰⁸⁹ Cass. (civ. I^{re}) 24 mars 1981, *Veuve Allaoui c. Dr Nemegyei*, Bull. civ. I n° 98, D 1981 jp. 545, 18 RDSS (1982) p. 54, JCP 1981 IV 212.

²⁰⁹⁰ Voir aussi, pour le droit belge, VANSWEEVELT, n° 487.

juge ne peut pas condamner la doctoresse pour ces infractions²⁰⁹¹. L'auteur belge DALCQ a défendu une autre thèse en faisant une distinction entre les chances de guérison sans dommages et celles avec des dommages moins graves²⁰⁹². Une condamnation pénale serait exclue pour la première catégorie parce que l'infraction de coups et blessures ne serait pas établie. Par contre, une condamnation pour coups et blessures serait possible pour la deuxième catégorie, à savoir lorsque la faute est la cause aussi bien de lésions corporelles que de la perte de la chance que celles-ci aient été moins graves²⁰⁹³. VANSWEEVELT critique cette distinction et estime que le délit de coups et blessures exclut l'application de la théorie de la perte d'une chance et inversement²⁰⁹⁴.

10.4 Quelques applications spécialement discutées

10.4.1 Perte de la "chance" de ne pas avoir un enfant ("wrongful birth")

529 **Notion.** – L'expression "wrongful birth" concerne des prétentions en dommages-intérêts de parents en relation avec la naissance d'un enfant non voulu ou non planifié²⁰⁹⁵. La demande est dirigée contre une tierce personne qui est rendue responsable sur le plan civil (par exemple le violeur, la doctoresse dans le cas d'une stérilisation ou d'un avortement sans succès) des conséquences patrimoniales et psychiques de la naissance non désirée. Dans de nombreux pays, une discussion est en cours concernant la question de savoir en quoi consiste alors le dommage: les frais de grossesse, d'accouchement, d'équipement pour bébé, d'un appartement plus grand, les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, les coûts liés à une nouvelle stérilisation, la perte de gain, notamment de la mère²⁰⁹⁶. Parfois, la mère fait également valoir un dommage immatériel découlant de la grossesse, de l'accouchement ou de l'entrave à la libre planification de sa vie. Le poste le plus controversé du préjudice découlant d'une action pour "wrongful birth" est celui des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, car il soulève la question

²⁰⁹¹ VANSWEEVELT, n° 485.

²⁰⁹² Voir sa note sous Cass. belge 23 septembre 1974, *Meunier c. Debremacker*: «[e]n cas de perte d'une chance de guérison, l'infraction de coups et blessures peut être établie, indépendamment de ses conséquences, la valeur de la chance perdue n'étant qu'un élément d'appréciation de l'étendue du dommage» (49 RGAR [1976] n° 9659). Voir aussi CA Liège 26 mars 1991, *Schommers c. Leblanc*, 67 RGAR (1994) n° 12327.

²⁰⁹³ Roger O. DALCQ/François GLANSDORFF, Examen de jurisprudence (1973 à 1979) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civil, art. 1382 et suiv.), 35 *Revue Critique de Jurisprudence Belge* (1981) p. 124 s. Comparer toutefois Roger O. DALCQ, Belgium, in: E. Deutsch/H.-L. Schreiber (éd.), *Medical Responsibility in Western Europe* (Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1985), p. 100, n° 107: «[...] il nous paraît que la perte d'une chance n'est pas un élément constitutif de l'infraction et que dans les cas où il y aurait simplement perte de chance la juridiction pénale ne serait pas compétente».

²⁰⁹⁴ VANSWEEVELT, n° 486.

²⁰⁹⁵ TOBLER/STOLKER, p. 1145. Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1612, définit le "wrongful birth" de la façon suivante: «A medical malpractice claim brought by the parents of an impaired child, alleging that negligent treatment or advice deprived them of the opportunity to avoid conception or terminate the pregnancy». Voir, en détails, Thomas M. MANNSDORFER, *Pränatale Schädigung – Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen*, thèse (Freiburg 2000), n° 925, 976 ss.

²⁰⁹⁶ Pour le droit suisse, voir RÜETSCHI.

de savoir si ce n'est pas l'enfant elle-même qui est considérée comme un dommage²⁰⁹⁷. Les droits étrangers ont donné différentes réponses à cette question délicate²⁰⁹⁸.

- 530 Situation actuelle.** - En Suisse, les rares tribunaux inférieurs auxquels la question a été soumise, ont refusé d'indemniser les frais d'entretien et d'éducation occasionnés par la naissance d'un enfant non voulu²⁰⁹⁹. Le cadre de ce travail ne permet pas de discuter le bien fondé de l'attitude restrictive des tribunaux suisses et les nombreuses questions morales, éthiques et philosophiques que la problématique soulève, de sorte qu'il sera simplement renvoyé à la jurisprudence et la doctrine publiées en la matière²¹⁰⁰. Il s'agira cependant d'évoquer un cas très spécifique d'action pour "wrongful birth" qui peut être résolu de manière élégante par la théorie de la perte d'une chance, à savoir l'hypothèse où des parents ont été privés de la possibilité de faire une interruption volontaire de

²⁰⁹⁷ Isabelle STEINER, Das "Kind als Schaden" - ein Lösungsvorschlag, 137 *RSJB* (2001) p. 646 ss; Thomas MANNSDORFER, Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, 137 *RSJB* (2001) p. 605 ss.

²⁰⁹⁸ La jurisprudence allemande a évolué dans sa réponse: en 1993, le deuxième sénat du *Bundesverfassungsgericht* était réticent à considérer une enfant comme un dommage: «Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassung wegen (Art. 1 I GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten [...] verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen» (BVerfGE 28 mai 1993, 46 NJW [1993] p. 1764). Le *Bundesgerichtshof* a, de son côté, maintenu sa jurisprudence initiale (voir les trois arrêts topiques du 18 mars 1980, 33 NJW [1980] p. 1450, 33 NJW [1980] p. 1452, 31 VersR [1980] p. 719; voir aussi BGH 7 juillet 1987, 39 VersR [1988] p. 155; OLG Braunschweig 13 juin 1990, 43 VersR [1992] p. 92; BGH 16 novembre 1993, 47 NJW [1994] p. 788 ss). Le premier sénat du *Bundesverfassungsgericht* a finalement adhéré à cette solution (BVerfG 12 novembre 1997, 51 NJW [1998] p. 519). Le *Bundesgerichtshof* a précisé sa jurisprudence en disant que ce dommage n'est réparable que si la protection de ce préjudice constituait précisément l'objet du contrat de soins (BGH 15 février 2000, 55 JZ [2000] p. 727, 53 NJW [2000] p. 1782 ss, commentée par Markus GEHRLEIN, Grenzen der Schadensersatzpflicht des Arztes für Unterhaltsaufwand bei ungewollter Schwangerschaft, 53 NJW [2000] p. 1771 s.). Pour la discussion en Allemagne, voir aussi LAUFS *e.a.*, § 106 n° 11. Aux Pays-Bas, le *Hoge Raad* a rendu en 1997 une décision indemnisant pleinement ce poste du dommage (pour un commentaire détaillé, voir TOBLER-STOLKER, p. 1145).

²⁰⁹⁹ Le Tribunal du district d'Arbon a, dans son arrêt du 16 octobre 1985 (publié in 82 *RSJ* [1986] p. 46), décidé que la "mère involontaire" pouvait demander des dommages-intérêts pour la perte de gain occasionnée par la naissance non voulue. Les frais d'entretien ne seraient par contre pas indemnifiables, car la naissance d'un enfant non voulu par les parents ne constituerait pas un dommage patrimonial. Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville du 23 octobre 1998, *S.K. gegen Kanton Basel-Stadt*, BJM (2000) p. 306 ss; pour l'arrêt attaqué voir la décision du Tribunal civil du 20 janvier 1998, *S.E.K.-R. gegen Kanton Basel-Stadt*, BJM (1998) p. 131 ss. Voir aussi ATF non publié 4C.276/1993, résumé in 17 *plädoyer* (1999) p. 77.

²¹⁰⁰ Thomas M. MANNSDORFER (*Pränatale Schädigung - Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen*, thèse [Freiburg 2000]), HONSELL ([2000], § 1 n° 35), Peter WEIMAR (note in: 82 *RSJ* [1986] p. 48) et KUHN ([1994], p. 32 ss) soutiennent la décision du Tribunal du district d'Arbon. Walter FELLMANN (*Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes*, 123 *RSJB* [1987] p. 335) pose comme condition supplémentaire que la responsable ait contrecarré le planning familial. Voir également FELLMANN, p. 879 s. OFTINGER/STARK (§ 2 n° 45 ss) font dépendre le devoir d'indemniser de la situation financière des parents. Voir aussi Peter WEIMAR, *Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes?*, in: H. M. Riemer/H. U. Walder/P. Weimar, *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag* (Bern 1986), p. 641 ss; KOLLER; Rolf THÜR, *Schadenersatz bei durchkreuzter Familienplanung*, thèse (Zürich 1996), p. 70 ss; Alfred KELLER, *Die Behandlung des Haftpflichtfalles durch die Versicherung*, in: *Arzt und Recht*, BTJP 1984 (Bern 1985), p. 136; Werner Eduard OTT, *Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, thèse (Zürich 1978), p. 83 s.

grossesse (IVG) par la faute d'une tierce personne. Cette faute réside parfois dans une violation du devoir d'information par une doctoresse. RÖETSCHI estime que dans ce cas, la question du lien de causalité constitue un problème de preuve dans ce sens que le couple doit rendre vraisemblable le fait qu'un comportement alternatif licite de la part de la doctoresse aurait empêché le dommage de se produire²¹⁰¹. Ce serait le devoir des tribunaux d'apprécier cette question dans chaque cas concret²¹⁰². Le Tribunal fédéral a profité des circonstances des espèces qui lui ont été soumises en la matière jusqu'à présent pour laisser ouverte la question de savoir si l'entretien de l'enfant doit être considéré comme dommage réparable. Dans la décision non publiée de 1995 évoquée plus haut (n° 436), il a en effet nié, par le biais du comportement alternatif licite, le lien de causalité entre l'omission de l'information sur les risques de grossesse lors d'une opération de stérilisation et le préjudice découlant de la grossesse. La raison en était que le couple se serait décidé pour la méthode de contraception choisie en l'espèce même dans l'hypothèse d'une information complète, c'est-à-dire même en connaissance des risques inévitables très faibles de grossesse²¹⁰³.

531 Droit allemand. – En Allemagne, la situation est encore une fois résolue par le principe du tout-ou-rien. Si la doctoresse omet d'informer les parents de certains risques de malformation liés à un accouchement, elle est responsable de cette insuffisance d'informations destinées à empêcher la naissance d'un enfant gravement handicapé²¹⁰⁴. Les frais d'entretien de l'enfant doivent alors être intégralement indemnisés par la praticienne²¹⁰⁵. La même chose vaut pour une information défectueuse sur les risques de naissance d'un enfant atteint d'un défaut génétique²¹⁰⁶.

532 Droit français: perte d'une chance. – En droit français, les parents peuvent se plaindre d'avoir été privés d'une chance de ne pas faire naître un enfant anormal en procédant à une IVG²¹⁰⁷. La perte de la chance d'interrompre une grossesse peut avoir comme cause un défaut d'information de la part de la praticienne ou une autre faute de la doctoresse (faute de diagnostic²¹⁰⁸) ou d'une tierce personne (erreur commise par un labora-

²¹⁰¹ RÖETSCHI, p. 1364. Pour la situation en droit étranger, voir KOLLER (n° 113 ss). Le *Bundesgerichtshof* s'est posé la même question dans ses arrêts du 10 mars 1981, 34 NJW (1981) p. 2204, et du 2 décembre 1980, 34 NJW (1981) p. 632; voir aussi, en droit anglais, *Thake v. Maurice*, [1986] Q.B. 644, 661 (QB).

²¹⁰² RÖETSCHI, p. 1364.

²¹⁰³ ATF 1P.530/1994 du 14 décembre 1995, *A. S. u. M. S. gegen Spitalverband X.*, commenté par Heinz HAUSHEER, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 1995 und 1996*, 133 *RSJB* (1997) p. 460 s. Voir aussi KOLLER.

²¹⁰⁴ BGH du 4 mars 1997, 50 NJW (1997) p. 1640; DEUTSCH (1999), n° 277.

²¹⁰⁵ BGH du 4 mars 1997, 50 NJW (1997) p. 1640; Karlmann GEISS/Hans-Peter GREINER, *Arzt haftpflichtrecht*, 3^e éd. (München 1999), B 175.

²¹⁰⁶ Erich STEFFEN/Wolf-Dieter DRESSLER, *Arzt haftungsrecht*, 8^e éd. (Köln 1999), n° 295.

²¹⁰⁷ Cass. (civ. 1^{re}) 16 juillet 1991, *Gosse-Gardet c. Epoux David et autres*, Bull. civ. I n° 248, JCP 1992 II 21947, JCP 1991 IV 336, GP 1992 somm. 152, 83 RTDC (1984) p. 115; CA Pau 8 mars 1990, *Epoux David c. Gosse-Gardet et autres*, D 1991 somm. 357; TGI Montpellier 15 décembre 1989, *Epoux P. c. Institut X. et autres*, JCP 1990 II 21556. Pour une décision contraire, voir CE 2 juillet 1982, *Mlle R. c. Centre hospitalier de M.*, D 1984 jp. 425, GP 1983 jp. 193, Rec. CE p. 741.

²¹⁰⁸ CA Bordeaux 26 janvier 1995, *G.-G. et autres c. David et autres*, JCP 1995 IV 1568, 94 RTDC (1995) p. 863: enfant gravement handicapé par des malformations dues à une rubéole contractée par sa mère au début de sa grossesse. Une erreur de diagnostic n'avait pas permis de révéler la maladie, ce qui avait interdit à la mère de pratiquer à temps une interruption de grossesse.

toire d'analyses médicales²¹⁰⁹). Dans les trois cas, le préjudice consiste dans la privation de la chance d'interrompre la grossesse en fonction de l'information reçue sur les conditions de santé de l'enfant à naître, c'est-à-dire de prendre une décision propre à éviter un "dommage". Ainsi, lorsque les parents ont perdu la chance de prendre une décision éclairée quant au recours à un avortement thérapeutique tendant à éviter de mettre au monde une enfant malformée ou anormale, cette perte d'une chance est indemnisée en soi²¹¹⁰. Une espèce typique a été tranchée par le Tribunal de grande instance de Montpellier en 1989²¹¹¹: une femme enceinte fait effectuer un examen consistant en une amniocentèse pour déterminer le cariotype de l'enfant à naître. Dans l'hypothèse où cette enfant serait trisomique, l'intéressée est décidée à subir une IVG. A la suite d'un résultat erroné de l'examen, une enfant atteinte de mongolisme naît. Selon le Tribunal de grande instance de Montpellier, le manquement à l'obligation de moyens provenait d'une mauvaise évaluation du degré de confiance à accorder à l'examen pratiqué, compte tenu de la médiocrité de la culture cellulaire. Aux juges d'en conclure que «le dommage subi par les parents de l'enfant peut être défini comme la perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse» et de préciser que «l'admission d'un tel chef ne se heurte pas à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme»²¹¹². Cependant, jusqu'à il y a peu de temps, la naissance d'une enfant n'était pas génératrice, en elle-même, d'un préjudice²¹¹³. Il fallait qu'il s'y ajoutât un dommage particulier excédant les charges normales de la maternité, comme les troubles, pécuniaires ou moraux, dans les conditions d'existence provoqués par la naissance inattendue d'une enfant gravement handicapée²¹¹⁴.

- 533 Renvoi. – Pour une appréciation de l'opportunité d'indemniser, en droit suisse, la "chance" perdue de ne pas avoir une enfant, voir n° 540.

10.4.2 Perte de la "chance" de ne pas naître ("wrongful life")

- 534 Notion. – Cette hypothèse concerne des cas de figure analogues: mauvais traitement de la mère avant l'accouchement, faux diagnostic dans le cadre d'analyses génétiques²¹¹⁵. La demanderesse est ici l'enfant handicapée à cause d'une faute de traitement et dit en principe dans son action: «Je n'aurais pas dû naître». La distinction entre les actions

²¹⁰⁹ Cass. (civ. I^{re}) 26 mars 1996, *Perruche c. Ponnoussamy*, JCP 1996 I 3946, 95 RTDC (1996) p. 623, 95 RTDC (1996) p. 871, 9 Resp. civ. et assur. (1996) n° 231 (sur pourvoi contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 1993, D 1995 somm. 99).

²¹¹⁰ Cass. (civ. I^{re}) 2 mars 1994, *Mutuelles du Mans Assurances IARD et autre c. Dame Y.*, 7 Resp. civ. et assur. (1994) n° 220; CA Versailles 8 juillet 1993, *François Rolet c. Epoux Ramtoul et autres*, D 1995 somm. 98, GP 1994 jp. 149 (non-information d'un risque de trisomie ce qui a eu pour conséquence que la mère était privée d'une chance de se faire avorter); CA Paris 17 février 1989, *Mme Griperi c. Warlin et autres*, D 1989 somm. 316, admettant une réparation partielle.

²¹¹¹ TGI Montpellier 15 décembre 1989, *Epoux P. c. Institut X. et autres*, JCP 1990 II 21556.

²¹¹² JCP 1990 II 21556. Voir aussi CE 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c. Epoux X.*, D 1999 somm. 60, D 1998 somm. 294. L'article 2 CEDH reconnaît le droit de toute personne à la vie.

²¹¹³ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1437. Voir, par exemple, Cass. (civ. I^{re}) 25 juin 1991, *Mlle X. c. Y.*, D 1991 jp. 566, JCP 1992 II 21784. Comparer, pour la situation en droit allemand, Thomas P. STÄHLER, *Arzthaftung in der Bundesrepublik Deutschland - Deutsche höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Schadensbegriff im Zusammenhang mit der Geburt eines ungewollten Kindes*, 94 RSJ (1998) p. 382.

²¹¹⁴ CA Paris 17 février 1989, *Mme Griperi c. Warlin et autres*, D 1989 somm. 316.

²¹¹⁵ Carl STOLKER, *Wrongful Life: The Limits of Liability and Beyond*, 43 *International and Comparative Law Quarterly* (1994) p. 521.

pour "wrongful life"²¹¹⁶ et celles pour "wrongful birth" n'est pas toujours faite de façon rigoureuse²¹¹⁷. Rarement, un droit d'action pour "wrongful life" est reconnu à l'enfant elle-même. Le présent travail s'intéresse en outre uniquement à l'hypothèse où l'enfant a été privée, par la faute de la doctoresse ou d'une tierce personne (par exemple un laboratoire d'analyses médicales) de la possibilité de ne pas naître.

535 Situation actuelle. – La jurisprudence suisse ne s'est jamais prononcée sur la question de la reconnaissance d'un tel droit d'action à l'enfant elle-même.

536 Autres pays. – En Allemagne, des actions pour "wrongful life" ont en général été rejetées, en considérant que dans ces cas une responsabilité au sens juridique du terme n'était plus envisageable²¹¹⁸. En Grande-Bretagne aussi, une telle action a été rejetée²¹¹⁹. Aux Etats-Unis, où la majorité de ces actions concernent des fautes dans les analyses génétiques, ces demandes n'ont pas plus de succès²¹²⁰. Seulement quatre Etats ont reconnu un droit d'action indépendant à l'enfant²¹²¹, mais dans deux cas l'action des parents était déjà prescrite, de sorte que la solution par le biais du droit d'action de l'enfant

²¹¹⁶ Black's Law Dictionary, 6^e éd. (St. Paul 1990), p. 1613, définit "wrongful life" de la façon suivante: «Refers to type of medical malpractice claim brought on behalf of a child born with birth defects, alleging that the child would not have been born but for negligent advice to, or treatment of, the parents». Voir, en détails, Thomas M. MANNSDORFER, *Pränatale Schädigung – Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen*, thèse (Freiburg 2000), n° 924, 931 ss.

²¹¹⁷ TOBLER/STOLKER, p. 1155; RÜETSCHI, p. 1359.

²¹¹⁸ BGH 18 janvier 1983, 38 JZ (1983) p. 450; les faits à la base de cette affaire sont très semblables à ceux qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation française du 26 mars 1996 (n° 538), mais contrairement à cette dernière qui a indemnisé la perte d'une chance de ne pas naître, le *Bundesgerichtshof* a rejeté la demande de l'enfant. Pour la doctrine, voir Eduard PICKER, *Schadensersatz für das unerwünschte Kind ("Wrongful birth")*, 195 AcP (1995) p. 483 ss; Eduard PICKER, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben: "Wrongful life"* (Tübingen 1995). D'un avis contraire DEUTSCH (1999), n° 278. Voir aussi OGH 25 mai 1999, 121 JBL (1999) p. 593 ss: «Der Senat teilt die Bedenken gegen die Annahme, die Geburt eines gesunden, jedoch unerwünschten Kindes sei ein Schaden. Der Fall der Geburt eines überaus schwer behinderten Kindes, der den Eltern eine besonders schwere, ihr Leben einschneidend verändernde Belastung aufbürdet, ist jedoch mit dem Problembereich der bloss fehlgeschlagenen Familienplanung nicht vergleichbar. In einem solchen Fall kann es nicht ohne weiteres als ausgeschlossen angesehen werden, aus der unterlassenen Abtreibung Schadenersatzansprüche abzuleiten. [...] Ein Schadenersatzanspruch des Kindes gegen den Arzt für die unerwünschte eigene Existenz ("wrongful life") wird in Übereinstimmung mit dem deutschen BGH abgelehnt».

²¹¹⁹ *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] QBD 1166 (QB). D'un avis contraire, Tony WEIR, *Wrongful life – Nipped in the Bud*, 41 CLJ (1982) p. 225 ss. En Grande-Bretagne, le droit d'action de l'enfant est même exclue de par la loi lorsque le handicap est dû à un fait imputable à la mère (*Congenital Disabilities Act 1976* Ch. 28 Sec. 1 [1]).

²¹²⁰ *Bader v. Johnson*, 732 N.E.2d 1212 (Ind. 2000); *Cowe v. Forum Group, Inc.*, 575 N.E.2d 630 (Ind. 1991); *Proffitt v. Bartolo*, 412 N.W.2d 232 (Mich. 1987); *Ellis v. Sherman*, 515 A.2d 1327 (Pa. 1986); *Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E.2d 849 (Ill. 1963). Selon TOBLER/STOLKER (p. 1155), la doctrine américaine cherche depuis des années des solutions dogmatiques pour faire changer la pratique restrictive (voir, par exemple, Anthony JACKSON, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, 17 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal* [1995] p. 535 ss).

²¹²¹ *Viccaro v. Milunsky*, 551 N.E.2d 8 (Mass. 1990); *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755 (N.J. 1984); *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 656 P.2d 483 (Wash. 1983); *Turpin v. Sortini*, 182 Cal. Rptr. 337 (Cal. 1982).

était le seul moyen pour accorder des dommages-intérêts aux familles concernées²¹²². Dans toutes ces décisions, ce n'est cependant jamais l'ensemble de l'entretien de l'enfant, mais seulement les frais supplémentaires dus au handicap qui ont été indemnisés. RÜETSCHLI signale en outre l'Israël comme seule autre juridiction reconnaissant le droit d'action de l'enfant elle-même²¹²³.

- 537 **Jurisprudence française.** – Pendant longtemps, le fait d'être née ne pouvait pas être invoqué par l'enfant elle-même comme préjudice réparable car

«si un être humain, dès sa conception, est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de la vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques»²¹²⁴.

Une enfant ne pouvait donc se plaindre des tares dont elle était affectée faute, pour sa mère, d'avoir décidé ou d'avoir pu décider une IVG²¹²⁵. Le Conseil d'Etat a rappelé cette position avec fermeté dans un arrêt du 14 février 1997²¹²⁶. Or, la Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le même jour en 1996, a fait sauter ce verrou ontologique en consacrant la possibilité d'une action pour «*wrongful life*»²¹²⁷.

- 538 Dans la première espèce²¹²⁸, des époux viennent consulter, en 1982, un professeur de médecine sur le risque éventuel pour le couple d'avoir une enfant atteinte de troubles neurologiques identiques à ceux du père porteur d'un déficit des membres inférieurs. Le médecin donne un conseil génétique favorable. En 1987, la femme met au monde un enfant atteint d'un handicap semblable à celui du père. Sur la demande des parents, une cour d'appel retient la responsabilité du médecin qu'elle condamne à réparer tant le préjudice de l'enfant que celui des parents. Dans les deux cas, la Cour de cassation admet que l'enfant puisse obtenir réparation du préjudice subi et, ainsi, de la perte d'une chance, non plus de survivre, mais, tout au contraire, de ne pas vivre²¹²⁹.
- 539 Dans la deuxième espèce, qui reviendra devant la Cour de cassation quatre ans plus tard²¹³⁰, les faits suivants se trouvent à la base de la demande en dommages-

²¹²² *Viccaro v. Milunsky*, 551 N.E.2d 8 (Mass. 1990); *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755 (N.J. 1984).

²¹²³ David RÜETSCHLI, «Wrongful Life» – die französische Sichtweise, 2 *FamPrach* (2001) p. 269.

²¹²⁴ CA Bordeaux 26 janvier 1995, *G.-G. et autres c. David et autres*, JCP 1995 IV 1563, 94 RTDC (1995) p. 863 (enfant gravement handicapé par des malformations dues à une rubéole contractée par sa mère dès le début de sa grossesse).

²¹²⁵ CA Paris 17 décembre 1993, *Dr Ponnoussamy c. époux Perruche*, GP 1994 jp. 147; CA Versailles 8 juillet 1993, *François Rolet c. Epoux Ramtahal et autres*, GP 1994 jp. 149, D 1995 somm. 98; TGI Montpellier 15 décembre 1989, *Mme Griperl c. Warlin et autres*, JCP 1990 II 21556.

²¹²⁶ CE 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c. Epoux Q.*, D 1999 somm. 60, D 1998 somm. 294.

²¹²⁷ Voir cependant déjà l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1991 (note 318) qui avait condamné un médecin pour avoir fait perdre à une enfant la chance de ne pas naître malformée (dûment informée, la mère aurait pu se faire vacciner).

²¹²⁸ Cass. (civ. 1^{re}) 26 mars 1996, *Malpuech et autre c. Epoux Reymard*, Bull. civ. I n° 155, D 1997 jp. 35, JCP 1996 I 3946 n° 6, JCP 1996 I 3985 n° 19 ss, 95 RTDC (1996) p. 625. Voir aussi M.A. HERMITTE, Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés, GP 1997 doc. 1403.

²¹²⁹ LE TROUVEAU/CADIET, n° 1438.

²¹³⁰ Cass. (ass. plén.) 17 novembre 2000, *Epoux Perruche c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autre*, JCP 2000 II 10438. Voir aussi David RÜETSCHLI, «Wrongful Life» – die französische Sichtweise, 2 *FamPrach* (2001) p. 266 ss.

intérêts: une femme qui attend un enfant présente des symptômes qui font penser à la rubéole. Connaissant les graves risques de malformation qui menacent l'enfant en pareil cas, elle fait savoir que si elle est atteinte de cette maladie, elle aura recours à l'IVG. Des fautes de son médecin et du laboratoire chargé de procéder à un séro-diagnostic, lui font croire qu'elle est immunisée. Or, c'est bien de la rubéole qu'elle est frappée et, peu après la naissance de l'enfant, il apparaît que celui-ci est atteint de troubles gravissimes, notamment neurologiques et sensoriels. Il restera handicapé toute sa vie. Contre le médecin et le laboratoire, les parents intentent une action relative à leur propre préjudice (qui aboutira à une condamnation), et une autre exercée au nom de l'enfant, qui tend à la réparation du préjudice de ce dernier. A cette seconde demande, le tribunal de première instance fait droit, mais, sur ce point, sa décision est infirmée par la Cour d'appel de Paris, au motif suivant: «le préjudice de l'enfant n'est pas en relation de causalité avec les fautes commises» et «des séquelles dont il est atteint ont pour seule cause la rubéole que lui a transmise *in utero* la mère». Cet arrêt est cassé, le 26 mars 1996, par la Haute Cour²¹³¹ au motif «qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption volontaire de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère». L'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel d'Orléans qui, refusant de s'incliner, déclare que «l'enfant [...] ne subit pas de préjudice réparable en relation avec les fautes commises par le laboratoire [...] et le docteur [...]»²¹³². On revient devant la Cour de cassation, obligatoirement réunie, du fait de la «rébellion» de la cour d'appel de renvoi, en Assemblée plénière. En visant les articles 1165 et 1382 CCF²¹³³, l'Assemblée plénière décide:

«dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues»²¹³⁴.

²¹³¹ Cass. (civ. 1^{re}) 26 mars 1996, *Peruche c. Ponnoussamy*, Bull. civ. I n° 156, D 1997 jp. 35, D 1997 somm. 322, JCP 1996 I 3946 n° 6, JCP 1996 I 3985 n° 19, 95 RTDC (1996) p. 623 ss, 95 RTDC (1996) p. 871, JCP 1997 I 4045 n° 7 (sur pourvoi contre l'arrêt rendu par la CA Paris le 17 décembre 1993, D 1995 somm. 99).

²¹³² Cette cour a énoncé que dès lors que le dommage peut avoir une autre cause que la faute constatée, cette faute ne peut être censée constituer la *conditio sine qua non* de la perte de chance, à savoir la perte de chance d'éviter les conséquences de la rubéole contractée par la mère en début de grossesse. On notera cependant que la Cour de cassation dans son arrêt du 26 mai 1996 ne s'était pas fondée sur le concept de la perte de chance pour prononcer sa cassation.

²¹³³ L'article 1165 CCF a la teneur suivante: «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121». Pour la teneur de l'article 1382, note 327.

²¹³⁴ Cass. (ass. plén.) 17 novembre 2000, *Epoux Perruche c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autre*, JCP 2000 II 10438. Par trois arrêts du 17 juillet 2001, l'Assemblée plénière a réaffirmé le principe selon lequel une enfant née avec un handicap devait être indemnisée dès lors qu'en raison d'une faute médicale sa mère n'a pu recourir à l'avortement afin d'éviter sa naissance. Dans deux affaires jugées le 28 novembre 2001, l'Assemblée plénière a cependant cantonné la portée de son arrêt très controversé du 17 novembre 2000. En janvier 2002, un amendement gouvernemental a été adopté qui stipule que l'on ne peut pas se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. Une enfant née handicapée du fait d'un acte médical a cependant toujours le droit d'obtenir une in-

La procédure a été accompagnée par une vive émotion collective et a provoqué un débat très animé dans la communauté des juristes²¹³⁵. LE TOURNEAU/CADIET estime que le préjudice ne pouvait consister dans le fait d'être née handicapée car ce handicap ne résultait pas des fautes médicales commises. Ils arrivent à la conclusion que le préjudice ne pouvait consister que dans le fait d'avoir été privée de la possibilité de ne pas naître²¹³⁶.

- 540 **Appréciation.** – L'applicabilité de la théorie de la perte d'une chance dans les cas de responsabilité pour "*wrongful life*" ou "*wrongful birth*" ne dépend pas de considérations propres à cette théorie. Elle résulte par contre de la réponse de notre système juridique à la question de savoir si nous voulons ou non admettre que l'on qualifie la naissance d'un enfant non désirée (avec ou sans malformations) comme préjudice réparable. Si nous répondons par l'affirmative, la perte d'une chance d'interrompre une grossesse devrait être indemnisée également en suivant les exemples que donne la jurisprudence française²¹³⁷. Si, par contre, nous répondons par la négative, la théorie de la perte d'une chance aboutit à un résultat où les dommages-intérêts équivalent à zéro. En effet, même si l'on considère que la perte d'une chance est un préjudice indépendant du préjudice final (la naissance de l'enfant non désirée), le fait que la valeur de la chance perdue est calculée en fonction du préjudice final (qui serait donc, d'un point de vue juridique, égal à zéro) aurait comme conséquence que la valeur de cette chance perdue serait aussi égale à zéro (n° 564 ss). Cette problématique soulève des questions philosophiques et anthropologiques très intéressantes qui dépassent malheureusement le cadre de ce travail. Une partie de la doctrine estime en effet que l'indemnisation de la perte d'une chance en relation avec les actions pour "*wrongful birth*" supposerait que l'on reconnaisse un droit subjectif de la personnalité du fœtus de naître ou de ne pas naître. On reprocherait dans ces actions aux doctresses n'ayant pas diagnostiqué la maladie d'avoir fait perdre une chance de ne pas naître, une sorte de droit à l'euthanasie prénatale²¹³⁸. Il s'agirait donc d'un droit de l'individu "de ne pas naître s'il n'est pas conforme"²¹³⁹. Quoi qu'il en soit, il est dans tous les cas difficile de comprendre pourquoi un handicap

demnisation. Il doit, pour cela, établir que la faute médicale a directement provoqué ou aggravée le dommage ou qu'elle l'a empêché d'être atténué. La faute de la doctresse pourra toujours être invoquée lorsque la mère, n'ayant pas été informée du handicap, n'aura pu prendre en compte la possibilité d'une interruption thérapeutique de grossesse.

²¹³⁵ Voir surtout le texte publié dans le journal *Le Monde* du 24 novembre 2000, accompagné des signatures de nombreuses professeures et chercheuses. Voir aussi Muriel FABRE-MAGNAN, Avortement et responsabilité médicale, 100 *RTDC* (2001) p. 285 ss; D 2000 point de vue III; D 2000 forum V; Gérard MEMETEAU, L'action de vie dommageable, *JCP* 2000 I 279; note de F. CHABAS sous Cass. (ass. plén.) 17 novembre 2000, *Epoux Perruche c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autre*, *JCP* 2000 II 10438; notes de D. MAZEAUD et P. JOURDAIN, D. 2001 jp. 332 ss et 336 ss; Laurent AYNES, Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation, D 2001 chron. 492 ss; Y. SAINT-JOURS, Handicap congénital – Erreur de diagnostic prénatal – Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt «P...» du 17 novembre 2000), D 2001 chron. 1263 ss; Jacques MESTRE/Bertrand FAGES, 100 *RTDC* (2001) p. 149 ss; Aline TERRASSON DE FOUGERES, Pénurie le jour qui me vit naître, 37 *RTDSS* (2001) p. 1 ss.

²¹³⁶ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1438.

²¹³⁷ David RUETSCHI ("*Wrongful Life*" – die französische Sichtweise, 2 *FamPra.ch* [2001] p. 274) approuve également la solution de l'arrêt du 17 novembre 2000 de la Cour de cassation.

²¹³⁸ LE TOURNEAU/CADIET, n° 1438.

²¹³⁹ J. HAUSER, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 26 mars 1996, *Perruche c. Pomoussamy*, 95 *RTDC* (1996) p. 871.

devrait donner lieu à réparation uniquement s'il est subi après la naissance et non pas quand il trouve son origine dans une faute commise par une tierce personne pendant la grossesse.

10.4.3 Perte d'une chance de longévité ou de vie

541 Hypothèses. - Si la vie est un bien juridique jouissant d'une protection absolue (art. 10 Cst. féd.)²¹⁴⁰, son abrégement par un comportement fautif imputable à une tierce personne pourrait théoriquement justifier une indemnité pour la perte de la chance de vivre plus longtemps²¹⁴¹. Cette situation peut se présenter dans deux hypothèses. D'abord, la victime, survivante, pourrait en principe demander elle-même une compensation pour l'abrégement de sa vie qu'entraînent les lésions corporelles causées par l'accident. Ensuite, l'abrégement de la vie pourrait théoriquement donner lieu à une indemnité quand celle-ci est demandée par les héritières, la victime étant morte des suites de l'accident.

542 Jurisprudence française: victime directe. - A la différence d'autres systèmes juridiques qui indemnisent spécialement la perte d'une espérance de vie ("*loss of expectation of life*")²¹⁴² ou le dommage résultant de la mort elle-même ("*pretium mortis*")²¹⁴³, le droit français se montre généralement assez restrictif²¹⁴⁴. En principe, il n'admet pas l'indemnisation de ce dommage²¹⁴⁵ sauf à tenir compte de la perte de l'espérance de vie dans le calcul de l'indemnité allouée pour compenser l'incapacité permanente. Un arrêt de la Cour de cassation de 1967 semble constituer une exception à la réticence générale:

«Mais attendu que l'arrêt, se fondant sur l'expertise médicale, constate que le jeune homme avait subi une splénectomie et que l'ablation de la rate entraînait inéluctablement un raccourcissement important de la vie; qu'il énonce que la victime avait ainsi encouru le risque d'une moindre longévité et reconnaît, à bon droit, un caractère certain au dommage dont, à raison de ce risque, il était demandé réparation; - Attendu qu'en tenant compte, pour fixer l'indemnité, du préjudice ainsi subi et déduit des circonstances de l'espèce, la cour d'appel n'a pas encouru les reproches du pourvoi»²¹⁴⁶.

Même si la Cour de cassation n'a pas mentionné expressément la perte d'une chance de longévité, on voit mal comment on pourrait interpréter cet arrêt dans un autre sens. La décision qui n'a d'ailleurs suscité aucun commentaire de la part de la doctrine paraît pourtant constituer un arrêt isolé.

²¹⁴⁰ HONSELL (2000), § 2 n° 3 ss. Voir aussi § 823 BGB (note 543).

²¹⁴¹ Paul ESMEIN, Le prix d'une espérance de vie, D 1962 chron. 151.

²¹⁴² Harvey MCGREGOR, Personal Injury and Death, in: A. Tunc (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI: Torts, chap. 9, n° 161 ss. Il s'agit principalement des pays du *Commonwealth* britannique. Le droit anglais lui-même s'est montré fluctuant sur ce point. Voir aussi VINEY/MARKESINIS, n° 45.

²¹⁴³ Sur l'admission par la jurisprudence italienne de l'indemnisation d'un préjudice semblable, appelé "dommage biologique" ou "dommage à la santé" qui tient compte de toute diminution de l'intégrité psychophysique d'une personne, voir Anna DE VITA, Chronique de jurisprudence italienne, 95 *RTDC* (1996) p. 271.

²¹⁴⁴ VINEY/JOURDAIN, n° 265.

²¹⁴⁵ Sur le *pretium doloris*, voir LE TOURNEAU/CADIET, n° 1583; P. ESMEIN, note sous Cass. (civ. 2^e) 21 décembre 1965, *Dame Coutaud et autres c. Petit et autres*, D 1966 jp. 181. Voir, pour la jurisprudence québécoise qui va dans le même sens, Jean-Louis BAUDOUIN, Chronique de droit civil québécois, 76 *RTDC* (1978) p. 226.

²¹⁴⁶ Cass. (civ. 2^e) 13 mars 1967, *Ascani et Marini c. Daboussy*, D 1967 jp. 591.

543 Jurisprudence française: victime indirecte. — L'espèce suivante a soulevé la question de savoir si la victime indirecte pouvait obtenir une indemnité pour les chances de longévité perdues par la défunte: une femme, victime d'un accident de voiture, décède quelques jours après l'accident des suites de ses blessures. L'automobiliste fautif est condamné pour homicide involontaire et est déclaré entièrement responsable des conséquences dommageables de l'accident. La Cour d'appel de Rennes a alloué aux héritières, qui s'étaient constituées parties civiles, des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral et matériel subi personnellement par elles et découlant directement de l'accident. Le tribunal a par contre rejeté la demande d'indemnisation visant à la réparation du préjudice qui, selon les demandresses, serait résulté de la perte d'une chance de vie subie par la défunte du fait de l'accident. Les juges de la cour d'appel rejettent cette demande en disant qu'avant la mort de la victime, moment où s'est réalisée la perte d'espérance de vie dont les héritiers font état, aucun droit à indemnité n'était entré dans le patrimoine de dame Carnet et n'avait pu être transmis à sa succession. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence en se basant sur les mêmes motifs²¹⁴⁷.

544 Appréciation. — L'indemnisation de la perte d'une chance de longévité ne se justifie pas, car la condition du caractère aléatoire de l'enjeu total (n° 369 ss) fait défaut. C'est même l'enjeu total entier qui manque car la vie en tant que telle ne constitue pas un enjeu susceptible de donner lieu à une réparation au titre de la perte d'une chance. La situation de la personne qui n'a plus que des chances de ne pas mourir n'est pas la même que celle de la personne qui a des chances de mourir. L'accident ne supprime pas une "chance de vie" et le préjudice de la perte d'une chance se confond dans ces espèces avec le préjudice final, le décès²¹⁴⁸. Comme la victime directe ne dispose ainsi pas d'une chance de vie dans son patrimoine avant son décès, les victimes indirectes ne peuvent pas non plus recueillir ce droit dans leur succession.

10.4.4 Perte d'une chance par une faute concomitante de la victime

545 Problème. — Parfois, la victime se prive elle-même d'une chance. L'exemple typique dans le domaine de la responsabilité médicale est celui de la patiente refusant un traitement qui s'imposerait "objectivement" pour sa guérison ou sa survie. Dans cette hypothèse, il se pose la question de savoir si la victime qui se prive elle-même d'une chance de guérison ou de survie doit se laisser imputer son comportement par une réduction de l'indemnité que lui devra la responsable.

546 Jurisprudence française. — Dans une affaire qui a été tranchée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, la victime d'un accident a refusé de se soumettre à une opération qui ne présentait aucune contre-indication et qui aurait probablement eu un effet bénéfique important sur son état de santé²¹⁴⁹. La Cour de cassation a estimé que «les juges sont sans pouvoir pour imposer à la victime une opération à laquelle celle-ci refuse de se prêter et qu'ils ne sauraient dès lors, en se fondant sur ce refus, modérer des

²¹⁴⁷ Cass. (crim.) 30 octobre 1979, *Consorts Carnet*, Bull. crim. n° 299, D 1980 ir. 409, JCP 1980 IV 15.

²¹⁴⁸ Christian LARROUMET, *Responsabilité civile*, D 1980 ir. 409.

²¹⁴⁹ Cass. (crim.) 3 juillet 1969, *Pourpour c. Reynaud*, JCP 1970 II 16447, 67 RTDC (1969) p. 782. Voir aussi Paul-Julien DOLL, Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, JCP 1970 I 2351.

dommages-intérêts accordés, sans violer le principe selon lequel le préjudice souffert par la victime doit être intégralement réparé». Cet arrêt a été unanimement interprété comme l'affirmation, par cette formation de la Cour de cassation du moins, d'un principe: le refus par la victime de subir une opération destinée à améliorer son état ne saurait jamais être fautif. En conséquence, un tel refus n'était pas de nature à diminuer le montant de l'indemnité due par la responsable²¹⁵⁰. Dans une deuxième affaire, également décidée par la chambre criminelle²¹⁵¹, la victime, chauffeur de poids lourd à Neuchâtel, est décédée à l'hôpital-hospice de Pontarlier des suites d'un accident de la route. L'automobiliste imprudent a été poursuivi et condamné du chef d'homicide involontaire. Au cours de son hospitalisation, la victime, témoin de Jéhovah, a refusé, en raison de ses convictions religieuses²¹⁵², de subir certains traitements appropriés à son état. Tout le personnel de l'hôpital a pourtant insisté pour faire une transfusion sanguine massive, en prévenant le blessé, ainsi que son entourage, de la certitude du décès s'il n'acceptait pas. Le chirurgien-chef a déclaré que le patient aurait vu ses chances de survie considérablement augmentées, s'il n'avait pas refusé, ainsi que son épouse et son entourage, les transfusions sanguines nécessaires pour son état. La veuve s'est constituée partie civile et a sollicité d'importants dommages-intérêts. Tout en déclarant le prévenu seul responsable, le Tribunal de grande instance de Besançon, tenant compte du comportement fautif de la victime, attitude qualifiée de privation d'une chance de survie, a diminué les indemnités, sans pour autant mentionner le pourcentage de réduction pris en considération dans ses calculs. La Cour d'appel de Besançon n'a pas suivi ce raisonnement et a laissé à la charge du responsable l'ensemble des conséquences patrimoniales de l'accident. Sur pourvoi du condamné, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a mis à néant la décision de la cour d'appel en disant que les juges d'appel ont omis de rechercher si la victime avait pu, par sa faute, se priver d'une chance d'amélioration ou de survie, en n'acceptant pas sciemment les soins que nécessitait son état. Cette faute de la victime devait, selon la Cour de cassation, être retenue pour la réparation du préjudice subi lorsque ce refus a concouru à la réalisation du dommage. La chambre criminelle a ainsi laissé un tiers de la responsabilité à la charge de la victime.

547 Appréciation. - La question de savoir si la patiente commet une faute en refusant un traitement qui aurait, très vraisemblablement, amélioré son état est délicate²¹⁵³. Il ne suf-

²¹⁵⁰ Voir aussi Cass. (civ. 2^e) 13 janvier 1966, *Jean Sage c. Jean Barbaglia*, GP 1966 jp. 375, 64 RTDC (1966) p. 806; TGI Laval 13 février 1967, *Mlle L. c. J. et H.*, D 1968 jp. 39, 66 RTDC (1968) p. 376.

²¹⁵¹ Cass. (crim.) 30 octobre 1974, *Tollé*, Bull. crim. n° 308, GP 1975 jp. 67, D 1974 ir. 214, JCP 1975 II 18038, 73 RTDC (1975) p. 107, 73 RTDC (1975) p. 712. Voir aussi l'arrêt de la cour de renvoi, qui se rallie entièrement à la position de la Cour de cassation, CA Lyon 6 juin 1975, *Tollé c. veuve Dispena*, GP 1975 jp. 610.

²¹⁵² Les témoins de Jéhovah excluent toute intervention médicale impliquant une transfusion sanguine. Ce faisant, ils s'appuient sur les textes bibliques suivants (dans la traduction oecuménique, 5^e éd. [Paris 1994]): «C'est une loi immuable pour vous d'âge en âge, où que vous habitiez: tout ce qui est graisse et tout ce qui est sang, vous n'en mangerez pas» (Lévitique III-17) et «L'Esprit saint et nous-mêmes, nous avons en effet décidé de ne vous imposer aucune autre charge que ces exigences inévitables: vous abstenir des viandes de sacrifice païens, du sang, des animaux étouffés et de l'immortalité» (Actes des Apôtres XV-28 et 29).

²¹⁵³ Voir notamment, en droit français, Georges DURY, La faute de refuser une transfusion sanguine, 73 RTDC (1975) p. 712; Georges DURY, La faute de ne pas se soumettre à une transfusion sanguine, 73 RTDC (1975) p. 107; L. MORGEON, note sous Cass. (crim.) 30 octobre 1974, *Tollé*, JCP 1975 II 18038.

fit en effet pas qu'une chance ait été perdue, mais encore faut-il pouvoir le reprocher à celle qui a négligé de la saisir, autrement dit, il faut que la perte de cette chance constitue une faute concomitante. L'objection provient de la liberté personnelle qui englobe le droit de chacune de disposer de son propre corps (art. 10 Cst. féd.) auquel s'ajoute, dans le cas du refus d'une transfusion sanguine par une témoin de Jéhovah par exemple, la liberté constitutionnelle de conscience et de croyance (art. 15 Cst. féd.). Selon le Tribunal fédéral, la liberté personnelle contient le droit de n'être pas soumis, contre son gré, à une opération chirurgicale, à une vaccination, voire à une simple prise de sang²¹⁵⁴. Réalisées de façon forcée, de telles atteintes ne sont admissibles que si elles reposent sur une base légale suffisante, répondent à un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité. L'application de ces libertés fondamentales trouve cependant ses limites dans l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC). La victime a en outre une incombance de réduire le dommage ("*Schadenminderungsobliegenheit*"). Une faute concomitante de la victime consistant dans l'aggravation ou la non-diminution du dommage peut ainsi conduire à une réduction des dommages-intérêts selon l'article 44 I CO. L'exercice des droits constitutionnels mentionnés peut donc constituer une faute concomitante de la victime²¹⁵⁵. L'abus est particulièrement net lorsque l'intervention thérapeutique refusée est bénigne, ce qui est (en principe²¹⁵⁶) le cas d'une transfusion sanguine et d'un certain nombre d'interventions courantes et normalement dépourvues de risque. Dès lors, les tribunaux devraient tenir compte, lors de la fixation de l'indemnisation, du rôle que la victime a joué dans la réalisation de son préjudice définitif²¹⁵⁷. Si on part de l'idée que le refus de subir un traitement ou une opération chirurgicale de nature à améliorer l'état de la victime peut présenter un caractère fautif lorsque l'acte médical en cause n'est susceptible de causer ni danger ni douleur sérieux²¹⁵⁸, rien ne s'oppose à tenir compte, lors de la fixation de l'indemnité, du fait que la victime s'est privée elle-même d'une chance de guérison ou de survie²¹⁵⁹. La même solution s'impose aussi pour le droit suisse.

²¹⁵⁴ ATF 124 I 80, 112 la 248 [249], 98 la 408 [414 s.].

²¹⁵⁵ REV, n° 402.

²¹⁵⁶ L'épisode du sang contaminé a cependant illustré le contraire.

²¹⁵⁷ Une autre question est celle de savoir si la doctoresse commet une faute quand elle pratique, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique, les actes indispensables à la survie de la patiente, fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celle-ci de le refuser pour quelque motif que ce soit. La Cour administrative d'appel de Paris devait résoudre ce problème pour la première fois dans une affaire où un médecin avait pratiqué une transfusion sanguine vitale, alors que le patient, témoin de Jéhovah, avait clairement manifesté par écrit son refus de subir cet acte médical. Ce tribunal a considéré que le comportement du médecin n'était pas fautif (CAA Paris 9 juin 1998, *Mme Sėnanayake et Mme Donyoh* [2 espèces], D 1999 jp. 277, 115 RDP [1999] p. 235, JCP 1999 I 128, 14 RFD adm. [1998] p. 1231).

²¹⁵⁸ Voir déjà Cass. (req.) 15 février 1910, *Guerry c. Bourseau*, DP 1911 I 303: «Une aggravation d'incapacité ne constitue pas une base légale à l'action en révision, si elle n'est pas la conséquence normale de l'évolution du traumatisme, mais a pour cause la négligence de l'ouvrier et son refus injustifié de se prêter à une opération. ... Alors, du moins, qu'il s'agit d'une opération tout à fait bénigne, insignifiante et sans danger aucun»; Cass. (civ.) 25 février 1941, *Dame veuve Meunier c. Société lyonnaise de textiles et L'Union industrielle*, D 1941 jp. 147.

²¹⁵⁹ Pour un résultat analogue, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Janiak v. Ippolito* (n° 217) où le caractère fautif du comportement de la victime a été basé sur une violation de son devoir de limiter le préjudice ("*duty to mitigate the loss*").

10.5 Résumé et conclusion

- 548 Perte d'une chance en tant que dommage actuel.** – En ce qui concerne le domaine du contentieux, la perte d'une chance pourrait sans aucun problème être introduite en droit suisse. L'indemnisation des chances perdues dans le cadre d'une procédure telle qu'elle est pratiquée dans presque tous les systèmes juridiques examinés permettrait de trouver des solutions plus adaptées aux aléas de la justice que les systèmes actuels du tout-ou-rien et du procès-dans-le-procès. Il est certes vrai que l'attitude restrictive du droit suisse face à l'indemnisation des dommages indirects pourrait écarter un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit français répare les chances perdues suite à la rupture de négociations contractuelles. La responsabilité précontractuelle se prêterait malgré cela à l'application de la théorie de la perte d'une chance en droit suisse. Quant aux marchés publics, une partie de la doctrine spécialisée suisse revendique également l'indemnisation de chances perdues par la soumissionnaire écartée illicitement d'une procédure d'adjudication.
- 549 Perte d'une chance en tant que dommage futur.** – L'indemnisation du dommage futur implique déjà actuellement l'estimation d'un nombre considérable de chances et de risques. Cela se vérifie notamment pour le dommage consécutif aux lésions corporelles, à savoir le manque à gagner futur et spécialement l'atteinte à l'avenir économique. Le dommage consécutif au décès se calcule également à l'aide de l'estimation de nombreuses chances (comme par exemple les chances de remariage), à l'instar de la responsabilité du droit français pour la perte par la victime directe ou indirecte d'une chance de parvenir à une situation supérieure. En revanche, du fait de leur caractère trop général, la perte de chances de succession ne mérite pas d'être réparée et les chances perdues de mener une vie normale seront mieux indemnisées en droit suisse à titre de tort moral ou d'indemnité à l'avenir économique.
- 550 Responsabilité médicale.** – A l'instar de la plupart des systèmes étrangers analysés, le droit suisse pourrait tirer avantage de l'indemnisation de chances perdues de survie et de guérison. L'introduction de la perte d'une chance se justifie en tout cas pour la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, ainsi que pour la responsabilité publique. En ce qui concerne la responsabilité pénale, par contre, le principe de la légalité des infractions interdit une prise en considération des chances perdues par voie jurisprudentielle. Il faudrait donc une intervention législative pour permettre la condamnation d'accusées pour le fait d'avoir privé une victime de chances de guérison ou de survie.
- 551 Quelques applications spécialement discutées.** – Si le droit suisse devait se décider de reconnaître un droit d'action aux parents pour *"wrongful birth"* et aux enfants pour *"wrongful life"*, la perte de la "chance" de ne pas avoir un enfant pour les parents, respectivement la perte de la "chance" de ne pas naître pour les enfants, pourrait sans autre donner lieu à réparation. En revanche, il ne se justifie pas d'indemniser la perte d'une chance de longévité ou de vie. Des dommages-intérêts peuvent par contre être réduits au sens de l'article 44 I CO lorsque la victime s'est elle-même privée d'une chance par une faute concomitante.

11 Détermination des dommages-intérêts

552 **Plan.** – Après un chapitre introductif évoquant les difficultés liées à la détermination des dommages-intérêts (11.1), la nature de l'indemnité et l'indépendance par rapport au préjudice final, les trois principales méthodes de calcul, ainsi que leurs spécificités en fonction du type de chances perdues seront présentées (11.2). Les méthodes proposées pour le calcul des dommages-intérêts découlant de la création d'un risque durable feront l'objet du chapitre suivant (11.3). Le dernier chapitre sera consacré à la question de la demande de réparation complémentaire en cas d'aggravation ultérieure du dommage final (11.4).

11.1 Introduction

11.1.1 Difficultés

553 **Existence et ampleur des chances.** – Une fois le problème d'ordre qualitatif réglé, reste alors celui de l'évaluation²¹⁶⁰. Les deux aspects sont liés puisque c'est le degré même de probabilité de la chance perdue qui, tout à la fois, en justifie la réparation, et détermine la fraction du gain espéré, ou de la perte qui n'a pu être évitée, à indemniser²¹⁶¹. L'estimation du dommage en raison de la perte d'une chance ou, en d'autres termes, la détermination de la valeur économique des chances (perdues) constitue un problème parfois délicat²¹⁶²:

«Policy considerations weigh heavily in favor of establishing a separate cause of action for compensating a loss of chance. Problems arise, however, in implementing these policies. The compensation approach sacrifices practicality in an attempt to attain mathematical accuracy»²¹⁶³.

Même les partisans de cette théorie admettent que ce problème représente, en tout cas pour les chances médicales, le «talon d'Achille» de cette méthode²¹⁶⁴:

«Der Teufel steckt auch hier wohl im Detail. Man wird sich fragen müssen, ob es wirklich regelmässig möglich ist, eine Heilungschance prozentual auszudrücken»²¹⁶⁵.

Cependant, les difficultés d'estimer le dommage et de déterminer ensuite les dommages-intérêts ne peuvent pas constituer un alibi pour ne pas attribuer d'indemnité²¹⁶⁶. Cela résulte du principe de base qui veut que lorsqu'un préjudice est suffisamment certain dans son existence, la difficulté de le chiffrer ne peut pas faire obstacle à une indemnisation (art. 42 II CO). Il s'agit ici d'un principe fondamental du droit de la responsabilité civile

²¹⁶⁰ Pour les règles générales en matière de calcul du dommage, voir HONSELL (2000), § 8.

²¹⁶¹ ENDREO/MAILLAUD, n° 8.

²¹⁶² VANSWEEVELT, n° 465 ss; ANDEL, p. 990; CARNEY, p. 362: «There is no way to arrive at an exact figure when trying to put a value on something so intangible as the loss of a chance. An exact figure simply does not exist. However, in compensating tort victims, we strive to come up with a figure that most closely resembles the injury suffered».

²¹⁶³ WOLF, p. 454.

²¹⁶⁴ AKKERMANS, p. 181.

²¹⁶⁵ DEUTSCH (1988), p. 4.

²¹⁶⁶ JANSEN, p. 293.

de tous les systèmes juridiques examinés, même si des différences mineures existent bien évidemment dans sa formulation et son champ d'application²¹⁶⁷. C'est pourquoi il est important dans le cadre de la théorie de la perte d'une chance de faire une distinction claire entre l'existence et l'ampleur des chances perdues²¹⁶⁸. C'est seulement en présence de très petites chances que ces deux aspects ne peuvent pas être entièrement distingués (n° 392 ss). En règle générale, le problème de l'évaluation est double: combien la victime avait-elle de chances? Combien valaient-elles? Ces questions sont parfois difficiles à résoudre et la juge ne dispose pas toujours de données précises pour l'évaluation de la valeur de l'enjeu total et de la probabilité qu'avait la lésée de l'obtenir ou de l'éviter. En plus, la chance pour la perte de laquelle les tribunaux accordent une indemnité, ne se serait peut-être jamais réalisée ou, au contraire, se réalisant, aurait représenté une valeur supérieure. Mais la réparation de la perte d'une chance, dans le respect des conditions strictes élaborées dans ce travail (n° 361 ss), n'est pas plus factice que l'évaluation du gain manqué, de la perte de soutien, du tort moral²¹⁶⁹ ou encore de l'influence de la faute concomitante de la victime²¹⁷⁰. Toute décision judiciaire introduit en effet dans la vie une rigidité que celle-ci n'a pas²¹⁷¹. Quoi qu'il en soit, le maintien du principe du tout-ou-rien aboutit de toute manière à des résultats plus imprécis que ceux obtenus par l'application de la théorie de la perte d'une chance (n° 306)²¹⁷². Ce problème n'est en outre pas propre à la théorie des chances perdues, mais joue un rôle dans toute forme de responsabilité proportionnelle en cas d'incertitude sur le lien de causalité²¹⁷³. Il ne s'agit pas de minimiser les difficultés liées à l'aspect quantitatif de la perte d'une chance, mais l'analyse de la jurisprudence étrangère montre que ce problème est tout à fait surmontable, notamment aussi dans le domaine du dommage à la santé²¹⁷⁴. C'est surtout dans ce contexte que des données scientifiques sur des chances et des risques sont de plus en plus disponibles, une évolution qui peut s'expliquer, entre autre, par l'essor de la théorie aux Etats-Unis²¹⁷⁵.

²¹⁶⁷ Pour la France, voir LE TOURNEAU/CADIET, n° 2507 ss. Pour la Belgique, voir VANSWEEVELT, n° 465; RONSE *e.a.*, n° 78; DIRIX, n° 21. Pour la Grande-Bretagne, voir les motifs dans *Chaplin v. Hicks*, [1911-13] All E.R. 224, 227; 228a (CA) (n° 179); MCGREGOR, n° 358. Pour le Canada, voir COOPER, p. 217. Pour l'Allemagne, voir § 287 ZPO (pour la teneur de ce paragraphe, voir note 556); Reinhard GREGER, *Zöller-Zivilprozessrecht*, 22^e éd. (Köln 2001), § 287 n° 2 s. Aux Pays-Bas, le principe trouve son expression dans une disposition analogue à l'article 42 II CO. L'article 6:97 *Burgerlijk Wetboek*, deuxième phrase, a en effet la teneur suivante: «*Kann de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat*» (Si l'étendue du dommage ne peut pas être évaluée précisément, elle est alors estimée). Pour la doctrine néerlandaise relative au principe exprimé dans cet article, voir AKKERMANS, p. 182.

²¹⁶⁸ AKKERMANS, p. 183. Voir, dans le même sens, Gerhardus Hendrik Adriaan SCHUT, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, thèse (Zwolle 1963), p. 160.

²¹⁶⁹ AKKERMANS, p. 186; VINEY/JOURDAIN, n° 279; LESOURD, p. 51; RONSE *e.a.*, n° 107; VANSWEEVELT, n° 465. Pour l'évaluation du tort moral et les tentatives doctrinales d'objectivation du calcul en droit suisse, voir REY, n° 487 ss.

²¹⁷⁰ Voir aussi Elizabeth ADENEY, *The Challenge of Medical Uncertainty: Factual Causation in Anglo-Australian Toxic Tort Litigation*, 19 *Monash University Law Review* (1993) p. 65.

²¹⁷¹ MEMETEAU (1986), p. 147; André TUNC, 60 *RTDC* (1962) p. 100.

²¹⁷² AKKERMANS, p. 186; COOPER, p. 219; KING, p. 1387; MATTHEIS (1984), p. 104.

²¹⁷³ MAKDISI, p. 1094.

²¹⁷⁴ AKKERMANS, p. 181.

²¹⁷⁵ AKKERMANS, p. 181; LEVMORE, p. 718 s.; KEETON/DOBBS/KEETON/OWEN, § 41 p. 272.

11.1.2 Nature de l'indemnité

554 Pas une indemnité symbolique. – Les jurisprudences examinées auraient pu songer à une indemnité "symbolique", représentative d'un préjudice de nature plus morale, ou psychologique, que réelle et effective²¹⁷⁶. Ce serait l'indemnisation du fait de savoir tout le reste de sa vie que l'on aurait pu vivre autrement, dans des conditions plus favorables. Ce n'est pas ce qu'ont choisi les systèmes juridiques examinés qui, de manière divergente, et souvent fluctuante, reviennent inévitablement à la considération du préjudice final pour calculer le montant de l'indemnité due à titre de la perte d'une chance²¹⁷⁷.

555 Pas un préjudice moral. – Les dommages-intérêts indemnisent une diminution involontaire du patrimoine (n° 345 ss). Le tort moral par contre est une diminution involontaire du bien-être qui correspond aux souffrances physiques et psychiques qu'éprouve la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité. Encore faut-il que ces souffrances manifestent une certaine gravité (art. 47 et 49 CO). Le but du tort moral consiste à allouer, sous la forme d'une somme d'argent déterminée, une certaine réparation pour une réduction de la joie de vivre (*pretium doloris*, "*Schmerzensgeld*")²¹⁷⁸. La douleur est ainsi "compensée" par une somme d'argent pour que la victime puisse s'offrir des agréments. Comme la chance doit être considérée comme un bien juridique dont la privation constitue une diminution du patrimoine (n° 354 ss), la perte de chances constitue un préjudice original, qui n'est pas réductible à un "simple" préjudice moral. L'analyse de tous les droits étrangers examinés confirme cette qualification du préjudice²¹⁷⁹.

11.1.3 Indépendance par rapport au préjudice final

11.1.3.1 Principe

556 Préjudice distinct. – Le préjudice consécutif à la perte d'une chance est un dommage distinct et indépendant du préjudice découlant de la perte de l'enjeu total (n° 354 ss). Pour reprendre l'hypothèse de la responsabilité médicale, il est incontesté que la doctoresse n'est pas l'auteure de la mort ou de l'invalidité permanente de la malade. Il y a donc lieu de faire une distinction entre la perte des chances de survie et les conséquences économiques découlant de la mort, ou la perte des chances de ne pas être infirme et les conséquences économiques découlant de l'infirmité. Le préjudice résultant de la faute de la doctoresse consiste donc non pas dans les conséquences économiques de la perte de la vie, mais dans la perte des chances de survie. Cela ne veut pas dire que parce que la patiente était en train de mourir, elle n'a, déjà "demi-morte", pas perdu toute la vie! En effet, la patiente possédait deux potentiels: premièrement, la vie, mais de la perte de celle-ci, on ne saura jamais la cause; deuxièmement, des chances de survie, et on sait qui est cause de leur disparition. La patiente a perdu l'une (la vie) et les autres (les chances de survie) et la difficulté est que l'on ne "voit" concrètement que la suppression de la première. Le premier "préjudice" est réel, mais il n'est pas réparable faute de lien de causalité certain; c'est la mort. Le second préjudice est une construction. Une

²¹⁷⁶ La *common law* connaît pour ce genre de situations la figure des "*nominal damages*" (n° 179, 233).

²¹⁷⁷ Mireille HEERS, L'indemnisation de la perte d'une chance, GP 2000 doc. 7.

²¹⁷⁸ HONSELL (2000), § 10 n° 2.

²¹⁷⁹ Pour le droit français, voir LE TOURNEAU/CADIET, n° 1432; HARICHAUX-RAMU, n° 66; Cass. (civ. 1^{re}) 10 janvier 1990, *Sigillo c. Mme Malle-Dupuis et autres*, Bull. civ. I n° 10, D 1991 somm. 358, D 1990 ir. 31, GP 1990 pj. 95.

construction de l'esprit, mais élaborée à partir de données réelles et quantifiables, même si l'évaluation se fait parfois, faute de mieux, *in abstracto*. Dans la stricte orthodoxie de la théorie de la perte d'une chance, il n'est que possible, qu'éventuellement, en l'absence de la faute de la doctoresse, la malade aurait conservé la vie. Mais comme elle n'avait que des chances de la conserver, le résultat de la faute n'a pu être que de supprimer ces chances.

11.1.3.2 Applications

- 557 Droits pénal et civil.** – L'analyse de la jurisprudence pénale française en matière de perte d'une chance de survie ou de guérison (n° 117 ss) montre d'abord qu'une décision sur la responsabilité pénale n'a pas autorité de la chose jugée sur ce qui peut être décidé au niveau civil à propos de la perte d'une chance. L'acquiescement de l'auteur du préjudice par les juridictions pénales n'empêche donc pas les victimes de demander réparation pour les chances perdues devant les juridictions civiles²¹⁸⁰. La même chose doit valoir en droit suisse où l'article 53 CO consacre également le principe de l'indépendance de la juge civile à l'égard du droit pénal et à l'égard du jugement pénal pour ce qui touche l'appréciation de la faute ainsi que la fixation du dommage²¹⁸¹.
- 558 Objet de la demande.** – En droit français, une deuxième manifestation de la spécificité du préjudice résultant de la perte d'une chance consiste dans le fait que l'objet de la demande portant sur le dommage corporel n'inclut pas une demande relative à la perte de chances de non-infirmité²¹⁸². La même règle procédurale se justifie pour le droit suisse. En effet, il ressort de la maxime des débats ("*Verhandlungsmaxime*") applicable au procès civil que le tribunal ne peut pas considérer la perte d'une chance, si les parties n'allèguent pas l'existence et la perte d'une chance concrète²¹⁸³.
- 559 Exclusion en matière pénale.** – Le fait que la perte d'une chance n'est acceptée par les juges pénaux françaises (n° 117 ss) et belges (n° 200) ni pour établir le lien de causalité, ni en tant que préjudice spécifique, constitue une troisième manifestation de l'indépendance de la perte d'une chance par rapport au préjudice final. Même si les juges répressives tiennent compte, pour l'appréciation du préjudice des victimes par ricochet, de simples chances qu'avait la défunte d'améliorer sa situation, elles n'ont jamais condamné, en raison du principe de la légalité, et en l'absence d'une infraction de "privation de chances de survie ou de guérison", une prévenue pour privation d'une chance de survie ou de guérison. Cela prouve bien que faire disparaître des chances de guérison ou de survie n'est pas un demi-homicide par négligence ou un cinquième de lésions cor-

²¹⁸⁰ CHABAS (1996), p. 236; J. PENNEAU, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 24 mars 1981, *Veuve Allaoui c. Dr Nemesyei*, D 1981 jp. 546: «Affirmant l'autonomie respective du lien causal existant entre la faute du médecin et le décès du patient d'une part, et du lien causal existant entre la même faute et la perte d'une chance de survie d'autre part, la décision commentée définit en effet, sans ambiguïté aucune, l'autonomie totale de ce préjudice par rapport au décès lui-même [...] Il ne peut plus être contesté que, pour la première Chambre civile, la perte de chances de guérison ou de survie constitue un préjudice spécifique totalement indépendant du préjudice final représenté par le décès ou l'invalidité du patient».

²¹⁸¹ Pour d'autres points comme la constatation du fait générateur de responsabilité et de son caractère illicite, les codes de procédure cantonaux peuvent prévoir que le jugement pénal lie la juge civile.

²¹⁸² Cass. (civ. 1^{re}) 8 juillet 1997, *M. Rocq c. M. X.*, Bull. civ. I n° 239; Cass. (civ. 1^{re}) 7 février 1990, *Jugnet c. Hérard et autre*, Bull. civ. I n° 39, D 1991 somm. 183, 91 RTDC (1992) p. 112.

²¹⁸³ VOGEL/SPOHLER, chap. 6 n° 23.

porelles graves par négligence²¹⁸⁴. C'est un autre préjudice. Cette solution excluant la perte d'une chance du domaine pénal se justifie également pour le droit suisse (n° 526 ss).

560 Incohérence de la jurisprudence sociale française. - L'article 376-1 CSSF accorde à la caisse de sécurité sociale qui a indemnisé son affiliée, un recours subrogatoire contre la tierce personne, auteur de l'accident et à laquelle les lésions subies par la victime sont imputables. Ce recours porte sur l'indemnité mise à la charge de la tierce personne qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité correspondant aux préjudices moraux²¹⁸⁵. La jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation est contradictoire quant à la question de savoir dans quelle mesure la caisse peut exercer son droit de recours dans le cas où la victime s'est vu octroyer une indemnité compensant la perte d'une chance de ne pas devenir ou rester infirme. Pour la chambre sociale, le recours est intégral²¹⁸⁶. La première chambre civile, au contraire, opère une distinction: selon elle, la chance perdue se décompose en chance de ne pas subir un dommage corporel et en chance de ne pas subir des préjudices moraux de caractère personnel. Le recours n'est alors possible que sur la part d'indemnité qui répare le premier type de préjudice²¹⁸⁷. Il apparaît donc que pour cette juridiction, et particulièrement pour la première Chambre civile, la perte d'une chance est une fraction d'invalidité, avec tous les préjudices qui en sont les composants (corporels et moraux). CHABAS estime que ce raisonnement est contraire à l'article 376-1 CSSF qui vise la lésion "imputable" à la tierce personne²¹⁸⁸. Or, selon cet auteur, si l'on parle de la perte d'une chance, c'est bien que l'on ne peut pas imputer à la tierce personne la lésion, puisque le lien de causalité entre la faute et la lésion n'est justement pas démontré. Il estime en outre que l'article 376-1 CSSF n'envisage que les hypothèses de responsabi-

²¹⁸⁴ CHABAS (1996), p. 237.

²¹⁸⁵ L'article 376-1 CSSF a la teneur suivante: «Lorsque [...] la lésion dont l'assuré social ou son ayant droit est atteint est imputable à un tiers, l'assuré ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par l'application du présent livre. [...] Si la responsabilité du tiers est entière ou si elle est partagée avec la victime, la caisse est admise à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément. De même, en cas d'accident suivi de mort, la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit leur demeure acquise».

²¹⁸⁶ Cass. (soc.) 16 novembre 1983, *Caisse régionale d'assurance maladie du Sud-Est c. M. Carsana et autres*, Bull. civ. V n° 560. Voir également Cass. (soc.) 17 décembre 1998, *CPAM de la Vienne c. Mlle Refloc'h et autres*, D 1999 ir. 64; «... déterminée en fonction de l'état réel du malade et de toutes les conséquences en découlant, la réparation du dommage résultant pour celui-ci de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité ne présente pas un caractère forfaitaire mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subis, de sorte qu'au titre des prestations qu'ils ont versées en relation directe avec le fait dommageable, les tiers payeurs peuvent exercer leur recours sur la somme allouée à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique».

²¹⁸⁷ Cass. (civ. 1^{re}) 29 juin 1999, *CPAM de la Seine-Saint-Denis c. Henry et autres; Aebi c. Marek et autres; Follet c. Friquet et autres*, JCP 1999 II 10138, D 1999 jp. 559, D 1999 somm. 395, D 1999 ir. 201, 98 RTDC [1999] p. 841 ss; Cass. (civ. 1^{re}) 18 juillet 2000, D 2000 jp. 853, D 2000 ir. 217; Cass. (civ. 1^{re}) 20 juillet 1988, *Saadoun c. Malka et autres*, Bull. civ. I n° 260, JCP 1988 IV 351, GP 1988 pj. 252, 88 RTDC (1989) p. 85.

²¹⁸⁸ CHABAS (1996), p. 235.

lité entière ou partagée avec la victime et qu'il ne s'applique pas au cas d'un "partage" avec des causes naturelles. CHABAS reproche ainsi à cette jurisprudence de faire de la différence entre l'enjeu perdu et la chance perdue une affaire de degré alors que ce serait une question de nature²¹⁸⁹. En droit suisse, c'est l'article 72 I de la loi fédérale du 8 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) qui prévoit en ce qui concerne l'assurance contre les dommages, que «[l]es prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée». Le recours de l'assurance est entre autres subordonné à la condition que l'ayant droit a contre l'auteur du dommage une prétention qui se rapporte au même objet que l'assurance (subrogation dans les mêmes postes)²¹⁹⁰. En conséquence, dès l'instant où l'assurée a contre l'auteur du dommage une prétention en dommages-intérêts pour la perte d'une chance et que l'assurance couvre également la perte d'une chance, le recours de l'assurance ne devrait pas poser de problèmes. Cette solution se justifie pour toutes les assurances, qu'elles soient privées ou publiques.

11.1.3.3 Conséquences

561 Moindre indemnité. - Lorsque le préjudice consiste en la perte d'une chance de survie, la juge n'a pas le droit de condamner la doctoresse à verser une indemnité égale à celle qui serait due si la faute de la praticienne avait réellement été la cause du décès de la malade²¹⁹¹. Le raisonnement est le même lorsque l'enjeu est autre que la survie, tel, par exemple, le gain du procès²¹⁹². La juge doit proportionner la réparation au coefficient des chances qu'avait la patiente (ou la justiciable) et qu'elle a perdues²¹⁹³. Malgré le pouvoir souverain de la juge en la matière, la somme allouée ne peut donc jamais être égale à la totalité du gain espéré (ou, autrement dit, au dommage découlant de la non-guérison ou du décès). En effet, une chance, par définition, ne peut équivaloir à un pourcentage de 100% et l'indemnité ne correspondra toujours qu'à une fraction de la valeur de l'avantage escompté²¹⁹⁴.

562 Pas de réparation partielle. - L'évaluation des chances et le calcul du préjudice se font par référence à cet autre préjudice que seraient les conséquences économiques de la mort (perte d'une chance de survie) ou de l'infirmité permanente (perte d'une chance de ne pas être infirme). La juge examine combien de chances la patiente avait de ne pas subir cet autre préjudice et elle calcule les dommages-intérêts d'après ces chances, mais en prenant pour base la somme qui aurait servi à indemniser pour le décès ou pour la perte certaine de quelque autre enjeu. C'est cette méthode qui a induit en erreur une partie des juges et des auteures françaises qui ont cru pouvoir en déduire que la perte d'une chance n'était qu'un décès "partiel" ou une infirmité diminuée, qu'il n'y aurait donc pas de différence de nature, mais seulement de degré entre infirmité et perte de chances de ne pas

²¹⁸⁹ CHABAS (1996), p. 236.

²¹⁹⁰ DESCHENAUX/TERCIER, § 38 n° 14.

²¹⁹¹ DORSNER-DOLIVET, n° 497; Cass. (civ. 1^{re}) 2 mai 1978, *Mandryka c. Epoux Franck et autres*, Bull. civ. I n° 167, JCP 1978 II 18966, JCP 1978 IV 205, D 1978 ir. 408; Cass. (civ. 1^{re}) 9 mai 1973, *Dr Fradin c. Clinique Immaculée Conception et veuve Balay*, D 1973 somm. 116, GP 1973 jp. 631, JCP 1974 II 17643; Cass. (civ. 1^{re}) 27 mars 1973, *Gonin c. Consorts Andry*, Bull. civ. I n° 460, D 1973 ir. 130, JCP 1974 II 17643, D 1973 jp. 595, GP 1973 jp. 630.

²¹⁹² Voir aussi Cass. (com.) 7 décembre 1993, *M. Leopard c. Société Oerskov-Maskinfabrik*, Bull. civ. IV n° 464.

²¹⁹³ VINEY/JOURDAIN, n° 284.

²¹⁹⁴ ENDREO/MAILLAUD, n° 8.

être infirme²¹⁹⁵. C'est comme cela que la perte d'une chance est parfois qualifiée de préjudice "intermédiaire", par opposition au préjudice final résultant de la mort ou de l'invalidité permanente de la patiente²¹⁹⁶. MEMETEAU fait également erreur en estimant que cette précision est apportée pour souligner que la perte d'une chance ne présente qu'une indemnisation partielle du dommage final²¹⁹⁷. La confusion provient en fait de ce que, pour prendre l'exemple de la perte d'une chance de survie, l'évaluation des chances (qui, perdues, seront intégralement indemnisées), ressemble à la réparation (partagée) des conséquences économiques de la mort. D'autres auteurs jugent, sans succomber à cette confusion, conceptuellement guère satisfaisant que l'on affirme d'un côté que la perte de chance est un préjudice indépendant par rapport au préjudice final en raison de sa nature même, mais qu'elle en reste dépendante au stade de l'indemnisation²¹⁹⁸. La réalité est tout autre. La juge qui répare la perte de chances de survie ne procède pas à un "partage de responsabilité" entre la doctoresse et la nature. Elle ne condamne pas la doctoresse à réparer partiellement le préjudice résultant du décès. Elle la rend responsable totalement d'un préjudice dont l'appréciation se fait par rapport à un autre préjudice, les conséquences économiques de la mort. L'indemnisation de la perte d'une chance est donc également soumise au principe universellement reconnu de la réparation intégrale (n° 274)²¹⁹⁹. Il n'y a donc pas non plus de contradiction avec le système du tout-ou-rien. L'indemnisation de l'ensemble de cette chance perdue représente justement le "tout" dans la formule²²⁰⁰.

- 563 Naissance du droit à la réparation.** — Si l'on reconnaît la perte d'une chance comme un dommage distinct du dommage final, il faudra alors logiquement considérer que le droit à la réparation naît au moment de la privation des chances. Ce moment peut exceptionnellement se situer avant le moment où la victime subit le dommage final. Dans ces cas, la question de savoir à quel moment naît le droit à la réparation peut être cruciale pour la détermination du *dies a quo* du délai de prescription. La victime pourrait dès lors parfois intenter son action en dommages-intérêts pour les chances perdues avant que le dommage final ne se réalise²²⁰¹. Cela ne pose en principe aucun problème car le dommage final ne sert pas à fonder le droit à la réparation, mais uniquement comme base de calcul. La juge appliquera alors les principes traditionnels en matière de dommage futur pour déterminer l'importance du dommage final futur. La chance doit cependant dans tous les cas être définitivement perdue (n° 401 ss). En pratique, il ne sera toutefois que très rarement le cas qu'une victime ait définitivement perdue une chance

²¹⁹⁵ Cass. (civ. 1^{re}) 18 janvier 1989, *Polyclinique de Rillieux c. Epoux Totulian*, Bull. civ. I n° 19, 25 RDSS (1989) p. 496, D 1989 ir. 32; Cass. (civ. 1^{re}) 17 mai 1988, *Société Electro Protection Service (EPS) c. Société anonyme Boston Univers*, Bull. civ. I n° 148, D 1988 ir. 160, 88 RTDC (1989) p. 83; Cass. (civ. 1^{re}) 8 janvier 1985, *Corson c. Gutmacher et autre*, Bull. civ. I n° 10, D 1986 jp. 390, 85 RTDC (1986) p. 119; Cass. (crim.) 3 novembre 1983, *Bertrand Cassagnau*, Bull. crim. n° 275; Cass. (civ. 1^{re}) 2 mai 1978, *Mandryka c. Epoux Franck et autres*, Bull. civ. I n° 167, JCP 1978 II 18966, JCP 1978 IV 205, D 1978 ir. 408; Cass. (civ. 1^{re}) 27 mars 1973, *Gonin c. Consorts Andry*, Bull. civ. I n° 460, D 1973 ir. 130, JCP 1974 II 17643, D 1973 jp. 595, GP 1973 jp. 630.

²¹⁹⁶ WERRO (1993), n° 1018.

²¹⁹⁷ MEMETEAU (1990), p. 609. Il propose l'équation suivante pour exprimer les rapports entre le préjudice final et la perte d'une chance: "réparation totale de la perte de chances = réparation partielle du dommage final" ([1986], p. 145 s.; voir également [1985], n° 790; [Montréal 1990], n° 326).

²¹⁹⁸ Mireille HEERS, L'indemnisation de la perte d'une chance, GP 2000 doc. 7.

²¹⁹⁹ VINEY/JOURDAIN, n° 284.

²²⁰⁰ Voir, en droit allemand, MÜLLER-STOY, p. 223.

²²⁰¹ KASCHE, p. 231 ss.

avant d'avoir subi le préjudice final. Cette problématique pourrait en outre aussi être appréhendée à la lumière de la responsabilité pour la création d'un risque durable (n° 449 ss).

11.2 Méthodes de calcul

11.2.1 En général

11.2.1.1 Méthode du pourcentage

564 Principe. – La reconnaissance de la chance comme intérêt digne de réparation en cas de perte requiert le développement d'une méthode appropriée pour attribuer une certaine valeur à la chance perdue²²⁰². La valeur économique de la chance est déterminée par le *dommage final* (ou *absolu*), causé par la perte de l'avantage escompté, à comparer avec le *dommage relatif*, qui consiste en la perte de la chance d'obtenir cet avantage. En d'autres termes, la juge doit faire une comparaison entre les avantages que la personne lésée pouvait attendre si la chance (de guérison ou de survie) s'était réalisée d'une part, et la probabilité de réalisation de la chance d'autre part. Pour autant que l'on fasse abstraction de l'espoir subjectif de la personne lésée, ces deux éléments du calcul permettent de fixer de façon objective le montant du dommage. Cela présuppose cependant que les deux paramètres du calcul soient eux-mêmes objectivement déterminables.

565 Valeur de l'enjeu total. – Le point de départ du calcul de l'indemnité pour perte de chances constitue toujours la valeur de l'enjeu total. La juge doit donc d'abord déterminer quelle aurait été la situation de la victime si la chance perdue s'était réalisée²²⁰³. Si le préjudice est la perte de chances de survie, la juge recherchera d'abord combien aurait valu la vie. Si le préjudice est la perte des chances de gagner un procès, elle partira de la valeur litigieuse du procès qui n'a pas eu lieu par la faute de l'avocate. La valeur de ce premier paramètre doit être alléguée par la lésée. Elle doit, cas échéant, prouver quelle valeur aurait eu l'enjeu total si la chance s'était réalisée (art. 42 I CO). Si elle n'y arrive pas et que la juge ne peut, conformément à l'article 42 II CO, estimer cette valeur "en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée", une estimation objective du dommage n'est alors pas possible et toute indemnisation doit être rejetée²²⁰⁴.

566 Importance des chances. – Dans un deuxième temps, la juge appliquera à la valeur de l'enjeu total le coefficient de chances. La recherche du coefficient de chances est une opération complexe. C'est pourquoi elle sera, en tout cas en matière médicale, très souvent confiée à des experts. Elle suppose en effet que l'experte détermine combien la patiente avait de chances de ne pas mourir grâce à un traitement approprié au moment où la doctoresse a accompli les actes fautifs. Cet examen *ex post* représente toujours la difficulté majeure en la matière: il sera tout aussi difficile de déterminer les chances qu'avait une candidate de réussir à un examen, une justiciable de gagner un procès, un cheval de gagner une course. Surtout que, lors de l'examen des chances, celles-ci sont, par définition, définitivement compromises. Pour cette évaluation, les juges tiennent

²²⁰² KING, p. 1381. Voir aussi Martin J. McMAHON, Annotation: Medical Malpractice: Measure and Elements of Damages in Actions Based on Loss of Chance, 81 A.L.R. 4th (1990) p. 485 ss.

²²⁰³ CHARTIER (1983), n° 558.

²²⁰⁴ MÜLLER-STOY, p. 192.

alors compte des dangers auxquels a échappé la victime malgré tout²²⁰⁵, des résultats bénéfiques de l'intervention malgré la faute²²⁰⁶, de la compensation du préjudice par des effets positifs d'un traitement²²⁰⁷ et des prédispositions de la victime. En matière médicale, on se référera souvent aux statistiques (une patiente dans les circonstances X atteinte d'un cancer Y, traité à temps et de manière appropriée a Z% de chances de guérir). Au surplus, il faudra examiner *in concreto* la situation de la patiente (n° 310 ss). La mise en œuvre de la méthode impliquera parfois que la juge exerce dans une certaine mesure son pouvoir discrétionnaire²²⁰⁸. Mais cette incertitude n'exclut naturellement pas que les tribunaux s'efforcent de parvenir à une appréciation précise, en supputant aussi exactement que possible l'importance des chances. Il est notamment faux d'affirmer, avec une partie de la doctrine allemande²²⁰⁹, que la probabilité de réalisation d'un événement ne peut par principe pas être fixée avec précision. Ces auteurs se trompent quand ils affirment qu'il est seulement possible de constater si la réalisation de l'événement en question est plus probable que sa non-réalisation²²¹⁰.

- 567 Résumé mathématique.** – Lorsque par exemple le bénéfice recherché représente une valeur de FRS 100 000, mais que les chances de sa réalisation n'étaient que de 25%, les dommages-intérêts accordés seront donc de FRS 25 000. Ce calcul pourrait ainsi, en simplifiant à l'extrême, être résumé par l'équation suivante²²¹¹:

Valeur de la chance perdue
=
Valeur de l'enjeu total
×
% de chances d'obtenir l'enjeu total

- 568 Droit comparé.** – La méthode d'évaluation du pourcentage ("*percentage method*")²²¹² a été adoptée par la grande majorité des tribunaux étrangers indemnisant les chances perdues. La majorité des tribunaux américains ont également adopté cette approche²²¹³ et la

²²⁰⁵ CA Lyon 10 juin 1954, *Dame Nier c. Dr C.*, D 1955 somm. 6.

²²⁰⁶ Cass. (civ. 1^{re}) 28 décembre 1954, *Dr C. c. Dame R.*, D 1955 jp. 249.

²²⁰⁷ CA Lyon 17 novembre 1952, *Dr X. c. Dlle Beynel*, JCP 1953 II 7541.

²²⁰⁸ HARICHAUX-RAMU, n° 66; CHARTIER (1983), n° 558.

²²⁰⁹ Voir, par exemple, Gerhard KEGEL, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit*, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung - Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstags am 12. September 1967 (Karlsruhe 1967), p. 335; HANAU, p. 119.

²²¹⁰ MÜLLER-STOY, p. 192.

²²¹¹ Voir aussi WERRO (1993), n° 1015 ss.

²²¹² Aussi appelée en droit américain, méthode proportionnelle ("*proportional valuation*"), méthode pure de la chance ("*pure chance*"), de la détermination en pourcentage ("*percentage appointment*") ou du pourcentage de probabilité ("*percentage probability*").

²²¹³ Annexe II. Voir aussi AAGARD, p. 1349; CARNEY, p. 349; KING, p. 1382; REISIG, p. 1184; THURMAN, p. 109; *Delaney v. Cade*, 873 P.2d 175, 187 (Kan. 1994); *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W.2d 44, 52 ss (Mich. 1990) (n° 140); *McKellips v. Saint Francis Hosp., Inc.*, 741 P.2d 467, 476 s. (Okla. 1987). Même si le jury est autorisé à déterminer la valeur, le tribunal l'assiste en élaborant les grandes lignes d'une telle détermination.

plupart des auteures américaines tiennent cette méthode pour la plus précise et, finalement, la meilleure²²¹⁴.

11.2.1.2 Méthode discrétionnaire

569 Principe. – Les juges belges (n° 194, 197, 199) et néerlandaises (n° 203) se contentent souvent d'une appréciation *ex aequo et bono* de la valeur patrimoniale des chances perdues. Certaines juridictions américaines ont également suivi la méthode discrétionnaire ou de la somme globale ("*discretionary award method*" ou "*lump sum award method*")²²¹⁵ pour la détermination des dommages-intérêts indemnisant des chances perdues²²¹⁶. En droit américain, la méthode discrétionnaire ne permet pas seulement d'obtenir des dommages-intérêts pour la perte d'une chance de survie ou de guérison, mais aussi pour les angoisses mentales et les douleurs liées à une maladie ou une blessure²²¹⁷. Dans cette approche, le jury ne reçoit aucune instruction de la part de la juge²²¹⁸ et détermine l'importance des chances perdues et leur valeur directement²²¹⁹. La décision du jury est censée refléter la perception, l'expérience et le sens commun de la citoyenne moyenne par rapport au dommage²²²⁰. Cette méthode d'évaluation suit donc la manière habituelle dont les dommages-intérêts sont calculés en droit américain²²²¹.

570 Avantages et inconvénients. – Dans *Smith v. State Department of Health and Hospitals*²²²², la Cour Suprême de Louisiane a adopté la méthode discrétionnaire après une discussion approfondie de ses avantages et inconvénients. Le plus grand avantage de la méthode discrétionnaire serait sa simplicité²²²³, parce que le jury ne serait pas obligé de recourir à des preuves statistiques²²²⁴. Le calcul des dommages-intérêts pour les chances perdues étant considéré comme une question de fait, cette méthode correspondrait mieux à la répartition des rôles entre la juge du droit et le jury chargé de déterminer les faits à la base de l'action en justice²²²⁵. Le jury se concentrerait en outre sur le véritable but de la détermination des dommages-intérêts, qui consisterait à compenser les pertes causées par la négligence de la responsable, plutôt que d'avoir recours à une formule

²²¹⁴ MANGAN, p. 311; FELDMAN, p. 155; KING, p. 1382.

²²¹⁵ KING, p. 1381 s.; CARNEY, p. 351. Ce dernier auteur examine d'autres possibilités comme par exemple une méthode discrétionnaire avec un pouvoir de cognition plus étendu au niveau des cours d'appel; des tribunaux sans jury, mais seulement des juges, ou de l'arbitrage; une limitation de la responsabilité médicale dans les cas de perte d'une chance; et l'examen par des panels médicaux d'appel (p. 362 ss).

²²¹⁶ CARNEY, p. 350. En droit américain, il existe encore d'autres approches théoriques qui n'ont toutefois connu aucune reconnaissance dans la jurisprudence. Voir, à ce sujet, Jack ROSATI, Note: Causation in Medical Malpractice: A Modified Valuation Approach, 50 *Ohio State Law Journal* (198) p. 476; BRENNWALD, p. 783 s.

²²¹⁷ KEITH (p. 789 ss) expliquant que, par cette méthode, des dommages-intérêts pour des dommages physiques supplémentaires ou d'autres dommages, comme des frais médicaux, peuvent également être accordés.

²²¹⁸ BRENNWALD, p. 782; FELDMAN, p. 155; KING, p. 1381 s.; THURMAN, p. 109; CARNEY, p. 350.

²²¹⁹ BRENNWALD, p. 782.

²²²⁰ FELDMAN, p. 155.

²²²¹ CARNEY, p. 339.

²²²² 676 So. 2d 543 (La. 1996).

²²²³ BRENNWALD, p. 782; FELDMAN, p. 155; KING, p. 1382.

²²²⁴ FELDMAN, p. 155.

²²²⁵ AAGARD, p. 1349, 1353.

mathématique rigide²²²⁶. Le manque de précision de cette méthode serait cependant contraire au but d'attribuer des dommages-intérêts correspondant au préjudice effectivement subi²²²⁷.

11.2.1.3 Méthode des dommages-intérêts entiers

571 Incompatibilité avec la responsabilité proportionnelle. - En droit américain, une troisième méthode est parfois évoquée et aussitôt unanimement rejetée par la jurisprudence et la doctrine, à savoir la méthode des dommages-intérêts pleins ("*full damages method*").²²²⁸ Cette méthode a aussi été pratiquée pendant longtemps par la jurisprudence administrative française (n° 116). Elle est cependant contraire à la théorie de la perte d'une chance qui veut justement permettre une réparation proportionnelle (et non entière) dans les hypothèses d'une causalité naturelle incertaine.

11.2.2 Selon le type de chences

11.2.2.1 Chances transmissibles

572 Valeur vénale (n° 383). - Pour l'évaluation du préjudice découlant de la perte ou de la destruction d'un bien matériel, la juge tient compte de la valeur réelle du bien en question, aussi appelée la valeur vénale ou marchande ("*Verkehrswert*"). Cette valeur se détermine d'après le prix qu'il faudrait payer pour acquérir un bien semblable sur le marché²²²⁹. Certaines dispositions du Code des obligations (art. 191 III, 215 II, 447 s. CO) prévoient en outre le calcul abstrait du dommage pour faciliter l'évaluation du préjudice. Cette méthode tient compte de la valeur vénale ou boursière du bien en question et fait abstraction de l'intérêt concret de la lésée²²³⁰. Lorsqu'un élément du patrimoine peut faire l'objet de transactions, il est évident qu'une chance en rapport avec ce bien a en règle générale une valeur pécuniaire indépendante²²³¹. Les bonnes et mauvaises chances ont alors une influence sur la valeur de ce bien sur le marché²²³² et il existe donc une valeur de marché objective pour cette chance²²³³. La valeur de nombreux biens "immatériels" ayant une composante aléatoire est en effet déterminée par l'ampleur des chances y relatives. Les garanties (bancaires), les cautions et les assurances sont des exemples typiques. En règle générale, l'estimation en argent de bonnes et de mauvaises chances en rapport avec des éléments du patrimoine est, dans de nombreux secteurs de l'économie, monnaie courante²²³⁴.

11.2.2.2 Chances non transmissibles

573 Valeur vénale hypothétique (n° 384). - Si une chance n'est pas transmissible, et que l'évaluation de la chance perdue est impossible sur la base des efforts fournis en vue de

²²²⁶ AAGARD, p. 1357.

²²²⁷ BRENNWALD, p. 783; FELDMAN, p. 155; KING, p. 1382.

²²²⁸ *Rachel Smith v. State Dept. of Health & Hosp.*, 674 So.2d 653, 662 (La. CA 2d Cir. 1994); *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, 688 P.2d 605, 615 s. (Ariz. 1984); *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, 357 N.Y.S.2d 508, 510 s. (N.Y. 1974); CARNEY, p. 351.

²²²⁹ HONSELL (2000), § 8 n° 45.

²²³⁰ HONSELL (2000), § 8 n° 58, 82.

²²³¹ AKKERMANS, p. 172.

²²³² BYDLINSKI, p. 100; STOLL (1968), p. 43; STOLL (1972), n° 141.

²²³³ AKKERMANS, p. 173.

²²³⁴ AKKERMANS, p. 173.

sa réalisation, sa valeur économique peut alors être déterminée par la fiction de sa transmissibilité. BRENNWALD appelle la valeur d'une telle chance "the hypothetical market value"²²³⁵. En droit anglais, cette solution a été appliquée déjà au début du siècle passé par Lord Justice WILLIAMS dans *Chaplin v. Hicks* (n° 179):

*«It is obvious that a candidate who found herself out of the fifty eligible for selection could not have gone into the market and sold her right to compete to another. At the same time I think the jury might reasonably have asked themselves the question, if the right to compete and the chance of winning could have been sold, at what price it could have been sold. In my opinion, anyone could assign a value to the plaintiff's chances»*²²³⁶.

11.2.2.3 En particulier: chances en rapport avec la santé

574 Rapport avec des éléments patrimoniaux. - Les chances qui se trouvent en relation avec la santé ont pour la plupart bien un rapport avec des éléments du patrimoine, mais contrairement aux chances en rapport avec des dommages matériels ou des dommages patrimoniaux purs, la relation est indirecte. La santé est un bien juridique jouissant d'une protection absolue, mais n'est pas en soi une valeur patrimoniale. Un préjudice à la santé peut naturellement entraîner à son tour des dommages patrimoniaux (n° 500 ss) et/ou moraux importants.

575 Valeur de la santé. - La santé en tant que telle n'est pas transmissible, et des chances en rapport avec le maintien, le rétablissement ou l'amélioration de l'état de santé ne le sont pas non plus²²³⁷. Une référence à la valeur du marché des chances de santé n'est donc pas possible. Sous l'angle des sommes considérables que la société est prête à déboursier en vue du maintien ou de l'amélioration des possibilités en rapport avec la santé, de telles chances ont pourtant une valeur inestimable:

*«The billions of dollars being spent on medical research designed to save or prolong life clearly emphasize our general belief that life is valuable. If the loss of an opportunity to benefit from a contract is deemed valuable, how much greater should be the worth of a chance to live or a chance to achieve a greater health?»*²²³⁸.

Malgré ces coûts, une victime est parfois privée de toute indemnisation avec l'argument qu'une chance de santé qu'elle a perdue n'a pas de signification économique indépendante. Une telle opinion est intenable, comme cela a aussi été décidé dans *James v. United States*:

*«No matter how small that chance may have been and its magnitude cannot be ascertained no one can say that the chance of prolonging one's life or decreasing suffering is valueless»*²²³⁹.

Une indication plus directe pour la valeur économique indépendante des chances de santé peut être vue dans l'argent que la victime paie à l'assurance-maladie pour la couverture des frais médicaux. Même si tout traitement médical n'a qu'une certaine chance de succès, des sommes importantes sont en effet payées sous forme de primes d'assurances maladie et/ou accident.

²²³⁵ BRENNWALD, p. 768 ss.

²²³⁶ [1911-13] All E.R. 224, 227i-228a (CA).

²²³⁷ AKKERMANS, p. 176.

²²³⁸ BRENNWALD, p. 772. Voir aussi WADDAMS, p. 89.

²²³⁹ *James v. United States*, 483 F.Supp. 581, 587 (N.D. Cal. 1980). Voir, dans le même sens, REISIG, p. 1169 ss.

- 576 Valeur de marché hypothétique.** – Pour reprendre l'approche de la valeur de marché hypothétique, on peut aussi se poser la question de savoir combien une personne raisonnable est prête à payer pour certaines chances de maintenir, de rétablir ou d'améliorer son état de santé, si ces chances peuvent être obtenues contre paiement? Pour critiquer l'exigence de la probabilité prépondérante et l'application du principe du tout-ou-rien du droit américain, BRENNWALD pose les questions suivantes:

«If a thirty percent chance to live could be purchased in a market, would a patient having no chance to live be willing to buy the thirty percent chance? Or, would he reason that his life was not valuable enough to risk buying a chance of less than fifty-one percent?»²²⁴⁰

La réponse dépend bien évidemment de l'appétit de vivre de chacune, mais la nature humaine tend en général à préserver sa vie à n'importe quel prix. L'exemple du traitement qui est très coûteux, mais qui n'a qu'une chance limitée de succès confirme cela.

- 577 Perte d'une chance de santé comme préjudice immatériel.** – Il est finalement possible qu'une chance perdue soit en rapport avec un préjudice à la santé, mais sans avoir de conséquences pécuniaires prouvables. L'indemnisation de la perte de telles chances reste néanmoins envisageable²²⁴¹. Il s'agirait alors de la réparation d'un préjudice immatériel proche de celui de la diminution des chances de remariage (n° 514)²²⁴². L'exemple le plus typique est la perte de la chance d'avoir des enfants pour laquelle une indemnité a été accordée entre autres en France²²⁴³ et en Allemagne²²⁴⁴. Si la victime d'un comportement illicite perd la possibilité d'engendrer ou de donner naissance à des enfants, la théorie de la perte d'une chance peut jouer un rôle à au moins deux niveaux de la chaîne causale. La chance peut entrer en ligne de compte à cause de l'incertitude sur le lien de causalité avec la stérilité (par exemple à cause d'une prédisposition de la victime qui a comme conséquence une fertilité limitée), mais aussi à cause de l'incertitude sur le rapport causal avec l'absence de descendantes (qui auraient pu faire défaut pour d'autres raisons que celles liées à la stérilité).

11.3 Pour la création d'un risque durable

- 578 Deux méthodes.** – En ce qui concerne le dommage résultant de la création d'un risque durable, KING subdivise la méthode du pourcentage de probabilité (n° 564 ss) en deux approches: l'approche du résultat unique ("*single outcome*") et celle de la moyenne pondérée ("*weighted mean*", aussi appelée celle de la valeur attendue ["*expected value*"])²²⁴⁵.
- 579 Méthode du résultat unique ("*single outcome*").** – La juge du fait (le jury aux Etats-Unis) détermine d'abord le moment le plus probable auquel la maladie ou le décès futur surviendra²²⁴⁶. Il doit ensuite chiffrer la diminution de la fortune suite à la maladie ou au

²²⁴⁰ BRENNWALD, p. 771.

²²⁴¹ AKKERMANS, p. 179.

²²⁴² Pour le rapport entre les chances de mariage et le tort moral, ATF 114 II 144 [151].

²²⁴³ Cass. (civ. 1^{re}) 28 mars 1984, cité par VACARIE, p. 928 s.

²²⁴⁴ BGH 9 novembre 1993, 47 NJW (1994) p. 127: Un homme a fait congeler son sperme en vue d'une stérilité prévisible qui l'aurait empêché d'avoir des enfants. Le sperme a été détruit par la faute d'une tierce personne. Le donateur a obtenu une réparation à titre de tort moral pour lésion corporelle.

²²⁴⁵ KING, p. 1383 s.; FELDMAN, p. 156; NOOTENS, p. 621 ss.

²²⁴⁶ FELDMAN, p. 156; KING, p. 1383.

décès futur²²⁴⁷. La probabilité que l'événement futur se produise sera ensuite multipliée par ce montant²²⁴⁸. L'exemple suivant illustre cette approche²²⁴⁹: une faute médicale a comme conséquence qu'une victime deviendra probablement aveugle à l'âge de 50 ans. La perte pécuniaire découlant de ce handicap sera alors de FRS 100 000. Comme il n'est cependant pas sûr que l'atteinte conduira à une cécité, il ne serait pas juste d'accorder une pleine indemnité de FRS 100 000. Si la probabilité est de 30% que la faute ait comme conséquence, n'importe quand dans le futur, que la victime devienne aveugle, la diminution de la fortune nette par la création du risque durable devrait être fixée à FRS 30 000.

580 Méthode de la moyenne pondérée ("weighted mean") ou de la valeur attendue ("expected value"). — La juge du fait (le jury aux Etats-Unis) doit calculer la moyenne pondérée de tous les résultats possibles, le poids attribué à chaque issue étant déterminé par la probabilité de sa réalisation²²⁵⁰. L'exemple suivant, calqué sur le précédent, sert d'illustration de cette approche²²⁵¹: à la suite d'un accident, il existe un risque de 25% que les lésions de la victime provoquent sa cécité à l'âge de 50 ans, un risque de 4% que la cécité intervienne à l'âge de 40 ans, un risque de 1% qu'elle survienne à l'âge de 30 ans et une probabilité de 70% qu'elle ne se produise jamais. Si l'aveuglement survient à l'âge de 50 ans, la perte serait de FRS 100 000; à l'âge de 40 ans, de FRS 200 000; et à l'âge de 30 ans, de FRS 300 000. La perte provoquée par le risque créé serait alors calculée en cumulant les résultats possibles réduits de leur pourcentage de probabilité de réalisation: FRS 25 000 (25% de FRS 100 000) + FRS 8 000 (4% de FRS 200 000) + FRS 3 000 (1% of FRS 300 000) + FRS 0 (70% de FRS 0) = FRS 36 000.

581 Avantages et inconvénients. — Les deux méthodes de calcul de la diminution de la fortune nette suite à la création d'un risque durable ont leurs avantages et leurs inconvénients²²⁵². Tandis que la méthode du résultat unique requiert moins de calculs, elle est souvent critiquée en droit américain pour les mêmes raisons que la méthode du tout-ou-rien (n° 272 ss). En évaluant seulement la chance la plus probable, on ne tient pas correctement compte d'autres chances moins probables, ce qui ne représente pas une méthode très précise. L'approche de la moyenne pondérée pourrait tenir compte d'un nombre théoriquement illimité d'issues plus ou moins probables. Cette méthode est ainsi plus précise que celle du résultat unique²²⁵³. Selon certains auteurs cependant, les deux méthodes violent la liberté d'appréciation de la juge du fait en matière de détermination des dommages-intérêts en lui imposant une méthode précise. Les deux approches impliqueraient en outre un détour inutile dans le calcul des dommages-intérêts en requérant de la juge du fait de déterminer la valeur hypothétique de la mort ou de l'infirmité permanente pour ensuite diminuer cette valeur²²⁵⁴. Cette déduction mathématique à partir de la valeur pécuniaire de dommages qui ne sont pas en jeu ne rendrait cette méthode pas plus précise que celle qui consiste à permettre tout simplement à la juge du fait d'évaluer directement la perte de la chance de survie ou de guérison qui serait le seul

²²⁴⁷ FELDMAN, p. 156; KING, p. 1383.

²²⁴⁸ FELDMAN, p. 156.

²²⁴⁹ Il est repris de KING, p. 1383.

²²⁵⁰ FELDMAN, p. 156.

²²⁵¹ Il est repris de KING, p. 1384.

²²⁵² KING, p. 1384.

²²⁵³ FELDMAN, p. 157; KING, p. 1384; WILLING, p. 554 s.; AAGARD, p. 1353 s.

²²⁵⁴ CARNEY, p. 359 s.

poste du dommage en litige²²⁵⁵. On se demande pourtant comment la juge peut évaluer "tout simplement" la valeur des chances perdues sans utiliser la méthode du pourcentage (n° 564 ss).

11.4 Demande de réparation complémentaire

582 Jurisprudence française. – Dans une seule espèce, la Cour de cassation était appelée à trancher la question de savoir si le dommage résultant de la chance perdue était évalué définitivement et forfaitairement ou si, au contraire, il pouvait faire l'objet d'une réparation complémentaire par suite de l'aggravation ultérieure de l'état de santé de la malade²²⁵⁶. Un patient a été indemnisé pour la perte d'une chance de guérison causée par une violation de l'obligation d'informer de la part du médecin. Quelques années plus tard, le patient réclame au chirurgien une indemnisation complémentaire en invoquant l'aggravation de son état de santé. Pour rejeter une telle demande, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence fonde sa décision sur l'indépendance entre le préjudice correspondant à la chance perdue et le préjudice final représenté par l'invalidité du patient (n° 556 ss). Cette indépendance interdirait la prise en compte d'une aggravation du préjudice final puisque ce n'était pas ce dernier qui avait justifié la première indemnisation. La Cour de cassation, au contraire, admet qu'un lien de dépendance existe nécessairement entre le préjudice final, qu'elle qualifie d'état réel du patient, et le préjudice résultant de la chance perdue. L'état réel du patient s'étant aggravé, la chance perdue augmente alors dans la même proportion et donne ainsi droit à une indemnisation complémentaire. Cette solution se trouve en ligne avec un principe général du droit français qui veut que l'aggravation de l'état de la victime, survenant postérieurement au jugement, même en l'absence de réserve dans la décision, peut toujours motiver une demande d'un complément d'indemnité²²⁵⁷. Cette jurisprudence est également approuvée par la doctrine française²²⁵⁸. En droit suisse, deux voies sont envisageables pour aboutir au même résultat. Si l'indemnisation initiale a fait l'objet d'une transaction extra-judiciaire, il sera possible de faire annuler l'accord conclu pour une violation du principe de la confiance²²⁵⁹. Si les dommages-intérêts initiaux ont été alloués dans un jugement, une demande en révision telle que la connaissent la plupart des cantons serait envisageable²²⁶⁰.

583 Autorité de la chose jugée. – En droit français, il est de jurisprudence constante que l'autorité de la chose jugée lors d'un premier procès concernant un préjudice ne fait pas

²²⁵⁵ *Rachel Smith v. State Dept. of Health & Hosp.*, 676 So. 2d 543, 548 (La, 1996).

²²⁵⁶ Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi c. Vignes*, Bull. civ. I n° 230, GP 1990 somm. 355, D 1989 ir. 199, D 1991 jp. 158, D 1991 somm. 323, 91 RTDC (1992) p. 113.

²²⁵⁷ LE TOURNEAU/CADIET, n° 2676.

²²⁵⁸ HARICHAUX-RAMU, n° 66; CHABAS (1996), p. 244 s.; J.-P. COUTURIER, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi c. Vignes*, D 1991 jp. 160; Patrice JOURDAIN, Sur la perte d'une chance, 91 RTDC (1992) p. 113 s.

²²⁵⁹ ATF 100 II 42. Voir aussi Pierre-André WESSNER, *L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité: une réglementation inadaptée aux jeunes lésés*, in: *Hommage à Raymond Jeanprêtre* (Neuchâtel 1982), p. 159 ss.

²²⁶⁰ VOGEL/SPÜHLER, chap. 13 n° 96 ss. Voir, par exemple, les articles 427 ss du Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 (CPCN; RSN 251.1) qui prévoient ce recours, entre autres, pour la situation où, après le prononcé du jugement, une partie a connaissance de faits nouveaux importants.

obstacle à ce qu'un second procès soit intenté par la victime si son état s'est aggravé²²⁶¹. Selon COUTURIER, «c'est pour éviter que le juge n'ait à effectuer des pronostics divinatoires quant à l'évolution future du préjudice [...] que la solution s'impose»²²⁶². Si la victime ne demande la réparation que du préjudice résultant de cette aggravation, par définition celle-ci n'a pas été incluse dans l'objet du litige précédent. Reste à savoir si ce qui a été jugé lors du premier procès conserve une partie de son autorité. CHABAS estime qu'il ne s'agit plus de la même infirmité. L'objet du litige concernant maintenant la perte des chances d'éviter la seule aggravation, ce ne serait plus le même²²⁶³.

- 584 **Calcul de l'indemnité complémentaire.** - L'indemnité se calcule toujours en fonction des deux mêmes paramètres, le coefficient des chances et la valeur de l'enjeu (n° 564 ss). Le premier paramètre est invariable car la malade avait un certain pourcentage de chances de guérir et elle les a perdues. Par contre, le second paramètre a changé, l'infirmité que la malade aurait pu éviter s'étant aggravée²²⁶⁴.

11.5 Résumé et conclusion

- 585 **Méthode du pourcentage.** - Même si la détermination des dommages-intérêts pour la perte de chances représente souvent une opération compliquée, il ne se justifie pas d'allouer uniquement une indemnité symbolique (p. ex. CHF 1) ou une indemnité pour tort moral. Le dommage découlant des chances perdues constitue un préjudice indépendant du préjudice final, de sorte que le montant de la réparation sera régulièrement inférieur. Même si les dommages-intérêts pour la perte d'une chance se calculent par rapport au préjudice final, il ne s'agit pas d'une réparation partielle de ce dernier. Les droits étrangers analysés connaissent en substance trois méthodes de calcul: la méthode du pourcentage, qui est de loin la plus usitée, la méthode discrétionnaire et la méthode des dommages-intérêts entiers. La méthode du pourcentage consiste à multiplier la valeur de l'enjeu total avec le pourcentage de chance d'obtenir celui-ci. La manière de calculer l'indemnité peut aussi dépendre du type de chances perdues, à savoir du caractère transmissible ou non des chances. Pour la réparation de la création d'un risque durable, deux méthodes principales sont à disposition: celle du résultat unique et celle de la moyenne pondérée. Lorsque le préjudice final s'aggrave après un jugement, le droit suisse devrait, comme le droit français, permettre la rectification de l'indemnité allouée initialement.

²²⁶¹ Boris STARCK, *Obligations*, vol. 1 (3^e éd.), par H. Roland et L. Broyer, n° 1113 et la jurisprudence citée.

²²⁶² J.-P. COUTURIER, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi v. Vignes*, D 1991 jp. 160.

²²⁶³ F. CHABAS, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi c. Vignes*, GP 1990 somm. 355. Cet auteur est en outre d'avis que l'autorité de la chose jugée n'affecte même pas ce qui a été décidé lors du premier procès à propos du coefficient des chances.

²²⁶⁴ J.-P. COUTURIER, note sous Cass. (civ. 1^{re}) 7 juin 1989, *Parisi v. Vignes*, D 1991 jp. 161.

12 Résumé et conclusion générale

586 Maîtrise du phénomène de la chance par les probabilités. — La chance aléatoire, le hasard, est maîtrisable par le droit à l'aide de la chance ordonnée, la probabilité. Face à l'omniprésence du hasard dans nos vies, la science a évolué d'une approche déterministe au 19^e siècle, à une solution probabiliste au courant du siècle passé. Ce changement a influencé le droit et notamment la conception de la causalité adéquate. Même si le droit laisse volontairement ou inévitablement un certain champ d'action au hasard, la théorie des probabilités permet à la science juridique d'appréhender le phénomène de la chance dans une très large mesure. C'est notamment la probabilité estimative qui, grâce à la prise en compte de facteurs extrinsèques, peut être largement utilisée par le droit, notamment en présence de cas isolés. Cette approche sert ainsi à déterminer non seulement les faits réels, mais également ce que serait le présent d'après le passé (pronostic hypothétique) ou ce que sera l'avenir d'après le présent (pronostic simple). La probabilité estimative servant à déterminer la vraisemblance d'événements se fonde sur des critères objectifs et l'évaluation qui est faite de ces critères objectifs suit elle-même des règles rationnelles. Comme il est extrêmement fréquent qu'un acte susceptible d'engendrer la responsabilité de son auteur fasse perdre à autrui une chance de réaliser un profit ou d'éviter une perte, divers droits étrangers indemnisent, à différentes conditions et avec des champs d'application variables la perte d'une chance.

587 Absence de législation ou de jurisprudence en Suisse. — Le droit positif suisse n'envisage pas expressément l'indemnisation de chances perdues. Les Principes d'UNIDROIT prévoient cependant la réparation de la perte d'une chance. Jusqu'à présent, aucun tribunal étatique n'a appliqué expressément la théorie de la perte d'une chance. L'arrêt de l'*Obergericht* zurichois de 1988 qui diminue, en vertu de l'article 43 I CO, la réparation de 40% pour un patient n'ayant que 60% de chances de survie au moment de la faute médicale, ne mentionne pas non plus expressément la théorie et représente un précédent isolé.

588 Aucun argument contre l'introduction de la perte d'une chance. — L'article 56d II de l'Avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile permettrait l'indemnisation de chances perdues en droit suisse. Malgré une tendance plutôt favorable dans la doctrine, de nombreuses questions sont cependant controversées. Le droit de la responsabilité civile suisse est dominé par le principe du tout-ou-rien qui contraint le juge à feindre l'acquisition d'une certitude suffisante concernant un enchaînement causal même en présence d'une causalité incertaine. Cette approche radicale conduit en dernière conséquence à des résultats arbitraires. Elle est contraire au principe fondamental de la réparation intégrale et favorise de multiples manipulations et distorsions des conditions traditionnelles de la responsabilité. Les palliatifs actuels, à savoir l'allègement et le renversement du fardeau de la preuve de la causalité, le jeu des facteurs de réduction et l'objectivation de la faute n'offrent pas de solutions satisfaisantes. Le droit suisse est également mis en difficultés par le problème de l'indemnisation de la création fautive d'un risque durable. La reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance permettrait de remédier aux défauts de la méthode drastique du tout-ou-rien en introduisant une réparation plus équitable. Les objectifs du droit de la responsabilité civile de la compensation et de la prévention seraient également mieux servis. En revanche, aucun argument contre la reconnaissance de la théorie de la perte d'une chance ne résiste à un examen critique: le dommage découlant de la perte d'une

chance n'est en effet pas aléatoire, mais peut au contraire être isolé comme la privation d'une propriété antérieure de la victime. Comme la chance est une notion essentielle du monde tel qu'il est perçu par les justiciables et partant aussi par le droit, la critique du caractère artificiel de cette notion est dénuée de fondement. Même s'il est vrai que l'indemnisation de chances perdues présente le risque de conduire à plus d'erreurs que le système traditionnel du tout-ou-rien, cette critique doit être relativisée compte tenu du fait que la somme d'argent globale qui changerait de mains entre les responsables et les victimes resterait la même. Chaque erreur individuelle serait par contre réduite. Par conséquent, c'est l'ensemble des patientes qui supporterait le risque d'une sous-indemnisation plutôt que chaque patiente individuellement. La critique du recours excessif aux données statistiques se révèle également sans pertinence car le système traditionnel du tout-ou-rien présuppose le même raisonnement. Mais là où les sciences statistiques apportent un plus, c'est qu'elles maîtrisent en outre les difficultés découlant de l'écart entre la chance statistique moyenne et la chance individuelle. L'introduction de la théorie ne conduirait pas non plus à une responsabilité sans limites ou à une obligation de résultat pour les mandataires, mais serait au contraire plus adaptée à la nature aléatoire de l'objet même du contrat de mandat. Des exemples théoriques démontrent enfin que l'indemnisation de chances perdues n'aurait pas non plus une augmentation des coûts de la santé comme résultat. L'analyse de tous ces arguments en faveur et en défaveur de la théorie de la perte d'une chance conduit dès lors à la conclusion de principe qu'il serait plus cohérent avec le droit suisse actuel de reconnaître la chance perdue comme un dommage indemnisable plutôt que de renoncer à l'introduction de cette théorie.

589 Problème de dommage. – Le problème du caractère indemnisable de chances perdues relève du droit matériel. C'est pourquoi la solution proposée par les auteurs de l'avant-projet consistant à permettre l'indemnisation de chances perdues par le biais de l'article 56d AP LRCiv ne doit pas être suivie. Les expériences négatives notamment du droit français avec la tentative de considérer la perte d'une chance comme un problème de causalité nous enseigne que la solution doit impérativement être cherchée au niveau de la notion de dommage. C'est la seule voie qui permet une solution dogmatique cohérente et qui n'oblige pas à modifier les autres conditions classiques de la responsabilité. Le caractère normatif de la perte d'une chance a comme conséquence que la question du lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et le dommage final ne se pose plus. La jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral montre une ouverture croissante vers l'indemnisation de dommages normatifs. Il est dès lors justifié de reconnaître à la chance une valeur patrimoniale indépendante et de considérer la perte d'une chance comme un dommage indemnisable.

590 Conditions d'application. – Pour que la chance soit indemnisable en cas de perte, les conditions suivantes doivent être cumulativement réalisées: le titre de responsabilité, l'illicéité ou la violation d'une obligation contractuelle, le caractère aléatoire de l'enjeu total, une chance d'obtenir l'avantage escompté, la perte de cette chance, le lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et la perte de la chance et enfin l'absence de contrat aléatoire. Le caractère aléatoire de l'enjeu total implique que la victime doit se trouver dans une condition préexistante qui réduit à une simple chance la probabilité d'obtenir un résultat favorable. En ce qui concerne les caractéristiques qualitatives de la chance perdue, il faut qu'elle soit objective, préexistante, concrétisée et individualisée. En ce qui concerne les caractéristiques quantitatives, il est indispensable d'établir des limites de pourcentage supérieures et inférieures aux chances indemnissables, bien qu'il

soit inopportun de fixer ces limites de manière générale et abstraite. Seule une approche casuistique permettra de décider si une chance est trop ténue pour encore être réparée ou, au contraire, trop importante pour être indemnisée en tant que telle. Il ne se justifie pas de ne tenir compte que des chances supérieures à 50%. La chance doit être irrémédiablement perdue, mais elle peut être entièrement ou partiellement perdue. Le lien de causalité entre le fait imputable à l'auteur et le dommage final ne peut par définition pas être prouvé dans une situation de perte d'une chance. Le rapport causal entre le fait imputable à l'auteur et la perte d'une chance, par contre, doit être établi selon les critères traditionnels. Une action en réparation fondée sur la perte d'une chance n'est finalement admise que si la chance perdue ne faisait pas partie des chances (et des risques) représentant l'objet même d'un contrat aléatoire.

- 591 Forme de l'introduction.** – Cette thèse propose de simplement mentionner le dommage consistant dans la perte d'une chance à l'article 45 AP LRCiv consacré aux formes et catégories du dommage. Il suffirait d'introduire à la fin de l'article 45 II AP LRCiv le passage "et la perte d'une chance". En ce qui concerne l'étendue de la réparation, il conviendrait cependant d'introduire un nouvel alinéa 3 à l'article 52 AP LRCiv. Cet alinéa pourrait avoir une teneur proche de celle de l'article 7.4.3(2) des Principes d'UNIDROIT, à savoir:

«³ La perte d'une chance est réparable dans la mesure de la probabilité de réalisation de la chance perdue».

- 592 Large champ d'application général.** – Ce travail aura montré qu'un large champ d'application devrait être assigné à la théorie de la perte d'une chance en droit suisse. L'analyse notamment des droits français et anglais impose la conclusion qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les chances passées d'un côté, et les chances futures d'un autre côté. Comme cette distinction a souvent – et abusivement – été utilisée pour exclure le domaine médical du champ d'application de la perte d'une chance, une telle restriction est également dénuée de fondement. La perte de chances de guérison ou de survie mérite dès lors d'être réparée autant que les chances perdues dans les domaines où la théorie est plus traditionnellement appliquée. La théorie peut aussi trouver application pour les chances dont la réalisation dépend de la victime. Le cas typique du défaut d'information de la doctoresse illustre bien comment la perte d'une chance aboutit à des résultats plus justes que les deux alternatives extrêmes suivantes: soit refuser toute indemnisation parce que l'on ne saura jamais si la patiente dûment informée aurait donné son consentement éclairé; soit allouer une pleine indemnité parce que l'on considère que l'atteinte à l'intégrité physique est privée de motif justificatif en raison de l'absence de consentement. En ce qui concerne l'applicabilité de la théorie aux cas de la création d'un risque durable, la réponse doit être nuancée. Théoriquement, il est certes possible de considérer le préjudice consistant dans un risque durable menaçant comme un préjudice actuel ayant une répercussion patrimoniale sur le bien en question. Les différents arguments à prendre en compte ne plaident cependant pas assez clairement en faveur de l'application de la théorie de la perte d'une chance à la création d'un risque durable: le fait de surseoir à une décision jusqu'au moment où l'on sait si le risque menaçant se réalisera ou non peut également rencontrer des obstacles découlant de la prescription ou de la péremption, des difficultés liées aux preuves, de l'insolvabilité ou de la cessation d'activités de la personne recherchée. Mais comme la réparation immédiate d'un risque durable menaçant porte le danger de sur-compensation ou de sous-compensation et de demandes à caractère spéculatif, cette thèse ne tranche pas entre les deux solutions envisageables.

- 593 Perte d'une chance en tant que dommage actuel.** – En ce qui concerne le domaine du contentieux, la perte d'une chance pourrait sans aucun problème être introduite en droit suisse. L'indemnisation des chances perdues dans le cadre d'une procédure telle qu'elle est pratiquée dans presque tous les systèmes juridiques examinés permettrait de trouver des solutions plus adaptées aux aléas de la justice que les systèmes actuels du tout-ou-rien et du procès-dans-le-procès. Il est certes vrai que l'attitude restrictive du droit suisse face à l'indemnisation des dommages indirects pourrait écarter un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit français répare les chances perdues suite à la rupture de négociations contractuelles. La responsabilité précontractuelle se prêterait malgré cela à l'application de la théorie de la perte d'une chance en droit suisse. Quant aux marchés publics, une partie de la doctrine spécialisée suisse revendique également l'indemnisation de chances perdues par la soumissionnaire écartée illicitement d'une procédure d'adjudication.
- 594 Perte d'une chance en tant que dommage futur.** – L'indemnisation du dommage futur implique déjà actuellement l'estimation d'un nombre considérable de chances et de risques. Cela se vérifie notamment pour le dommage consécutif aux lésions corporelles, à savoir le manque à gagner futur et spécialement l'atteinte à l'avenir économique. Le dommage consécutif au décès se calcule également à l'aide de l'estimation de nombreuses chances (comme par exemple les chances de mariage), à l'instar de la responsabilité du droit français pour la perte par la victime directe ou indirecte d'une chance de parvenir à une situation supérieure. En revanche, du fait de leur caractère trop général, la perte de chances de succession ne mérite pas d'être réparée et les chances perdues de mener une vie normale seront mieux indemnisées en droit suisse à titre de tort moral ou d'atteinte à l'avenir économique.
- 595 Perte d'une chance de guérison ou de survie.** – A l'instar de la plupart des systèmes étrangers analysés, le droit suisse pourrait tirer avantage de l'indemnisation de chances perdues de survie et de guérison. L'introduction de la perte d'une chance se justifie en tout cas pour la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, ainsi que pour la responsabilité publique. En ce qui concerne la responsabilité pénale, par contre, le principe de la légalité des infractions interdit une prise en considération des chances perdues par voie jurisprudentielle. Il faudrait donc une intervention législative pour permettre la condamnation d'accusées pour le fait d'avoir privé une victime de chances de guérison ou de survie.
- 596 Quelques applications spécialement discutées.** – Si le droit suisse devait reconnaître un droit d'action aux parents pour "*wrongful birth*" et aux enfants pour "*wrongful life*", la perte de la "chance" de ne pas avoir un enfant pour les parents, respectivement la perte de la "chance" de ne pas naître pour les enfants, pourrait sans autre donner lieu à réparation. En revanche, il ne se justifie pas d'indemniser la perte d'une chance de longévité ou de vie. Des dommages-intérêts peuvent par contre être réduits au sens de l'article 44 I CO lorsque la victime s'est elle-même privée d'une chance par une faute concomitante.
- 597 Calcul du dommage.** – Même si la détermination des dommages-intérêts pour la perte de chances représente souvent une opération compliquée, il ne se justifie pas d'allouer uniquement une indemnité symbolique (p. ex. CHF 1) ou une indemnité pour tort moral. Le dommage découlant des chances perdues constitue un préjudice indépendant du préjudice final, de sorte que le montant de la réparation sera régulièrement inférieur. Même si les dommages-intérêts pour la perte d'une chance se calculent par rapport au préjudice

final, il ne s'agit pas d'une réparation partielle de ce dernier. Les droits étrangers analysés connaissent en substance trois méthodes de calcul: la méthode du pourcentage, qui est de loin la plus usitée, la méthode discrétionnaire et la méthode des dommages-intérêts entiers. La méthode du pourcentage consiste à multiplier la valeur de l'enjeu total avec le pourcentage de chance (vraisemblance) d'obtenir l'enjeu total. La manière de calculer l'indemnité peut aussi dépendre du type de chances perdues, à savoir du caractère transmissible ou non des chances. Pour la réparation de la création d'un risque durable, deux méthodes principales sont à disposition: celle du résultat unique et celle de la moyenne pondérée. Lorsque le préjudice final s'aggrave après un jugement, le droit suisse devrait permettre à la victime d'introduire une demande de réparation complémentaire pour la chance perdue y relative.

- 598 **Conclusion générale.** — Ce travail aura montré que l'idée, de prime abord inhabituelle en droit suisse, d'indemniser la perte de chances en fonction du degré de vraisemblance de leur réalisation s'avère praticable. Cette nouveauté ne représente pas une complication inutile de notre droit de la responsabilité, mais constitue un raffinement pratiquement nécessaire du calcul du dommage. L'analyse des systèmes juridiques étrangers qui connaissent de longue date l'indemnisation d'une chance perdue démontre que cette méthode est la plus équitable. La tendance qu'ont les juges suisses de solliciter toujours plus toute une série de notions fondamentales et traditionnelles du droit de la responsabilité montre également la nécessité d'introduire l'indemnisation de chances perdues en droit suisse.

13 Zusammenfassung²²⁶⁶

599 Beherrschung des Phänomens der blossen Chance durch die Wahrscheinlichkeitsrechnungen²²⁶⁶ – Es ist eine erstaunliche Feststellung, dass eine einzelne Chance dadurch berechenbar und voraussehbar wird, dass man eine möglichst grosse Serie von ähnlichen Chancen im Zusammenhang betrachtet. Die isoliert betrachtete Chance (der Zufall) und die im Zusammenhang gesehene Mehrzahl von Chancen (die Wahrscheinlichkeit) sind für die Theorie vom Verlust einer Chance von grundlegender Wichtigkeit. Die Wissenschaft hat ihren Standpunkt gegenüber der Allgegenwärtigkeit des Zufalls in unserem Leben verändert, und zwar von einer deterministischen Betrachtungsweise während des 19. Jahrhunderts zu einer auf der Wahrscheinlichkeit beruhenden Ansatz während des letzten Jahrhunderts. Diese Entwicklung hat auch das Recht und vor allem die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang beeinflusst. Auch wenn das Recht weiterhin – absichtlich oder gezwungenermassen – dem Zufall einen gewissen Spielraum überlässt, so erlaubt es die Wahrscheinlichkeitslehre der Rechtswissenschaft doch in weiten Bereichen, das Phänomen der blossen Möglichkeit zu beherrschen. Neben der mathematischen und der statistischen Wahrscheinlichkeit ist vor allem die abschätzende Wahrscheinlichkeit von Nutzen. Sie vermag nämlich auch die Chancen in individuell-konkreten Sachverhalten zu berechnen, indem sie die statistischen Einflüsse aller äusseren Faktoren (Schwere und Art des Krebsleidens, körperliche Verfassung der Patientin, Person der Chirurgen, Operationsmaterial, Verfügbarkeit einer neuen Operationstechnik, etc.) getrennt evaluiert und sie dann bezüglich des zu beurteilenden Einzelfalles – wie bei Vektorrechnungen – zu einer Gesamtwahrscheinlichkeit eines Erfolgs zusammenfasst. Die abschätzende Wahrscheinlichkeitsrechnung hilft damit nicht nur, Tatsachen festzustellen, sondern ermöglicht es auch, Prognosen aufzustellen: hypothetische Prognose darüber, wie die Gegenwart als Folge einer anderen Vergangenheit ausgesehen hätte, und direkte Prognosen darüber, wie die Zukunft sein wird als Folge der Gegenwart. Es geschieht ausserordentlich häufig, dass eine Person als Folge einer schädigenden Handlung eine Chance verliert, einen Gewinn zu erzielen oder einen Verlust zu vermeiden. Deshalb entschädigen verschiedene ausländische Rechtssysteme verlorene Chancen, wenn auch unter verschiedenen Bedingungen und in unterschiedlichen Anwendungsgebieten.

600 Keine Gesetzgebung oder Rechtsprechung in der Schweiz. – Das aktuelle schweizerische Recht kennt keine Bestimmung, die ausdrücklich den Schadenersatz für verlorene Chancen vorsieht. Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge bestimmen dagegen in Artikel 7.4.3(2): *«La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation»*. Auch was die Rechtsprechung anbelangt, so

²²⁶⁵ Siehe auch Christoph MÜLLER, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, zu erscheinen in: 11 AJP (2002).

²²⁶⁶ Die französischen Ausdrücke "chance" und "perte d'une chance" sind nur schwierig ins Deutsche zu übersetzen. Deshalb wird auch in der deutschsprachigen Literatur häufig der französische Ausdruck gebraucht. Meistens wird der Ausdruck im deutschsprachigen Raum mit "verlorene Chancen" übersetzt (KOZIOL [2001], FLEISCHER, KASCHKE, MÜLLER-STOY). KELLER ([1993], S. 63) schlägt als deutschen Ausdruck "Verlust einer Chance" (ebenso Erläuternder Bericht zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, S. 245) oder "Entgang einer Möglichkeit" vor. In der angelsächsischen Rechtssprache ist der Ausdruck "loss of a chance" gebräuchlich.

hat bis anhin kein staatliches Gericht ausdrücklich die Theorie vom Verlust einer Chance angewandt. Das folgende Urteil des Zürcher Obergerichts vom Jahre 1988, das die Theorie ebensowenig erwähnt hat, stellt einen Einzelfall dar: Ein krebskranker Patient wurde zu spät richtig behandelt und starb. Für das Obergericht hing die Frage, ob es eine ernsthafte Möglichkeit gab, dass die unsachgemässe Behandlung sich mit *überwiegender* Wahrscheinlichkeit in einem Kausalzusammenhang mit dem Tode des Patienten stand, von den Überlebenschancen ab, die der Patient zum Zeitpunkt der fehlerhaften Behandlung noch hatte. Da der Verstorbene damals noch eine Überlebenschance von 60% hatte und damit eine 40-prozentige Chance bestand, dass der Patient auch bei richtiger Behandlung gestorben wäre, reduzierte das Obergericht gestützt auf Artikel 43 I OR den Schadenersatz um 40%.

- 601 **Kein Argument gegen den Schadenersatz für verlorene Chancen.** – Artikel 56d II des Vorentwurfs eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Haftpflichtgesetz, HPG) soll neu die Entschädigung von verlorenen Chancen im schweizerischen Recht erlauben. Die schweizerische Lehre hat sich im allgemeinen positiv zur Schadenersatzbemessung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit geäussert, doch hat die dogmatische Analyse des Problems zu sehr widersprüchlichen Beurteilungen geführt. Heute muss eine mit einem unsicheren Kausalzusammenhang konfrontierte Richterin nach dem Alles-oder-Nichts Prinzip in jedem Fall radikal entscheiden, ob das Verhalten einer Beklagten eine *conditio sine qua non* für den entstandenen Schaden ist oder nicht. Selbst in Fällen, in denen das Gericht den Ursachenzusammenhang nur teilweise als erwiesen erachtet, muss es also so tun, als ob es absolute Gewissheit über diese Haftungsvoraussetzung habe. Diese radikale Vorgehensweise führt zu zufälligen und in letzter Konsequenz willkürlichen Resultaten. Sie verletzt den Grundsatz der Totalreparation, der gebietet, dass die Schädigerin grundsätzlich für alle der Geschädigten entstandenen vermögensmässigen Nachteile haftet. Die wirklichkeitsfremden Resultate der Alles-oder-Nichts Methode verleiten die Richterinnen ferner zu Manipulationen, Verwässerung und Umgehung von zahlreichen Grundprinzipien des Haftpflichtrechts, namentlich im Bereich des Schadens und des Kausalzusammenhangs. Die gegenwärtigen Notbehelfe (Erleichterung und Umkehr der Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang, Spiel der Reduktionsgründe [Art. 43 I und 44 OR] und die Objektivierung des Verschuldensbegriffs) stellen keine befriedigenden Lösungen dar. Die Einführung der Theorie vom Verlust einer Chance würde es erlauben, die Nachteile der drastischen Alles-oder-Nichts Methode durch eine feiner abgestimmte und letztlich gerechtere Entschädigung zu vermeiden. Die Kompensations- und Präventionsfunktionen des Haftpflichtrechts würden dadurch ebenfalls besser umgesetzt. Dagegen hält kein einziges Argument gegen die Einführung der Theorie vom Verlust einer Chance einer kritischen Würdigung stand: Ausländische Autorinnen werfen dem Chancenschaden vor, eine künstliche Konstruktion zu sein und den Blick auf den Endschaten zu verschleiern. Da das Recht aber die Welt so, wie sie von den Rechtssubjekten wahrgenommen wird, regeln soll, ist es nur logisch, dass das Recht Risiken und Chancen auch eine eigenständige Bedeutung einräumt und ihnen einen selbständigen Vermögenswert beimisst. Ein weiteres Argument gegen den Ersatz von verlorenen Chancen lautet, dass diese Methode im Vergleich zum herkömmlichen Alles-oder-Nichts Prinzip mehr Fehler erzeuge. Dies stimmt zwar theoretisch. Diese Kritik muss jedoch relativiert werden, da die Gesamtschadenersatzsumme, die von den Haftpflichtigen an die Geschädigten bezahlt würde, im „*perte d'une chance*“ System die gleiche bliebe. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Methoden besteht dagegen darin, dass in jedem Einzelfall ein Fehler in einem System mit Schadenersatz für verlorene Chancen wesentlich

kleiner ist als in einem System mit der herkömmlichen Alles-oder-Nichts Methode. Eine weitere Kritik an der "*perte d'une chance*" richtet sich gegen ihren angeblich übermässigen Gebrauch von Statistiken, um das Vorhandensein, die Grösse und schlussendlich den Wert von verlorenen Chancen festzustellen. Es wird vor allem befürchtet, dass sich die Einschätzungen der Expertinnen widersprechen und dass vor Gericht unendliche Diskussionen über die exakte statistische Grösse einer verlorenen Chance geführt würden. Diese Furcht ist wohl unbegründet. Das Alles-oder-Nichts Prinzip ist nämlich gezwungen, irgendwo eine abstrakte Trennlinie zwischen bewiesenem und nicht bewiesenem Kausalzusammenhang zu ziehen, von welcher die Entscheidung zwischen Alles oder Nichts abhängt. In einem solchen System ist die Gefahr von derartigen Streitereien wohl wesentlich grösser als in einem System, in welchem dem Grad der Wahrscheinlichkeit entsprechender Schadenersatz zugesprochen werden kann. Der Vorteil der Statistik besteht nun aber darin, dass sie auch den Unterschied zwischen einer rein statistischen Chance und den im konkreten Einzelfall verlorenen Chancen meistert. Verschiedene Autorinnen befürchten schliesslich eine Ausuferung der Haftpflicht durch die Einführung des Schadenersatzes für verlorene Chancen. Es wird auch verschiedentlich befürchtet, dass die Beauftragte damit für das Ausbleiben eines Erfolgs ("*obligation de résultat*") verantwortlich gemacht würde. Wenn eine Beauftragte jedoch für verlorene Chancen (reduzierten) Schadenersatz leisten muss, dann bezahlt sie im Gegenteil genau für das, wozu sie sich verpflichtet hat, nämlich alles in ihrer Macht Stehende zu tun, damit die Chance wahrgenommen werden kann ("*obligation de moyens*"), ohne damit aber die eigentliche Verwirklichung der Chance zu garantieren. Die Untersuchung der verschiedenen Argumente für und wider die Theorie des Verlusts einer Chance führt damit zum Zwischenresultat, dass es für das schweizerische Recht besser wäre, den Schadenersatz für verlorene Chancen einzuführen als weiterhin auf diese Methode zu verzichten.

- 602 **Problem des Schadens.** – Die Frage, ob verlorene Chancen einen Schaden im rechtlichen Sinne darstellen, ist ein Problem des materiellen Rechts. Deshalb ist die eher prozessuale Lösung des Vorentwurfs (Art. 56d VE HPG) abzulehnen. Die negativen Erfahrungen vor allem des französischen Rechts mit dem Versuch, den Verlust einer Chance als Problem des Kausalzusammenhangs zu behandeln, zeigen uns, dass die Lösung im Bereich des Schadensbegriffs gesucht werden muss: der Verlust einer Chance muss als neue Schadensart anerkannt werden. Die rechtsvergleichende Untersuchung hat nämlich gezeigt, dass es möglich ist, verlorene Chancen als eine unfreiwillige Vermögensverminderung aufzufassen und dementsprechend zu entschädigen. Der normative Charakter des Verlusts einer Chance hat zur Folge, dass sich die Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen der dem Haftpflichtigen anzurechnenden Tatsache und dem Endschaden nicht mehr stellt. Die jüngere Lehre und höchstgerichtliche Rechtsprechung zeigen eine zunehmende Öffnung gegenüber der Entschädigung von normativen Schäden.
- 603 **Anwendungsbedingungen.** – Folgende sieben Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit das Problem des unsicheren Kausalzusammenhangs über die Theorie vom Verlust einer Chance gelöst werden kann: ein Zurechnungskriterium für die Abwälzung der Haftpflicht, eine Widerrechtlichkeit bzw. eine Vertragsverletzung, die aleatorische Natur des Endziels, eine Chance, den erhofften Erfolg zu erzielen, der Verlust dieser Chance, der Kausalzusammenhang zwischen dem der Schädigerin zuzurechnenden Kriterium und dem Verlust einer Chance und schliesslich das Fehlen eines aleatorischen Vertrags. Die aleatorische Natur des Endziels bedeutet, dass das auf dem Spiel Stehende nicht mit Sicherheit erreicht werden kann. Dies hat zur Folge, dass der Beweis des natürlichen

Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und dem Ausbleiben des Enderfolgs nicht erbracht werden kann. Was die qualitativen Charakteristika der ersetzbaren Chance anbelangt, so muss eine Chance objektiv messbar, vorbestehend, konkretisiert und individualisiert sein. Auf der Ebene der quantitativen Merkmale ist es unabdingbar, gewisse minimale und maximale Schranken festzusetzen, auch wenn es unmöglich ist, generell-abstrakte Grenzen zu ziehen. Nur eine kasuistische Betrachtungsweise wird es erlauben zu entscheiden, ob eine Chance zu klein ist, um noch entschädigungspflichtig zu sein, oder im Gegenteil zu gross, um noch als solche ersetzt zu werden. Es gibt keinen Grund, nur Chancen über 50% zu berücksichtigen. Die Chance muss definitiv verloren sein. Dies bedeutet, dass die Chance definitiv nicht mehr realisiert werden kann. Wie erwähnt stellt die Unmöglichkeit, den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Zurechnungskriterium und dem Endschaden zu beweisen, eine Bedingung für die Anwendung der Theorie vom Verlust einer Chance dar. Ein anderer Ursachenzusammenhang, nämlich jener zwischen dem Zurechnungskriterium und dem endgültigen Verlust der Chance, muss dagegen durch die Geschädigten nach den herkömmlichen Regeln bewiesen werden. Eine Schadenersatzklage für den Verlust einer Chance ist schliesslich nur möglich, wenn die verlorene Chance nicht zu den Chancen (und Risiken) gehört, die Gegenstand eines aleatorischen Vertrags sind.

- 604 Einführung durch die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung?** – In allen untersuchten Rechtssystemen wurde die Theorie vom Verlust einer Chance durch die Rechtsprechung eingeführt. Auch in der Schweiz würde einer Anerkennung durch das Richterrecht nichts im Wege stehen. Eine weitgefasste Grundsatzregel im Gesetz wäre aber trotzdem begrüssenswert. Es würde in diesem Sinne genügen, am Ende des Artikels 45 II VE HPG den Passus "und den Verlust einer Chance" hinzuzufügen. Was dagegen die Berechnung des Schadenersatzes betrifft, rechtfertigt es sich, einen neuen dritten Absatz dem Artikel 52 VE HPG beizufügen. Dieser Absatz könnte in Anlehnung an Artikel 7.4.3(2) der UNIDROIT-Prinzipien folgenden Wortlaut haben: «Der Verlust einer Chance ist entsprechend der Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung zu ersetzen».
- 605 Breites allgemeines Anwendungsgebiet.** – Diese Arbeit hat gezeigt, dass der Theorie vom Verlust einer Chance im schweizerischen Recht ein breites Anwendungsgebiet eingeräumt werden sollte. Die Untersuchung vor allem des französischen und des englischen Rechts führt zum Schluss, dass sich eine Unterscheidung zwischen vergangenen Chancen einerseits und zukünftigen Chancen andererseits nicht rechtfertigt. Der logische Fehler dieser Unterscheidung kann folgendermassen veranschaulicht werden: Wird die Leserin dieser Dissertation gefragt, welche Zahl sie in einem Spiel *würfeln wird*, so kann sie nur eine Antwort gestützt auf Wahrscheinlichkeiten geben. Wenn die Leserin dagegen bereits gewürfelt hat, der Würfel jedoch noch unter dem Würfelbecher versteckt bleibt, und sie wieder gefragt wird, welche Zahl sie *gewürfelt hat*, so kann die Leserin auch in diesem Fall nur auf Wahrscheinlichkeiten basierende Antworten geben. Da diese Unterscheidung häufig dazu missbraucht wurde, um die Ärztinnenhaftung vom Anwendungsgebiet der "*perte d'une chance*" auszuschliessen, ist eine solche Einschränkung ebenfalls nicht angebracht. Die Theorie kann in Fällen, in denen die Verwirklichung der Chance von der Geschädigten selbst abhängt, zur Anwendung kommen. Der typische Fall der mangelnden Information über die Risiken eines Eingriffs durch die Ärztin veranschaulicht deutlich, wie die "*perte d'une chance*" zu gerechteren Resultaten führt als die beiden extremen Alternativen, die darin bestehen entweder jegliche Entschädigung zu verweigern, da man nie wissen wird, ob die gehörig informierte Patientin ihre Einwilligung gegeben hätte, oder aber vollen Schadenersatz zuzusprechen, da man

davon ausgeht, dass die Verletzung der körperlichen Integrität aufgrund der fehlenden Einwilligung durch keinen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist. Was die Anwendung der Theorie auf die Haftung für die Schaffung eines dauerhaften Risikos anbelangt, so muss die Antwort nuanciert werden. Theoretisch wäre es zwar möglich, das dauerhafte Risiko als gegenwärtigen Schaden aufzufassen, da diese Belastung schon jetzt negative finanzielle Konsequenzen für das betroffene Vermögensgut hat. Die verschiedenen zu berücksichtigenden Argumente sprechen jedoch nicht deutlich genug für eine Anwendung der Theorie vom Verlust einer Chance auf die Schaffung eines dauerhaften Risikos.

- 606 Verlorene Chancen als gegenwärtiger Schaden.** – Was die Prozessführung betrifft, könnte die *“perte d’une chance”* problemlos ins schweizerische Recht eingeführt werden. Verlorene Prozesschancen werden in praktisch allen untersuchten Rechtssystemen seit langem schon ersetzt. Diese Methode würde es erlauben, den Zufälligkeiten eines Prozesses (*“aléas de la justice”*) besser gerecht werdende Lösungen zu finden als das herkömmliche Alles-oder-Nichts Prinzip in Verbindung mit der Methode des Prozessess-im-Prozess. Die Zurückhaltung des schweizerischen Rechts gegenüber der Kompensation von Reflexschäden würde dagegen gewisse Fallkonstellationen, in denen das französische Recht durch Abbruch von Vertragsverhandlungen verlorene Chancen entschädigt, von der Haftpflicht ausschliessen. Die vorvertragliche Haftung würde sich aber trotzdem ebenfalls als Anwendungsgebiet für die Theorie vom Verlust einer Chance eignen. Was das öffentliche Beschaffungswesen betrifft, so fordert ein Teil der einschlägigen Lehre ebenfalls die Entschädigung von Chancen, die eine unrechtmässig von einem Submissionsverfahren ausgeschlossene Anbieterin verliert.
- 607 Verlorene Chancen als zukünftiger Schaden.** – Bei der Berechnung des zukünftigen Schadens werden schon heute unzählige Chancen und Risiken miteinbezogen. Dies ist vor allem der Fall für den Schaden bei Körperverletzungen, also den zukünftigen Erwerbsverlust infolge Arbeitsunfähigkeit und insbesondere die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Der Schaden bei Tötung bestimmt sich ebenfalls schon heute mit Hilfe der Berechnung von zahlreichen Chancen (wie zum Beispiel die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit), so wie dies auch das französische Recht für den direkten oder indirekten Verlust einer Chance, eine bessere soziale Stellung zu erlangen, vorsieht.
- 608 Verlust von Heilungs- und Überlebenschancen.** – Nach dem Beispiel der Mehrheit der untersuchten Rechtssysteme könnte auch das schweizerische Recht von der Entschädigung von Überlebens- und Heilungschancen nur profitieren. Die Einführung der *“perte d’une chance”* rechtfertigt sich jedenfalls für die vertragliche, deliktische und öffentliche Haftpflicht. Was dagegen die strafrechtliche Haftung anbelangt, verbietet das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Straftaten (*nullum crimen sine lege*), verlorene Chancen auf dem Wege der Rechtsprechung zu berücksichtigen. Es bräuchte deshalb eine Intervention der Gesetzgeberin, um Angeklagte, die andere um ihre Überlebens- oder Heilungschancen gebracht haben, zu verurteilen.
- 609 Einige besonders umstrittene Anwendungen.** – Falls das schweizerische Recht den Eltern ein Klagerecht für *“wrongful birth”* und den Kindern ein solches für *“wrongful life”* zuerkennen sollte, dann könnte auch der Verlust der *“Chance”* der Eltern, keine Kinder zu bekommen, und jene der Kinder, nicht auf die Welt zu kommen, ohne weiteres ersatzfähig werden. Der Schadenersatz kann auch im Sinne von Artikel 44 I OR verringert werden, wenn die Geschädigte am Verlust der Chancen mitschuldig ist.

- 610 **Schadensberechnung.** – Auch wenn die Schadensberechnung für den Verlust einer Chance häufig ein komplizierter Vorgang darstellt, so rechtfertigt es sich dennoch nicht, nur eine symbolische Entschädigung (z. Bsp. CHF 1.-) oder eine Genugtuung zuzusprechen. Der durch den Verlust der Chancen entstandene Schaden ist vom Endschaden unabhängig, so dass die Höhe der Entschädigung regelmässig tiefer liegt. Trotz der Tatsache, dass sich der Schadenersatz für verlorene Chancen in Bezug auf den Endschaden berechnet, handelt es sich nicht um eine teilweise Entschädigung des letzteren. Die untersuchten ausländischen Rechtssysteme kennen im wesentlichen drei Berechnungsmethoden: die am häufigsten gebrauchte Prozentmethode (*"percentage probability method"*), die Methode des freien Ermessens (*"discretionary award method"*) und die Methode des vollen Schadenersatzes (*"full damages method"*). Die Prozentmethode, die auch im schweizerischen Recht Anwendung finden sollte, multipliziert den Wert des Endziels mit dem Prozentsatz der Chancen (Wahrscheinlichkeit), das Endziel zu erreichen.
- 611 **Schlussfolgerung.** – Diese Arbeit hat gezeigt, dass die auf den ersten Blick im schweizerischen Recht ungewöhnliche Idee, den Verlust einer Chance entsprechend der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung zu entschädigen, durchaus realisierbar ist. Diese Methode stellt keine unnötige Komplizierung des Haftpflichtrechts, sondern eine praktisch notwendige Verfeinerung der Schadensberechnung dar. Die Untersuchung der verschiedenen Rechtssysteme, die seit langem den Schadenersatz für verlorene Chancen kennen, beweist, dass diese Methode zu weitaus gerechteren Resultaten führt als das herkömmliche Alles-oder-Nichts Prinzip. Der Hang der schweizerischen Richterinnen, verschiedene traditionelle Grundbegriffe des Haftpflichtrechts immer mehr zu überspannen oder sogar zu umgehen, zeigt ebenfalls die Notwendigkeit, den Ersatz für verlorene Chancen im schweizerischen Recht einzuführen.

Annexes

I Registre sommaire de jurisprudence

Seules les décisions les plus importantes en rapport avec l'indemnisation de chances perdues et de la création d'un risque durable sont mentionnées.

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

I.1 Droit suisse

Obergericht des Kantons Zürich	17.11.1988		245 ss
--------------------------------	------------	--	--------

I.2 Droit français

Cass. (req.)	17.07.1889	Caisse commerciale de Limoges c. C. Sigé	60
CE	03.08.1928	Bacon	85
CA Grenoble	24.10.1962		105
CE	24.04.1964	Hôpital Hospice de Voiron	113
Cass. (civ. 1 ^{re})	14.12.1965	Dr Petit c. Margoux et Dr B.	106
TGI Senlis	19.05.1970	Jules Desbois c. Yves Saint-Martin	55
Cass. (crim.)	09.06.1977	Dr Jacques Bucher	117
CE	05.01.2000	Consorts Telle	116

I.3 Droit américain

Tex. Courts of Civil Appeals	1917	Kansas City M. & O. Ry. Co. v. Bell	131
4 th Cir.	1966	Hicks v. United States	139, 141
Wash.	1983	Herskovits v. Group Health Coop.	145 s.
Wash.	1985	Daugert v. Pappas	151
N.J.	1987	Ayers v. Township of Jackson	155
Pa.	1987	Hamil v. Bashline	143 s.
Mich.	1990	Falcon v. Memorial Hospital	140
Tex.	1993	Kramer v. Lewisville Memorial Hospital	137

I.4 Droit anglais

CA	1911	Chaplin v. Hicks	179
HL	1972	McGhee v. National Coal Board	189
HL	1987	Hotson v. East Berkshire Area Health Authority	186, 419

1.5 Droit belge

Cass. (2 ^e ch.)	23.09.1974	Meunier c. Debremaeker	200
Cass. (1 ^{re} ch.)	19.01.1984	d'Argent c. Riguelle et Consorts	197

1.6 Droit néerlandais

HR	23.05.1980	Oranje Nassau Mijnen/van den Broek	206
HR	13.02.1981	Gem Heesch/Reijs	203
Gerechtshof d'Amsterdam	04.01.1996	Wever/De Kraker c.s.	207

1.7 Droit canadien

C.S.	1985	Janiak v. Ippolito	217
C.S.	1991	Lafrenière c. Lawson	224 ss

II Jurisprudence des Etats-Unis

Ce tableau tient compte de la jurisprudence parue jusqu'au 31 juillet 2000.

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
Alabama	X					<i>McAfee v. Baptist Medical Ctr.</i> , 641 So.2d 265, 267 (Ala. 1994): «if [...] the plaintiffs are in fact asking this Court to abandon Alabama's traditional rules of proximate cause and to recognize the 'loss of chance doctrine,' we decline to do so».
Alaska	(X) ²²⁷³					<i>Crosby v. United States</i> , 48 F.Supp.2d 924 (D. Alaska 1999): «(h)aving reviewed the relevant authority and considered the parties' respective arguments in light of reason, law, policy, and precedent, this court is persuaded that the Alaska Supreme Court would not recognize a cause of action for 'loss of chance' in a medical malpractice setting».
Arizona			X		P	<i>Thompson v. Sun City Community Hosp., Inc.</i> , 688 P.2d 605, 616 (Ariz. 1984): «We hold, therefore, that because the protection of the chance interest was within the range of duty breached by defendant and the harm which followed was the type from which the defendant was to have protected the plaintiff, the jury may be allowed to consider the increase in the chance of harm on the issue of causation» ²²⁷⁴ .
Arkansas						indécis (décisions contradictoires) ²²⁷⁵
California	X					<i>Bromme v. Pavitt</i> , 7 Cal.Rptr.2d 608, 618 (Cal. Court of Appeal 1992): «California does not recognize a cause of action for

²²⁶⁷ TR = Approche du tout-ou-rien ("All-or-nothing approach") (n° 136 ss).

²²⁶⁸ CS = Approche de la chance substantielle ("Substantial chance approach") (n° 138 ss).

²²⁶⁹ CA = Approche de la causalité atténuée ("Relaxed causation approach") (n° 142 ss).

²²⁷⁰ PPC = Approche de la chance pure ("Pure chance approach") (n° 145 ss).

²²⁷¹ ME = Méthode d'évaluation; P = Méthode proportionnelle d'évaluation ("proportional valuation method"); D = Méthode discrétionnaire ("discretionary award method").

²²⁷² Le jugement le plus récent du tribunal le plus haut placé dans la hiérarchie judiciaire traitant de la question de l'adoption de la théorie de la perte d'une chance.

²²⁷³ Les parenthèses indiquent des jugements de tribunaux fédéraux n'ayant pas de force contraignante pour les tribunaux de l'Etat dont le droit a été appliqué.

²²⁷⁴ Voir aussi Stephen A. BULLINGTON, Article: Arizona's Loss of a Chance Doctrine: Not a Cause of Action, But More Than an Evidentiary Rule, 33 *Arizona Attorney* (1997) p. 28 ss; David W. COUNCE, Note, Medical Malpractice: The Increased Risk Rule: Establishing "Probable" Causation Through Mere Possibility, 27 *Arizona Law Review* (1985) p. 257 ss.

²²⁷⁵ Comparer *Jeanes v. Milner*, 428 F.2d 598, 604 (8th Cir. 1970), appliquant le droit de l'Arkansas, avec *Blackmon v. Langley*, 737 S.W.2d 455, 456 (Ark. 1987), notant que "even if we agreed with the theory expressed in the Cooper and Golding wrongful death cases, and we are not all certain we do, we would not apply it here", et *Blankenship v. Burnett*, 803 S.W.2d 539 (Ark. 1991).

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
						wrongful death based on medical negligence where the decedent did not have a greater than 50 percent chance of survival had the defendant properly diagnosed and treated the condition.
Colorado			X			Kalser Found. Health Plan of Colorado v. Sharp, 741 P.2d 714 (Colo. 1987): une question doit être soumise au jury lorsque les moyens de preuve de la demanderesse montrent que la défenderesse a augmenté de manière substantielle par ses actes ou ses omissions le risque de dommage pour la patiente. ²²⁷⁶
Connecticut	X					LaBienec v. Baker, 526 A.2d 1341, 1346 s. (Conn. Appellate Court 1987): le tribunal cite Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc., 272 N.E.2d 97 (Ohio St. 1971): «The loss of a speculative chance of recovery alone is not an injury from which damages flow. We are convinced that the better rule to follow is the one which requires the plaintiff to prove that the defendant's negligence in all probability, proximately caused the injury». ²²⁷⁷
Delaware	X					United States v. Cumberbatch, 647 A.2d 1098, 1103 (Del. 1994): «(s)ince a wrongful death claim is purely statutory and the statute is expressly limited to (1) providing compensation to those statutory beneficiaries injured by the death of another, and (2) authorizing the maintenance of an action against a person who "causes the death" of another, it is not the proper type of action in which to pursue a loss of chance claim absent legislation enacted by the General Assembly». ²²⁷⁸
District of Columbia	X					Grant v. American National Red Cross, 745 A.2d 316, 322 (D. C. 2000): «[d]amages must be proven by a preponderance of the evidence. Damages are not proven when it is more likely than not that death was caused by

²²⁷⁶ La Cour suprême du Colorado était très prudente dans son jugement en disant que «[a]lthough it was not necessary to its decision, the court of appeals applied the "lost-chance" doctrine embodied in Restatement (Second) of Torts § 323(a) (1965). Restatement section 323(a) has been followed in several jurisdictions [...], but we express no opinion on whether we would apply section 323(a) in a proper case». Pour un arrêt plus récent de la même instance, *Boryla v. Pash*, 960 P.2d 123, 127 ss (Colo. 1998).

²²⁷⁷ Voir aussi Ellen M. FORAN, Note: Medical Malpractice: A Lost Chance Is A Compensable Interest, 12 *University of Bridgeport Law Review* (1992) p. 471 ss. Cette auteure interprète les arrêts mentionnés et la décision de la Cour suprême du Connecticut dans *Petriello v. Kalman* (576 A.2d 474 [Conn. 1990]) comme une reconnaissance implicite de la chance perdue en tant que dommage réparable.

²²⁷⁸ Cette décision a été expliquée par la Cour suprême du Delaware dans l'arrêt *United States v. Anderson*, 669 A.2d 73, 75 (Del. 1995).

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
						<i>the antecedent disease or injury rather than the negligence of the physician.</i>
Florida	X					<i>Gooding v. University Hosp. Bldg., Inc.</i> , 445 So.2d 1015, 1020 (Fla. 1984): dans une action en responsabilité médicale, la patiente «must show more than a decreased chance of survival because of a defendant's conduct» et «the plaintiff must show that the injury more likely than not resulted from the defendant's negligence in order to establish a jury question» et «the plaintiff must show that what was done or failed to be done probably would have affected the outcome» ²²⁷³ .
Georgia				X		<i>Richmond County Hosp. Auth. Operating University Hosp. Dickerson</i> , 356 S.E.2d 548, 550 (Ga. Court of Appeals 1987): «[p]roximate cause is not eliminated by merely establishing by expert opinion that the patient had less than a fifty percent chance of survival had the negligence not occurred».
Hawaii						Indécis (pas de décisions)
Idaho	X					<i>Manning v. Twin Falls Clinic and Hosp.</i> , 830 P.2d 1185, 1190 (Idaho 1992): «[a]fter review of the cases that have considered the rationale of the doctrines of 'increased risk of harm' or 'lost chance' convinces us to reject both doctrines».
Illinois				X	P	<i>Holton v. Mem. Hosp.</i> , 679 N.E.2d 1202, 1212 (Ill. 1997): «[t]o the extent a plaintiff's chance of recovery or survival is lessened by the malpractice, he or she should be able to present evidence to a jury that the defendant's malpractice, to a reasonable degree of medical certainty, proximately caused the increased risk of harm or lost chance of recovery» ²²⁸⁰ .
Indiana			X			<i>Mayhue v. Sparkman</i> , 653 N.E.2d 1384, 1389 (Ind. 1995): <i>Restatement (Second) of Torts</i> 323 est «most consistent with Indiana law».
Iowa				X	P	<i>DeBurkatie v. Louvar</i> , 393 N.W.2d 131 (Iowa 1986): «We believe the better approach is to allow recovery, but only for the lost chance of survival» ²²⁸¹ .

²²⁷⁹ Voir aussi Victoria E. MACINTOSH, Note: Medical Malpractice and "Loss of Chance" Actions – What Standard Should Florida Adopt?, 13 *Stetson Law Review* (1983) p. 136 ss.

²²⁸⁰ La *Illinois Appellate Court, First District* a décidé dans *Meck v. Paramedic Services of Illinois*, 1998 WL 269986, May 26 1998 que le degré de chances de guérison perdues ne devait pas être supérieur à 50%. Voir aussi Charles E. SCHMIDT, Article: Survey of Illinois Law: Medical Malpractice, 22 *Southern Illinois University Law Journal* (1998) p. 981 ss; Shelley E. SMITH, Comment: Lost Chance of Survival in Illinois: The Need for Guidance from the Illinois Supreme Court, 23 *Loyola University of Chicago Law Journal* (1991) p. 155 ss.

²²⁸¹ Cette jurisprudence a été confirmée récemment par *Wendland v. Sparks*, 574 N.W.2d 327, 333 (Iowa 1998).

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
Kansas		X			P	<i>Delaney v. Cade</i> , 873 P.2d 175, 187 (Kan. 1994): une demanderesse «must show that the lost chance for a better recovery was a substantial loss of chance as opposed to a theoretical or de minimis loss» et «the finder of fact shall calculate the monetary recovery on the basis of the proportional damage approach».
Kentucky						Indécis (décisions contradictoires) ²²⁸²
Louisiana				X	D	<i>Rachel Smith v. State Department of Health & Hosp.</i> , 676 So.2d 543 (La. 1996): «[t]he lost chance of survival in professional malpractice cases has a value in and of itself that is different from the value of a wrongful death or survival claim. The jury can calculate the lost chance of survival without going through the illusory exercise of setting a value for the wrongful death or survival claims and then mechanically reducing that amount by some consensus of the expert estimates of the percentage chance of survival».
Maine						Indécis (pas de décisions) ²²⁸³
Maryland	X					<i>Fennell v. Southern Maryland Hosp. Ctr., Inc.</i> , 580 A.2d 206, 215 (Md. Court of Special Appeals 1990): la cour est «unwilling to relax traditional rules of causation and create a new tort allowing full recovery for causing death by causing a loss of less than 50% chance of survival».
Massachusetts			X			<i>Joudrey v. Nashoba Community Hosp., Inc.</i> , 592 N.E.2d 769, 772 (Mass. Appeals Court 1992): «[i]n cases in which a physician's negligent conduct has caused a delay in the diagnosis of a patient's cancer, proximate causation can be proved by expert evidence which shows, to a reasonable medical certainty, that the patient 'would have had a much improved chance of survival or longer life if diagnosis and treatment meeting accepted standards of care had been appropriately initiated'».

²²⁶⁷ Comparer *Wiley v. Montgomery*, 861 F.2d 145, 146 (6th Cir. 1988), appliquant le droit du Kentucky et concluant que les preuves montraient que la possibilité de survie du patient ne pouvait pas être exclue, avec *Richard v. Adair Hosp. Found. Corp.*, 566 S.W.2d 791, 794 (Ky. Court of Appeals 1978), notant que la distinction entre la probabilité et la simple possibilité de la causalité entre l'accident médical et le dommage était une question de degré, et *Walden v. Jones*, 439 S.W.2d 571, 576 (Ky. Court of Appeals 1968), concluant que la jurisprudence du Kentucky ne libérait pas la patiente, dans une action en responsabilité médicale, de la preuve que la négligence de la docteure était la cause directe du dommage. Cette preuve doit être établie avec une probabilité médicale raisonnable.

²²⁸³ La Cour suprême du Maine a laissé ouverte la question de savoir si la théorie de la perte d'une chance devait être reconnue dans le droit de l'Etat du Maine (*Phillips v. Eastern Maine Med. Ctr.*, 565 A.2d 306 [Me.1989]).

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
Michigan		X			P	<i>Falcon v. Memorial Hosp.</i> , 462 N.W.2d 44, 56 (Mich. 1990): «loss of 37.5 percent opportunity of living constitutes a loss of a substantial opportunity of avoiding physical harm» ²²⁸⁴ .
Minnesota	X					<i>Fabio v. Bellomo</i> , 504 N.W.2d 758, 762 (Minn. 1993): «[w]e have never recognized loss of chance in the context of a medical malpractice action, and we decline to recognize it in this case» ²²⁸⁵ .
Mississippi	X					<i>Ladner v. Campbell</i> , 515 So.2d 882, 888 (Miss. 1987): «Mississippi law does not permit recovery of damages because of mere diminishment of the 'chance of recovery'».
Missouri				X	P	<i>Wollen v. DePaul Health Ctr.</i> , 828 S.W.2d 681, 685 (Mo. 1992): «this Court chooses to recognize a cause of action for lost chance of recovery in medical malpractice cases».
Montana			X			<i>Aasheim v. Humberger</i> , 695 P.2d 824, 828 (Mont. 1985): «plaintiff is entitled to a 'loss of chance' instruction, [...] reflect[ing] the substantive law found in Restatement (Second) of Torts 323».
Nebraska	X					<i>Steineke v. Share Health Plan of Nebraska, Inc.</i> , 518 N.W.2d 904 (Neb. 1994): «As to Steineke's loss of chance arguments, she has cited no authority, nor have we discovered any, that Nebraska recognizes loss of chance as a cause of action or as an element of damages in either tort or contract cases. We decline to adopt the loss of chance doctrine in this case [...]» ²²⁸⁶ .
Nevada				X	P	<i>Perez v. Las Vegas Med. Ctr.</i> , 805 P.2d 589, 592 (Nev. 1991): «the best rationale supporting recovery in these circumstances is the 'loss of chance' doctrine».
New Hampshire	X					<i>Pittsury-Flood v. Portsmouth Hosp.</i> , 512 A.2d 1126, 1130 (N.H. 1986): «the Hicks rule [...] is ill-advised. Causation is a matter of probability, not possibility».
New Jersey			X		P	<i>Scafidi v. Seiler</i> , 574 A.2d 398, 405 s. (N.J. 1990): «[e]vidence demonstrating within a reasonable degree of medical probability that

²²⁸⁴ Par contre, *Weymers v. Khero*, 563 N.W.2d 647, 653 (Mich. 1997), confirmant un jugement sommaire en faveur d'un médecin alors que le patient avait seulement une chance de 30% à 40% d'éviter le dommage, et notant que «no cause of action exists for the loss of an opportunity to avoid physical harm».

²²⁸⁵ Voir aussi William M. BRADT/John H. GUTHMANN, Recovery for the Value of a Chance in Medical Negligence Cases: Bringing Minnesota's Standard of Causation Up to Date, 12 *William Mitchell Law Review* (1986) p. 459 ss.

²²⁸⁶ EVATT, p. 980: «At first glance, it appears that Nebraska does not recognize the loss of a chance cause of action according to *Steineke v. Share Health Plan, Inc.* Yet, upon further analysis, *Steineke* may support the adoption of loss of chance either as a cause of action or as an element of damages».

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA 2269	PPC 2270	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
						<i>negligent treatment increased the risk of harm posed by a preexisting condition raises a jury question whether the increased risk was a substantial factor in producing the ultimate result.</i>
New Mexico	(X)					<i>Alfonso v. Lund</i> , 783 F.2d 958, 964 (10 th Cir. 1985): «The section [Restatement (Second) of Torts § 323(a) (1965)] recognizes a new theory of liability which has not yet been treated by the New Mexico courts».
New York				X	P	<i>Kallenberg v. Beth Israel Hosp.</i> , 357 N.Y.S.2d 508, 510 s. (N.Y. 1974): une chance aussi petite que deux pourcent permet au jury de conclure que l'état de la patiente se serait amélioré si un traitement correct avait été appliqué.
North Carolina						Indécis (pas de décisions) ²²⁸⁷
North Dakota						Indécis (pas de décisions)
Ohio			X		P	<i>Roberts v. Ohio Permanente Med. Group, Inc.</i> , 668 N.E.2d 480, 484 (Ohio 1996): «[i]n order to maintain an action for the loss of a less-than-even chance of recovery or survival, the plaintiff must present expert medical testimony showing that the health care provider's negligent act or omission increased the risk of harm to the plaintiff» et «[t]he amount of damages recoverable by a plaintiff in a loss-of-chance case equals the total sum of damages for the underlying injury or death assessed from the date of the negligent act or omission multiplied by the percentage of the lost chance» ²²⁸⁸ .
Oklahoma				X	P	<i>McKellips v. Saint Francis Hosp., Inc.</i> , 741 P.2d 467, 474 s. (Okla. 1987): «[t]oday's pronouncement adopts the loss of chance doctrine in Oklahoma in a limited type of medical malpractice case where the duty breached was one imposed to prevent the type of harm which patient ultimately sustains and because of the inherent nature of such a case a plaintiff is unable to produce evidence of causation sufficient to meet the traditional rule of causation».
Oregon			X			<i>Horn v. National Hosp., Ass'n</i> , 131 P.2d 455, 464 (Or. 1942): «The rule in this jurisdiction is now firmly established that if there is no

²²⁸⁷ *Shumaker v. United States*, 741 F.Supp. 154 (M.D.N.C. 1988), concluant que «[i]n the absence of significant guidance from the state courts and in light of the Fourth Circuit's receptivity to causes of action for lost possibility of recovery, the court cannot say at this time that the current status of the law is such that the North Carolina Supreme Court would reject the theory».

²²⁸⁸ Il est intéressant de noter que cette cour a adopté l'approche du *Restatement (Second) of Torts* § 323 pour la question de la causalité et la méthode proportionnelle d'évaluation pour le calcul de la valeur de la chance perdue.

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
						<i>substantial evidence tending to establish any one of the essential elements, a cause of action should not be submitted to the jury.</i>
Pennsylvania			X			<i>Hamil v. Bashline</i> , 392 A.2d 1280, 1288 (Pa. 1978): «once a plaintiff has demonstrated that defendant's acts or omissions, in a situation to which Section 323(a) applies, have increased the risk of harm to another, such evidence furnishes a basis for the fact-finder to go further and find that such increased risk was in turn a substantial factor in bringing about the resultant harm».
Puerto Rico				(X)		<i>Rivera Morales v. United States</i> , 642 F. Supp. 269, 272 s. (D.P.R. 1986): la négligence et le lien de causalité ont été considérés comme prouvés car les moyens de preuves montraient que la survie aurait été possible avec des soins médicaux appropriés.
Rhode Island						Indécis (pas de décisions)
South Carolina	X					<i>Jones v. Owings</i> , 456 S.E.2d 371, 374 (S.C. 1995): «[a]fter a thorough review of the 'loss of chance' doctrine, we decline to adopt the doctrine and maintain our traditional approach» ²²⁸⁹ .
South Dakota		(X)				<i>Voegeli v. Lewis</i> , 568 F.2d 89, 94 (8 th Cir. 1977): «[i]t was necessary to prove by a preponderance of the evidence that Dr. Lewis' negligence operated substantially to reduce the chances of saving the leg».
Tennessee	X					<i>Kilpatrick v. Bryant</i> , 868 S.W.2d 594, 603 (Tenn. 1993): «there can be no liability in a medical malpractice case for negligent diagnosis or treatment that decreases a patient's chances of avoiding death or other adverse medical condition where the death or adverse medical condition would probably have occurred anyway».
Texas	X					<i>Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.</i> , 858 S.W.2d 397, 398 (Tex. 1993): «We hold that such recovery [for lost chance of survival or cure in medical malpractice cases] is not authorized by the Texas Wrongful Death Act [...], and should not be permitted under the Texas Survivorship Statute [...], or under a

²²⁸⁹ Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour suprême de la Caroline du Sud dans l'arrêt *Taylor v. Medenica*, 479 S.E.2d 35 (S.C. 1996).

²²⁹⁰ Pour une analyse détaillée de cette affaire, Gary D. ELLISTON/Jonathan K. HENDERSON, Article: No Chance for "Loss of Chance" in Texas Medical Malpractice Litigation after *Kramer*, 59 *Texas Bar Journal* (1996) p. 734 ss. Voir aussi Darell L. KEITH, Article: The Court's Charge in Texas Medical Malpractice Cases, 48 *Baylor Law Review* (1996) p. 675 ss; Wayne BARNES, Note: Texas Bucks the Trend - No Cause of Action for Lost Chance of Survival in the Medical Malpractice Context: *Kramer v. Lewisville Memorial Hospital*, 858 S.W.2d 397 (Tex. 1993), 25 *Texas Tech Law Review* (1993) p.

Etat	TR ²²⁵⁷	CS ²²⁵⁸	CA ²²⁵⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
						<i>separate common law cause of action</i> ²²⁸⁰
Utah	(X)					<i>Andersen v. Brigham Young Univ.</i> , 879 F.Supp. 1124, 1130 (D.Utah 1995) (appliquant le droit de l'Utah): «[t]his Court is satisfied that Utah has not adopted a separate cause of action permitting recovery for the reduction of a statistical chance of long-term survival, and this Court is not inclined to make an 'eerie guess' that the Supreme Court of Utah will do so», affirmed, 89 F.3d 849 (10 th Cir. 1996) ²²⁹¹
Vermont			(X)		(P)	<i>Short v. United States</i> , 908 F.Supp. 227, 237 (D. Vt. 1995): «given the opportunity the Vermont Supreme Court would apply the loss of chance doctrine in a case where a plaintiff alleges the negligent failure to diagnose».
Virginia		X				<i>Griffett v. Ryan</i> , 443 S.E.2d 149, 152 (Va. 1994): «[w]hen a physician's or surgeon's action or inaction has effectively terminated a person's chance of survival, he will not be permitted to raise conjectures as to possible chances for survival that he has put beyond realization. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable».
Virgin Islands						Indécis (pas de décisions)
Washington				X	P	<i>Herskovits v. Group Health Coop.</i> , 664 P.2d 474, 477 (Wash. 1983): «medical testimony of a reduction of chance of survival from 39 percent to 25 percent is sufficient evidence to allow the proximate cause issue to go to the jury» ²²⁹²
West Virginia			X			<i>Thornton v. Charleston Area Medical Center</i> , 305 S.E.2d 316, 324 s. (W.Va. 1983): «[w]here a plaintiff in a malpractice case has demonstrated that a defendant's acts or omissions have increased the risk of harm to the plaintiff and that such increased risk of harm was a substantial factor in bringing about the ultimate injury to the plaintiff, then the defendant is liable for such ultimate inju-

219 ss; Lori R. ELLIS, Note: Loss of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, 72 *Texas Law Review* (1993) p. 369 ss.

²²⁹¹ Dans l'Utah, la situation de la théorie de la perte d'une chance de guérison n'est pas aussi claire qu'elle n'y paraît: «[t]he status of "lost chance" recovery in Utah is at best unclear, and better articulation of whether any of the various legal claims of "lost chance" or "increased risk" exist in this state is needed. There are a number of policy reasons, identified in *Seale v. Gowan*, 923 P.2d 1261 (Utah 1996) which may ultimately persuade Utah appellate courts that loss of chance claims should not be recognized» (MOSCON, p. 32). Voir aussi Daniel J. ANDERSEN, Article: "Loss of Chance" in Utah?, 9 *Utah Bar Journal* (1996) p. 8 ss.

²²⁹² Voir aussi Warner MILLER, Note: *Herskovits v. Group Health Cooperative*: Negligent Creation of a Substantial Risk of Injury is Compensable Harm, 9 *University of Puget Sound Law Review* (1985) p. 251 ss.

Etat	TR ²²⁶⁷	CS ²²⁶⁸	CA ²²⁶⁹	PPC ²²⁷⁰	ME (P ou D) ²²⁷¹	Jugement ²²⁷²
Wisconsin			X			ry». <i>Ehlinger v. Sipes</i> , 454 N.W.2d 754, 759 (Wis. 1990): «the plaintiff need only show that the omitted treatment was intended to prevent the very type of harm which resulted, that the plaintiff would have submitted to the treatment and it is more probable than not that the treatment could have lessened or avoided the plaintiff's injury had it been rendered».
Wyoming						Indécis (pas de décisions)

Bibliographie

Les ouvrages fréquemment cités se trouvent dans la bibliographie. Les autres sont cités en entier dans les notes de bas de page.

Des adjonctions au nom de famille de l'auteur dans les citations se trouvent en gras dans la bibliographie.

Office fédéral de la justice (éd.)

Rapport de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile (Berne 1991) [**Rapport**]

WIDMER Pierre/WESSNER Pierre

Rapport explicatif pour la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (2000) [**Rapport explicatif**]

A

AACARD Todd S.

Note: Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases, 96 *Michigan Law Review* (1998) p. 1335 ss

AKKERMANS Arnoldus Johannes

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, thèse (Deventer 1997)

ANDEL Patricia L.

Comment: Medical Malpractice: The Right to Recover for the Loss of Chance of Survival, 12 *Pepperdine Law Review* (1985) p. 973 ss

ANRYS Henry

La responsabilité civile médicale (Bruxelles 1974)

ASH Gregory L.

Toxic Torts and Latent Disease: The Case for an Increased Risk Cause of Action, 38 *Kansas Law Review* (1990) p. 1087 ss

ASHTON David P.C.

Decreasing the Risks Inherent in Claims for Increased Risk of Future Disease, 43 *University of Miami Law Review* (1989) p. 1081 ss

B

BAR VON Christian

Gemeineuropäisches Deliktsrecht, vol. II (München 1999)

BAUDOUIN Jean-Louis

La responsabilité civile délictuelle, 3^e éd. (Cowansville 1990)

BAUDOUIN Jean-Louis

La responsabilité civile, 4^e éd. (Cowansville 1994)

BENABENT Alain

La chance et le droit, thèse (Paris 1973)

BLACK Vaughan

Not a chance: Comments on Waddams, The Valuation of Chances, 30 *Canadian Business Law Journal* (1998) p. 96 ss

BOGGS Beth C.

Lost Chance of Survival Doctrine: Should the Courts Ever Tinker with Claims?, 16 *Southern Illinois University Law Journal* (1992) p. 421 ss

BORE Jacques

L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable, *JCP* 1974 doc. 2620

BREHM Roland

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, t. VI, 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 3. Teilband, 1. Unterteilband (Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen – Kommentar zu Art. 41-61 OR, 2^e éd.

- BRENNWALD Stephen F. (Berne 1998)
Comment: Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach, 34 *Catholic University Law Review* (1985) p. 747 ss
- BRUER Robert S. Note: Loss of Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases, 59 *Missouri Law Review* (1994) p. 969 ss
- BRÜLHART Marcel Haftungspflicht und gentechnische Risiken, 18 *recht* (2000), p. 265 ss et 19 *recht* (2001) p. 15 ss
- BYDLINSKI Franz *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht* (Stuttgart 1964)
- C**
- CADIET Loïc *Les métamorphoses du préjudice*, in: *Les métamorphoses de la responsabilité – Sixièmes Journées René Savatier à Poitiers* (Paris 1997), p. 37 ss
- CARNEY Dionne R. Note: Smith v. State of Louisiana, Department of Health and Hospitals: Loss of Chance of Survival: The Valuation Debate, 58 *Louisiana Law Review* (1997) p. 339 ss
- CARSON Brent Increased Risk of Disease from Hazardous Waste: A Proposal for Judicial Relief, 60 *Washington Law Review* (1985) p. 635 ss
- CHABAS François Vers un changement de nature de l'obligation médicale, *D* 1973 doc. 2541
- CHABAS François *La perte d'une chance en droit français*, in: O. Guillo (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 131 ss
- CHABAS François La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile, *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LXI - n° 2 (Milan 1996), p. 227 ss
- CHARAF ELDINE A. La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat), 19 *RTDSS* (1983) p. 48 ss
- Charlesworth & Percy *On Negligence*, 9^e éd. (London 1997)
- CHARTIER Yves *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, (Paris 1983)
- CHARTIER Yves *La réparation du préjudice* (Paris 1996)
- CLERC Evelyne *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, thèse (Fribourg 1997)
- Clerk & Lindsell *On Torts*, 17^e éd. (London 1995)
- CONTE Philippe *Responsabilité du fait personnel*, in: P. Raynaud/J.L. Aubert/E. Savaux (éd.), *Répertoire de droit civil*, t. IX
- CONTI Christian Die Malaise der ärztlichen Aufklärung, 9 *PJA* (2000) p. 615 ss
- COOPER Ken Assessing Possibilities in Damage Awards – The Loss of a Chance or the Chance of a Loss, 37 *Saskatchewan Law Review* (1973) p. 193 ss
- COOTE Brian Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort, 62 *Australian Law Journal* (1988) p. 761 ss
- COWNIE Fiona C. *Damages for loss of a chance in tort?*, in: *Professional Negligence* (1989), p. 194 ss
- CUMMINGS John C. How Far Should Increased Risk Recovery Be Carried in the Context of Exposure to Hazardous Substances?, 76 *Kentucky Law Journal* (1987-88) p. 459 ss

D

- DALCQ Roger O. *Traité de la Responsabilité Civile*, Nouvelles, Droit civil, t. V, 2 (Bruxelles 1962)
- DEFREYN Marc D. A Focus on Unincorporated Businesses: Comment: Hardy v. Southwestern Bell Telephone Co.: When Not To Ask The Supreme Court Questions of Law, 22 *Oklahoma City University Law Review* (1997) p. 791 ss
- DEMICHÉL André *La responsabilité médicale* (Paris 1997)
- DEROBERT Léon *Droit médical et déontologie médicale* (Collection médico-chirurgicale à révision périodique), chap. 8 (Paris 1976)
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre *La responsabilité civile*, 2^e éd. (Berne 1982)
- DEUTSCH Erwin Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen, 39 *VersR* (1988) p. 1 ss
- DEUTSCH Erwin *Causalité: Débats*, In: O. Guillo (éd.), Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile (Zürich 1991), p. 145 ss
- DEUTSCH Erwin *Unertaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3^e éd. (Köln/Berlin/Bonn/München 1995)
- DEUTSCH Erwin *Allgemeines Haftungsrecht*, 2^e éd. (Köln/Berlin/Bonn/München 1996)
- DEUTSCH Erwin *Medizinrecht*, 4^e éd. (Berlin/Heidelberg/ New York 1999)
- DEUTSCH Erwin/MATTHIES Karl-Heinz *Arzthaftungsrecht – Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen* (Köln 1985)
- DIRIX Eric *Het begrip schade* (Antwerpen 1984)
- DOBBS Dan B. *Law of Remedies: Damages – Equity – Restitution*, vol. 1, 2^e éd. (St. Paul 1993)
- DORSNER-DOLIVET Annick *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie* (Paris 1986)

E

- ELLIOTT Catherine/QUINN Frances *Tort Law*, 2^e éd. (London 1999)
- ENDREO Gilles/MAILLAUD Eric *Droit à réparation – Conditions de la responsabilité délictuelle – Le dommage – Caractères du dommage réparable*, Juris-Classeur Responsabilité civile, art. 1382 à 1386, fasc. 101 (Paris 1993)
- ENGEL Pierre *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd. (Berne 1997)
- ENGEL Pierre *Contrats de droit suisse*, 2^e éd. (Berne 2000)
- ESSER Josef/SCHMIDT Eike *Schuldrecht*, vol. 1, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8^e éd. (Heidelberg 2000)
- EVATT Patrick L. Note: A Closer Look at Loss of Chance Under Nebraska Medical Malpractice Law: *Steincke v. Share Health Plan, Inc.*, 246 Neb. 374, 518 N.W.2d 904 (1994), 76 *Nebraska Law Review* (1997) p. 979 ss

F

- FABRE-MAGNAN Muriel *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une*

- théorie (Paris 1992)
- FELDMAN Howard Ross Comment, Chances as Protected Interests: Recovery for the Loss of Chance and Increased Risk, 17 *University of Baltimore Law Review* (1987) p. 139 ss
- FELLMANN Walter Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, 4 *PJA* (1995) p. 878 ss
- FLEISCHER Holger Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, 54 *JZ* (1999) p. 766 ss
- FLEMING John G. Probabilistic Causation in Tort Law, 68 *Can. Bar Rev.* (1989) p. 661 ss
- FLEMING John G. Probabilistic Causation in Tort Law: A Postscript, 70 *Can. Bar Rev.* (1991) p. 136 ss
- FLEMING John G. *The Law of Torts*, 9^e éd. (Sydney 1998)
- FLOUR Jacques/AUBERT Jean-Luc *Les obligations*, vol. 2: *Le fait juridique, Quasi-contrats – Responsabilité civile* (Paris 1997)
- FOX Michael J. The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice, 33 *Air Force Law Review* (1990) p. 97 ss
- FRANZKI Dietmar *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess – Eine prozessrechtliche Studie unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Schriften zum Prozessrecht, Band 72 (Berlin 1982)

G

- GATTIKER Monika Kausalhaftung für medizinische Behandlung – Realität oder Zukunftsmusik?, 10 *PJA* (2001) p. 645 ss
- GAUCH Peter Grundbegriffe des ausservortraglichen Haftpflichtrechts, 14 *recht* (1996) p. 227
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/REY Heinz *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, t. II, 7^e éd. (Zürich 1998)
- GENY François *Science et technique en droit privé positif*, 3^e partie: *Elaboration technique du droit positif* (Paris 1921)
- GERECKE David Risk Exposure as Injury: Alleviating the Injustice of Tort Causation Rules, 36 *McGill L.J.* (1990) p. 797 ss
- GIESEN Dieter *International Medical Malpractice Law* (Tübingen/Dordrecht/Boston/London 1988)
- GOLD Steve Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence, 96 *Yale Law Journal* (1986-87) p. 376 ss
- GOTTWALD Peter *Schadenszurechnung und Schadensschätzung* (München 1979)
- GROSS Jost *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz* (Bern 1987)
- GROSSERICHTER Helge *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der perte d'une chance* (München 2001)
- GRUNSKY Wolfgang *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 3^e éd. (München 1994) (MÜ-Ko-GRUNSKY)
- GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd. (Zürich 2000)
- GUILLON Olivier *Le consentement éclairé du patient*, thèse (Neuchâtel 1986)

- GUILLIOD Olivier *La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule*, in: M. Borghi/O. Guillod/H. Schultz (éd.), *la responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale* (Lugano 1989)
- GULDENER Max *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht* (Zürich 1958)
- GULDENER Max *Schweizerische Zivilprozessrecht*, 3^e éd. (Zürich 1979)
- GÖNTER Pierre-Yves *La responsabilité du médecin en Suisse*, 89 *RSJ* (1993), p. 93 ss

H

- HAGER Johannes in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13^e éd. (Berlin 1999) [Staudinger-HAGER]
- HANAU Peter *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Eine Studie zum Problem des pflichtgemässen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, t. 84 (Göttingen 1971)
- HARICHAUX-RAMU Michèle *Santé – Responsabilité du médecin – Principes généraux*, Juris-Classeur Responsabilité civile, art. 1382 à 1386, fasc. 440-1 (Paris 1993)
- HENNAU-HUBLET Christiane *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, à l'intégrité physique et à la santé des personnes* (Bruxelles/Paris 1987)
- HILL Timothy *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 *MLR* (1991) p. 511 ss
- HOCQUET-BERG Sophie *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, GP 1998 doc. 12 ss
- HOHL Fabienne *Le degré de la preuve*, in: *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Festschrift für Oscar Vogel (Fribourg 1991)
- HONSELL Heinrich *Die zivilrechtliche Haftung des Arztes*, 109 *RDS* (1990) I p. 135 ss
- HONSELL Heinrich *Einleitung*, in: H. Honsell (éd.), *Handbuch des Arztrechts* (Zürich 1994), p. I ss.
- HONSELL Heinrich *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3^e éd. (Zürich 2000)

J

- Jackson & Powell *On Professional Negligence*, 4^e éd. (London 1997)
- JANSEN Nijs *The Idea of a Lost Chance*, 19 *OJLS* (1999) p. 271 ss
- JOHNSON William B. *Measure and Elements of Damages for Pollution of Well or Spring*, 76 *A.L.R.* 4th 629 (1989)
- JONES Michael A. *Textbook on Torts*, 6^e éd. (London 1998)
- JULEN Thomas *Arzthaftungsrecht* (Wien 1997)

K

- KASCHE Maria *Verlust von Heilungschancen*, thèse (Frankfurt am Main 1999)
- KEETON W. Page/DOBBS Dan B./KEETON Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5^e éd. (St. Paul 1984)
- ROBERT E./OWEN David G.
- KEITH Darell L. Loss of Chance: A Modern Proportional Approach to Damages in Texas, 44 *Baylor Law Review* (1992) p. 759 ss
- KELLER Alfred *Haftpflicht im Privatrecht*, t. 1, 6^e éd. (Bern 2002)
- KELLER Alfred *Haftpflicht im Privatrecht*, t. II, 2^e éd. (Bern 1998)
- KELLER Alfred/GABI Sonja *Das schweizerische Schuldrecht*, t. II, Haftpflichtrecht, 2^e éd. (Basel/Frankfurt am Main 1988)
- KERKMEESTER H.O. De betekenis van het waarschijnlijkheidsbegrip voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Meijers geactualiseerd, 6111 *WPNR* (1993) p. 767 ss
- KERKMEESTER H.O. De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid, *NJB* (1998) p. 435 ss
- KING, Jr., Joseph H. Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 *Yale Law Journal* (1981) p. 1353 ss
- KLEIN Andrew R. A Model for Enhanced Risk Recovery in Tort, 56 *Washington & Lee Law Review* (1999) p. 1173
- KOLLER Alfred *Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation*, in: A. Koller (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997 (St. Gallen 1997), p. 1 ss
- KOLLER Alfred *Haftung des Arztes aus unterlassener Aufklärung*, 6 *PJA* (1997), p. 1197 ss
- KOZIOL Helmut *Der Beweis der natürlichen Kausalität*, in: A. Koller (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, (St. Gallen 1999), p. 79 ss
- KOZIOL Helmut *Schadenersatz für verlorene Chancen?*, 137 *RSJB* (2001) p. 889 ss
- KRAMER Ernst A. *Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis*, 123 *RSJB* (1987) p. 289 ss
- KUHN Moritz *Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient*, in: H. Honseil (éd.), Handbuch des Arztrechts (Zürich 1994), p. 21 ss
- KUHN Moritz *Die Arzthaftung in der Schweiz*, 17 *MedR* (1999), p. 248 ss
- KULL Michael *Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten* (Zürich 2000)
- KUMMER Max *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, t. 1, Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung, Art. 1-10 ZGB (Art. 8, 9 und 10) (Bern 1962) (Nachdruck 1966)

L

- LAMBERT-FAIVRE Yvonne *Droit du dommage corporel*, 3^e éd. (Paris 1996)
- LANGE Hermann *Schadenersatz*, 2^e éd. (Tübingen 1990)
- LARENZ Karl *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, Allgemeiner Teil, 14^e éd.

- (München 1987)
- LAROQUE Martine
 LAUFS Adolf *et al.*
 LE TOURNEAU Philippe/CADIET Loïc
 LEGUM Barton C.
 LESOURD Noëlle
 LEVMORE Saul
 LEWIS Charles J.
 LORD Polly A.
 LOSER Peter
 LOSER Peter
- La réparation de la perte de chances, *GP* 1985 doc. 608 ss
Handbuch des Arztrechts, 2^e éd. (München 1999)
Droit de la responsabilité et des contrats (Paris 2000)
 Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury, 18 *Georgia Law Review* (1984) p. 563 ss
 La perte d'une chance, *GP* 1963 doc. 49 ss
 Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs, 19 *Journal of Legal Studies* (1990) p. 691 ss
Medical negligence: a plaintiff's guide (London 1998)
 Comment: Loss of a Chance in Legal Malpractice, 61 *Washington Law Review* (1986) p. 1479 ss
Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, thèse (Bern/Stuttgart/Wien 1994)
 Schadenersatz für wahrscheinliche Kausalität – Ist die amerikanische Lehre von der probabilistic causation auf das schweizerische Recht für die Lösung von Umweltschadensfällen übertragbar?, 3 *PJA* (1994) p. 954 ss
- M
- MAASSEN Bernhard M.
 MACINTOSH Victoria E.
 MAKOTSI John
 MALAURIE Philippe/AYNES Laurent
 MALLON Ronald E./SMITH Jeffrey M.
 MANGAN Margaret T.
 MARKESINIS Basil S./DEAKIN Simon F.
 MATTHIES Karl-Heinz
 MAZEAUD Henri et Léon/MAZEAUD Jean/CHABAS François
 MAZEAUD Henri et Léon/TUNC André
 MCCORMICK Charles T.
 MCGREGOR Harvey
 MEIER Isaak
 MEMETEAU Gérard
 MEMETEAU Gérard
 MEMETEAU Gérard
- Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess, *Prozessrechtliche Abhandlungen*, cahier 39 (Köln/Berlin/Bonn/München 1975)
 Note, Medical Malpractice and "Loss of Chance" Actions – What Standard Should Florida Adopt?, 13 *Stetson Law Review* (1983) p. 136 ss
 Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability, 61 *North Carolina Law Review* (1989) p. 1063 ss
Cours de droit civil – t. VI – Les obligations, 7^e éd. (Paris 1997)
Legal Malpractice, 4^e éd. (St. Paul 1996)
 Comment: The Loss Of Chance Doctrine: A Small Price To Pay For Human Life, 42 *South Dakota Law Review* (1997) p. 279 ss
Tort Law, 3^e éd. (Oxford 1994)
Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben (Berlin 1984)
Leçons de droit civil, t. II, 1^{re} vol., *Obligations, théorie générale*, Lectures, 8^e éd. (Paris 1991)
Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6^e éd. (Paris 1965)
Handbook of the Law of Damages, (St. Paul 1935)
McGregor on Damages, 16^e éd. (London 1997)
 Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, *BJM* (1989) p. 57
Le droit médical (Paris 1985)
 Perte de chance en droit médical français, 32 *McGill L.J.* (1986) p. 125 ss
 La responsabilité civile médicale en droit comparé français et

- MEMETEAU Gérard
A l'ombre des jurisprudences en fleur ou: impressions de lecture sur deux arrêts de la Cour d'appel en matière de perte de chances, 36 *McGill L.J.* (1990) p. 602 ss
- MEMETEAU Gérard
La réforme de la responsabilité médicale et la remontée aux sources du droit civil, *GP* 1994 doc. 1151
- MEMETEAU Gérard
Perte de chances et responsabilité médicale, *GP* 1997 doc. 1367
- MEMETEAU Gérard/MELENNÉC Louis
Traité de droit médical, t. II, *Le contrat médical, La responsabilité civile du médecin* (Paris 1982)
- MERTENS Hans-Joachim
Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, thèse (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967)
- MERTENS Hans-Joachim
in: K. Reumann/F.J. Säcker (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 2. Halbband (§§ 652-853) (München 1986) [M&K-MERTENS]
- MERZ Hans
Droit des obligations, Partie Générale, t. I, *Traité de droit privé suisse*, vol. VII/1 (Fribourg 1993)
- MESTRE Jacques
La non-conclusion d'un contrat peut-elle constituer un préjudice réparable?, 87 *RTDC* (1988) p. 107 ss
- MIGIT Jeffrey D.
The Supreme Court of Texas Refuses to Adopt the "Loss of Chance" Doctrine: *Kramer v. Lewisville Memorial Hospital*, 838 S.W.2d 397 (Tex. 1993), 35 *South Texas Law Review* (1994) p. 365 ss
- MINNEMAN David Carl
Future Disease or Condition, or Anxiety Relating Thereto, as Element of Recovery, 50 *A.L.R.* 4th 13 (1986)
- MIRANDOLA Salvatore
Lost Chances, Cause-in-Fact, and Rationality in Medical Negligence, 50(2) *University of Toronto Faculty of Law Review* (1992) p. 258 ss
- MÖLLER Hans
Summen- und Einzelschaden (Hamburg 1937)
- MOUQUIN Gérard
La notion de jeu de hasard en droit public, thèse (Lausanne 1980)
- MÜHL Otto
Wahrscheinlichkeitsurteile, Prognosen und Kausalitätsfragen im privaten und öffentlichen Recht, in: *Festschrift für Hermann Lange* (Stuttgart/Berlin/Köln 1992), p. 583 ss
- MÜLLER-STOY Walter
Schadenersatz für verlorene Chancen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, thèse (Freiburg im Breisgau 1973)

N

- NELL Ernst Ludwig
Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, thèse (Berlin 1983)
- NOOTENS Suzanne
La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommage distinct?, 50 *R. du B.* (1990) p. 611 ss
- NÖSSGENS Karl
in: *Bürgerliches Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*; Kommentar, 12^e éd., § 823, Anhang II (Arzt haftungsrecht) (Berlin/New York 1989) [RGRK-NÖSSGENS]

O

- OFTINGER Karl *Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Allgemeiner Teil, 4^e éd. (Zürich 1975)*
- OFTINGER Karl/STARK Emil Wilhelm *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, I, 1, 5^e éd. (Zürich 1995)*
- OTT Werner Eduard *Haftung des Arztes oder des Spitals infolge fehlerhafter Unfallbehandlung, in: Collezione Assista (Genève 1998), p. 438 ss*

P

- FARDY Bruce *Risk, Cause, and Toxic Torts: A Theory for a Standard of Proof, 10 Advocates' Quarterly (1989) p. 277 ss*
- PAYLLIER Pascal *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, thèse (Zürich 1999)*
- PENNEAU Jean *La responsabilité médicale (Paris 1977)*
- PENNEAU Jean *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance?, 42 RIDC (1990) 525 ss*
- PERDUE Jim M. *Recovery for a Lost Chance of Survival: When the Doctor Gambles, Who Puts Up the Stakes?, 28 South Texas Law Review (1987) p. 37 ss*
- PERROCHET Lisa/SMITH Sandra J./COLELLA Ugo *Lost Chance Recovery and the Folly of Expanding Medical Malpractice Liability, 27 Torts & Insurance Law Journal (1992) p. 615 ss*
- PORCHY Stéphanie *Lien de causalité, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D 1998 chron. 379 ss*
- PRICE David P.T. *Causation - The Lords' lost chance?, 38 International and Comparative Law Quarterly (1989) p. 735 ss*

Q

- QUENDOZ Roger *Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, thèse (Zürich 1991)*

R

- REECE Helen *Losses of Chances in the Law, 59 MLR (1996) p. 189 ss*
- REISIG Jr. Robert A. *Note: The Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice Cases: An Overview, 13 American Journal of Trial Advocacy (1990) p. 1163 ss*
- REY Heinz *Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2^e éd. (Zürich 1998)*
- RIDDER DE M.J.J. *Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid, 44 AA (1995) p. 548 ss*
- ROBERTO Vito *Schadensrecht (Basel 1997)*
- ROBINSON Glen O. *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk, 14 Journal of Legal Studies (1985) p. 779 ss*

- RONSE Jan *e.a.*
ROSENBERG David
ROUBIK Linda M.
RUETSCHI David
- Schade en Schadeloosstelling*, t. 1 (Gent 1984)
The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System, 97 *Harvard Law Review* (1984) p. 849 ss
Recent Development: Recovery for "Loss of Chance" in a Wrongful Death Action – *Herskovits v. Group Health*, 99 Wn. 2d 609, 664 P.2d 474 (1983), 59 *Washington Law Review* (1984) p. 981 ss
Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation, 8 *PJA* (1999) p. 1359 ss
- S**
- SALLET Frédérique
SAVATIER René
SCHMAUDER Diane
SCHÖNLE Herbert
SCHUERMANS Luc *e.a.*
SCHUERMANS LUC *e.a.*
SCHWEIZER Philippe
SCHWENZER Ingeborg
SCOTT Walter
SICK Joachim
STAPLETON Jane
STARK Emil Wilhelm
STARK Emil Wilhelm
STAUCH Marc
STEFFEN Erich
STEFFEN Erich
STOLKER Carl Jan Jozef Marie
- La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1994)
Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?, *D* 1970 chron. 123 ss
An Analysis of New Jersey's Increased Risk Doctrine, 25 *Rutgers Law Review* (1994) p. 893 ss
Débats sur la causalité (perte d'une chance), in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 145 ss
Overzicht van de rechtspraak: onrechtmatige daad. Schadeloosstelling (1977-1982), 21 *TPR* (1984) p. 511 ss
Overzicht van rechtspraak: onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992), 31 *TPR* (1994) p. 851 ss
La preuve de la causalité, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 173 ss
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd. (Bern 2000)
Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases, 55 *MLR* (1992) p. 521 ss
Beweisrecht im Arzthaftungsprozess (Frankfurt am Main/Bern/New York 1986)
The Gist of Negligence, 104 *LQR* (1988) p. 213 ss
Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, in: P. Forstmoser/H. Giger/A. Heini/W. R. Schluep (éd.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag* (Zürich 1989), p. 311 ss
Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, in: O. Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (Zürich 1991), p. 101 ss
Causation, Risk and Loss of Chance in Medical Negligence, 17 *OJLS* (1997) p. 205 ss
in: *Bürgerliches Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*; Kommentar, t. II, 5^e partie (§§ 812-831), 12^e éd. (Berlin/New York 1989) [RGK-STEFFEN]
Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6^e éd. (Köln 1995)
Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties, these (Deventer 1988)

- STOLL Hans Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, in: *Recht und Staat*, cahier 364/365 (1968)
- STOLL Hans *Consequences of Liability: Remedies*, in: A. Tunc (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap. 8 (1972)
- STOLL Hans Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (Heidelberg 1993)
- STOLL Hans *Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in: *Der Schadenersatz und seine Deckung*, Festschrift für Erich Steffen (Berlin/New York 1995), p. 465 ss
- STREET Harry *Principles of Law of Damages* (London 1962)

T

- TERRE François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves *Droit civil - Les obligations*, 6^e éd. (Paris 1996)
- THURMAN Francis Wayne Note: Loss of Chance in Medical Malpractice Cases: A Contra View with an Examination of Tennessee's Current Position, 19 *Memphis State University Law Review* (1989) p. 81 ss
- TIETART-FROEIE Marie-Pierre Un avenir pour la notion de perte de chance à propos de l'arrêt cass. 11 octobre 1988, 32 *JMLDM* (1989) p. 359 ss
- TOBLER Christa/ STOLKER Carel "Wrongful Birth" - Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden, 6 *PJA* (1997) p. 1145
- TRIBE Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 *Harvard Law Review* (1971) p. 1329 ss
- TRUCKOR Michelle L. Comment: The Loss Of Chance Doctrine: Legal Recovery For Patients on The Edge Of Survival, 24 *Dayton Law Review* (1999) p. 349 ss

V

- VACARIE Isabelle La perte d'une chance, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1987-3 (Aix-Marseille 1987), p. 903 ss
- VAN A.J. *Onzekerheid over daderschap en causaliteit*, thèse (Arnhem 1995)
- VANDENBERGHE Hugo/QUICKENBORNE VAN Marc Overzicht van rechtspraak: Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984), 14 *TPR* (1987) p. 1536 ss
- VANSWEEVELT Thierry *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital* (Bruxelles 1996)
- VINEY Geneviève *Traité de Droit Civil, La responsabilité: conditions* (Paris 1982)
- VINEY Geneviève/BOURDAIN Patrice *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd. (Paris 1998)
- VINEY Geneviève/MARKESINIS Basil S. *La réparation du dommage corporel - Essai de comparaison des droits anglais et français* (Paris 1985)
- VOEGL Oscar/Spühler Karl *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 7^e éd. (Bern 2001)
- VON TUHR Andreas/PETER Hans *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, t. I, 1. und 2. Lieferung, 3^e éd. (Zürich 1974/1979)

W

- WADDAMS Stephen M. The Valuation of Chances, 30 *Canadian Business Law Journal* (1998), p. 86 ss
- WALKER Vern R. Article: Direct Inference in the Lost Chance Cases: Factfinding Constraints Under Minimal Fairness to Parties, 23 *Hofstra Law Review* (1994) p. 247 ss
- WEIR Tony *Loss of a Chance – Compensable in Tort? The Common Law*, in: O. Guillod (éd.), Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile (Zürich 1991), p. 111 ss
- WERRO Franz *Le mandat et ses effets* (Fribourg 1993)
- WERRO Franz *La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l'américaine?*, in: Responsabilité médicale, Cahier n° 2 de l'Institut du droit de la santé (Neuchâtel 1996), p. 3 ss
- WIDMER Pierre *Débats sur la causalité (perte d'une chance)*, in: O. Guillod (éd.), Développements récents du droit de la responsabilité civile (Zürich 1991), p. 149
- WIDMER Pierre *La responsabilité du fait des services*, in: La responsabilité des prestataires de services – Liability for services rendered, colloque de l'A.I.S.J. 1993 (Paris 1994), p. 151 ss
- WIDMER Pierre *Détermination et réduction de la réparation en droit suisse*, in: The limits of liability (The Hague/London/Boston 1996), n° 3
- WIDMER Pierre *Privatrechtliche Haftung*, in: T. Geiser/P. Münch (éd.), Schaden – Haftung – Versicherung (Basel/Genève/München 1999)
- WIEDEMAN Herbert *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kohlhammer-Kommentar, t. II, 12^e éd. (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1990) [Soergel-WIEDEMAN]
- WIEGAND Wolfgang *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, in: H. Honsell (éd.), Handbuch des Arztrechts (Zürich 1994), p. 119 ss
- WIKLEY N. J. Industrial Disease and the Onset of Damage, 105 *LQR* (1989) p. 19 ss
- WILLING Kevin J. Case Note: Falcon v. Memorial Hospital: A Rational Approach to Loss-of-Chance Tort Actions, 9 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* (1993) p. 545 ss
- WOLF Jonathan D. Comment: Playing the Percentages: A Re-Examination of Recovery for Loss of Chance, 26 *Santa Clara Law Review* (1986) p. 429 ss
- WYSS Lukas Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität, 93 *RSJ* (1997) p. 313 ss

Z

- ZEUNER Albrecht *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kohlhammer-Kommentar, t. V, 12^e éd. (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1999) [Soergel-ZEUNER]

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

action

- ~ en constatation de droit, 286

affection

- préjudice/dommage d'~ (droit français), 300

aléa, 2, 343, 374

aléatoire

- caractère ~ du dommage de chance, 298 ss
- caractère ~ de l'enjeu total, 369 ss, 445

Allemagne, 161 ss

Alles-oder-Nichts-Prinzip; v. tout-ou-rien

all-or-nothing approach; v. tout-ou-rien

amiante

- droit américain, 155
- droit anglais, 185

Anscheinsbeweis; v. preuve *prima facie*

arbitrage, 243, 248

art, 67

arthrite

- droit américain, 153
- droit anglais, 185

artificiel

- caractère ~ du dommage de chance, 301 ss

assurance

- ~ responsabilité civile de l'avocat, 480
- recours subrogatoire de l'~, 560

avenir économique

- atteinte à l'~, 502, 509 ss

B

balance of probabilities (droits américain et anglais); v. tout-ou-rien

Belgique, 192 ss

bien juridiquement protégé

- la chance en tant que ~, 368
- droit allemand, 158, 166

breach of contract (droit anglais), 179, 183

C

calcul, 564 ss

- ~ abstrait du dommage, 572
- méthode des dommages-intérêts entiers, 571
- méthode discrétionnaire, 569 s.
- méthode du pourcentage, 564 ss

Canada, 212 ss

causalité

- ~ adéquate, 8, 268, 391
 - droit canadien, 228
- ~ alternative, 254, 260, 266, 326, 332
- ~ hypothétique, 260, 432
- ~ naturelle, 267
- ~ outrepassante, 432
- ~ partielle, 334
- ~ possible, 337 s.
- impossibilité de prouver la ~, 371
- perte d'une chance comme problème de ~, 331 ss
- preuve de la ~, 259, 331

certitude

- ~ du préjudice réparable (droit français), 41 ss

chance(s), 2, 9 ss, 376 ss

- ~ de longévité, 541 ss
- ~ de mener une vie normale, 517
- ~ de remariage, 263, 313, 509, 514
- ~ de succession, 516
- ~ de vie, 541 ss
- ~ dont la réalisation dépend de la vic-time, 429 ss
- ~ en rapport avec la santé
 - calcul de la valeur de ~, 574 ss
- ~ future, 415 ss
- ~ "interrompue", 450
- ~ non transmissible, 384
 - calcul de la valeur d'une ~, 573

- ~ "ouverte", 450
- ~ passée, 415 ss
- ~ transmissible, 383
 - calcul de la valeur d'une ~, 572
- incertitude sur l'existence de la ~, 395 s.
- perte de la ~, 401 ss
- preuve de la ~, 400
- chose jugée**
 - autorité de la ~, 470, 488, 557, 583
- compensation**
 - fonction de ~ de la responsabilité civile, 292 s., 469
 - sous-~, 459 s.
 - sur-~, 459 s.
- comportement alternatif licite**, 432, 435, 447, 530
- concours**
 - ~ d'actions, 522
 - ~ d'admission (droit français), 68
 - ~ d'architecture, 496
 - droit allemand, 163
 - ~ de beauté (droit anglais), 179
- concrétisation**, 382
- concurrence déloyale**
 - droit français, 72
 - droit belge, 193
- conditio sine qua non**, 263, 267, 271, 337, 340, 371, 466
 - droit canadien, 228
- condition préexistante**, 378, 402
- contrat**
 - ~ aléatoire, 405 ss
 - ~ d'entreprise, 375
 - ~ médical (droit français), 98
- conviction**
 - théorie de la ~, 269
- course de chevaux**
 - droit français, 54 ss
 - droit allemand, 164
- coûts de la santé**
 - augmentation des ~, 321 ss
- culpa in contrahendo**, 489

D

damages

- *chromosomal* ~ (droit américain), 154, 468

- *general* ~ (droit anglais), 185
- *genetic* ~ (droit américain), 154
- *special* ~ (droit anglais), 185
- danger créé**
 - principe du ~, 281
- débats (maxime des ~)**, 257, 558
- de minimis non curat praetor**, 392
- demande à caractère spéculatif**, 461 s.
- déterminisme**, 5 s., 301
- différence**
 - théorie de la ~, 345
 - difficultés de la chance avec la théorie de la ~, 359
- dissémination des peries**, 307
- dommage**, 345 ss
 - autres ~s, 348
 - ~ absolu, 564
 - ~ consécutif au décès, 513 ss
 - ~ consécutif aux lésions corporelles, 502 ss
 - ~ corporel, 500 ss
 - droit anglais, 185
 - ~ de frustration, 351, 386, 495
 - droit français, 300
 - ~ final, 564
 - ~ matériel
 - droit anglais, 183
 - ~ normatif, 340, 350, 352
 - ~ purement économique
 - droit anglais, 183, 184
 - ~ réfléchi, 473
 - ~ relatif, 564
 - perte d'une chance comme ~ indemnifiable, 354 ss
 - types de ~s, 347
- Drittschadensliquidation**, 473
- droit matériel**
 - perte d'une chance comme un problème du ~, 325 ss

E

- economic loss** (droit anglais); v. **dommage purement économique**
- emotional distress** (droit américain), 155, 463
- enfant**

- perte de la "chance" de ne pas avoir une ~, 529 ss

enjeu total, 369 ss

- valeur de l'~, 565, 567

Enumerationsprinzip (droit allemand), 158

épilepsie

- droit américain, 153
- droit anglais, 185

équivalence des conditions

- droit canadien, 228

erreurs

- ~ dans l'évaluation du dommage de chance, 303 ss

espérance de vie

- perte d'une ~ (droit français), 542

évaluation

- ~ du préjudice (droit français), 49

ex aequo et bono, 387, 512, 569

- droit français, 569
- droit belge, 194, 197, 199, 569
- droit néerlandais, 203

ex nihilo nihil fit, 267, 430

examens, 68

expectation of life (loss of ~); v. *espérance de vie* (perte d'une ~)

expertise, 270, 484

- ~ médicale, 318

F

facteur de réduction, 11, 274, 279

fardeau de l'allégation (droit allemand), 162

fardeau de la preuve

- allègement et renversement du ~ pour la causalité naturelle, 277 s.
 - droit américain, 138 ss, 142 ss, 145 ss
 - droit allemand, 172 s.
 - droit néerlandais, 209

faute, 362 ss

- ~ concomitante de la victime, 545 ss
 - droit allemand, 169
 - droit français, 546
- ~ grave de la doctoresse (droit allemand), 172 s.
- ~ technique de la doctoresse, 433

- moment de la ~, 365

- objectivation de la ~, 281

- types de ~, 364

finalité protectrice de la norme, 367, 473

floodgates (argument des ~), 319 s., 469

France, 38 ss

G

gain manqué, 345, 349

- droit allemand, 161, 164 s.

Grande Bretagne, 177 ss

guérison

- perte d'une chance de ~, 245 ss, 260, 518 ss
 - droit allemand, 171 ss
 - droit anglais, 186 ss
 - droit canadien, 219 ss
 - droit néerlandais, 207 ss
 - responsabilité administrative (droit français), 111 ss
 - responsabilité contractuelle
 - droit français, 105 ss
 - droit belge, 196 ss
 - responsabilité pénale
 - droit français, 117 ss, 559
 - droit belge, 200

H

haftungsausfüllende Kausalität, 247, 263

- droit allemand, 162

haftungsbegründende Kausalität, 247, 263

- droit allemand, 162

hasard, 2, 4, 9 ss

- lois du ~, 3, 14

Haushaltschaden; v. *perte du bénéfice de l'activité ménagère de l'époux*

Hoffnungskauf; v. *vente aléatoire*

I

illicéité, 367 s.

in concreto (appréciation ~), 310 ss

individualisation, 382

information

- devoir d'~ de la doctoresse, 433 ss
 - droit français, 99
- violation du devoir d'~, 429 ss, 433 ss
 - droit français, 110, 438 ss
 - droit anglais, 189, 442 s.
 - droit canadien, 231

insurance fund judgement (droit américain), 467

intérêt, 345

- ~ négatif, 489
- ~ positif, 489
- ~ purement affectif, 377

J**jeu et pari, 407**

- droit belge, 193
- droit français, 406

K

Kommerzialisierungsgedanke (droit allemand), 351

L**légalité**

- principe de la ~ des infractions et des peines (droit français), 103, 527, 559

limites

- ~ quantitatives de la chance réparable, 387 ss

loss of opportunity, 248

loss spreading (droit américain); v. dissémination des pertes

loterie

- droit canadien, 229
- droit français, 71

M

manque à gagner futur, 502 ss

marchés publics, 493 ss

- droit belge, 193

- droit français, 70

market share liability (droit américain), 266, 316, 337

mitigate the loss (duty to ~) (droit canadien); v. réduction du dommage (incombance de ~)

N**naître**

- perte de la "chance" de ne pas ~, 534 ss

negligence

- droit américain, 134
- droit anglais, 183, 187

négociations contractuelles, 489 ss

droit belge, 199

droit français, 69

- droit néerlandais, 203

nominal damages

- droit anglais, 179, 554
- droit canadien, 233, 554

notion juridique indéterminée, 350

O**obligation**

- ~ de moyens, 319 s., 445
- ~ de résultat, 319 s.

organe

- perte d'un ~ pair, 287

P

patrimoine, 346

Pays-Bas, 201 ss

personal injury (droit anglais); v. dommage corporel

perte

- ~ du bénéfice de l'activité ménagère de l'époux, 352
- ~ éprouvée, 345

prédisposition constitutionnelle, 280, 287, 380

preexisting condition; v. condition préexistante

préjudice

- ~ actuel (droit français), 41
 - perte d'une chance comme ~, 53 ss
- ~ final
- absence de ~ final, 451
- ~ futur virtuel (droit français), 42
 - perte d'une chance comme ~, 73 ss
- ~ futur éventuel (droit français), 42
- ~ d'agrément (droit français), 517
- perte d'une chance comme problème de ~, 339 ss

prépondérance des probabilités (droit canadien); v. tout-ou-rien

présomption de fait, 251, 256

pretium doloris (droit français), 46, 300, 542

pretium mortis (droit français), 542

preuve

- appréciation des ~s, 251, 269, 277
- degré de ~, 269, 277
 - droit allemand, 168
- moyens de ~, 270
- ~ par indices, 253, 277
- ~ par vraisemblance, 252, 258
- ~ *prima facie*, 251, 253, 277
 - droit américain, 143
 - droit allemand, 172

prévention

- fonction de ~ de la responsabilité civile, 294 ss, 469

Primärschaden (droit allemand), 172

probabilité, 3, 7 ss, 14 ss

- ~ de la retraite, 505
- ~ estimative, 22 ss
- ~ mathématique, 18 ss
- ~ statistique, 20 ss
- ~ subjective, 30

procédure

- perte d'une chance comme un problème de ~, 325 ss

procès

- chances de succès d'un ~, 482
 - droit français, 483
- perte de chances de ~, 474 ss
 - droit allemand, 167, 169
 - droit américain, 151
 - droit anglais, 180

- droit belge, 193
- droit canadien, 213 ss
- droit français, 60 ss
- droit néerlandais, 202

procès-dans-le-procès, 478 ss, 487

- droit américain, 478 s.
- droit canadien, 213

pronostics

- ~ hypothétiques, 27
- ~ simples, 27

property damage (droit anglais); v. dommage matériel-

pure chance approach (droit américain), 145 ss

R

réduction du dommage, 547

- incombance de ~
 - droit français, 547
 - droit canadien, 217

réel

- caractère ~ de la chance indemnisable, 393

relaxed causation approach (droit américain), 142 ss

réparation

- ~ complémentaire, 582 ss
- ~ totale, intégrale ou complète, 274, 279, 392, 393, 562, 588
 - droit français, 49

res ipsa loquitur, 104, 479, 519

réserve de révision, 284

responsabilité

- ~ administrative
 - ~ de la doctoresse, 524 s.
 - droit français, 45
 - de la doctoresse, 102
- ~ aquilienne, 362 ss
- ~ causale aggravée, 282, 366
- ~ causale simple, 282, 366
- ~ contractuelle, 362 ss
 - ~ de la doctoresse, 519 ss
 - droit français, 44, 70
 - de la doctoresse, 100
 - droit anglais, 181
 - droit canadien, 215 s.
- ~ délictuelle

- ~ de la doctoresse, 522 ss
- droit français, 44
 - de la doctoresse, 101
- de la doctoresse (droit américain), 134 s.
- ~ du fait de l'organisation, 524
- ~ fondée sur la confiance créée, 429, 489
- ~ pénale
 - ~ de la doctoresse, 526 ss
 - droit français, 46
 - de la doctoresse, 103
- ~ précontractuelle, 489

Restatement (Second) of Torts, 142 ss
risque, 2, 449

- calcul de la valeur de la ~, 578 ss
- comme dommage actuel certain, 452, 458 ss
- comme dommage futur incertain, 452
- création d'un ~ durable, 282 ss, 448, 449 ss
 - droit américain, 152 ss
 - droit anglais, 183 ss
 - droit belge, 195
 - droit canadien, 217 s.
 - droit français, 123 ss
 - droit néerlandais, 205 s.

S

secours alimentaires

- perte de la chance d'obtenir des ~ (droit français), 74 ss
 - pour l'épouse ou la concubine, 80 ss
 - pour les enfants, 75 ss
 - pour les parents, 76 ss

Sekundärschaden (droit allemand), 172
sérieux

- caractère ~ de la chance indemnisable, 393

seuil

- ~ minimal des chances indemnifiables, 392 ss
 - droit anglais, 190
 - droit belge, 199
 - droit néerlandais, 210

- ~ maximal des chances indemnifiables, 398 ss
 - droit anglais, 191
 - droit belge, 200
 - droit néerlandais, 211

single outcome approach (droit américain), 579, 581

situation sociale

- perte de la chance d'améliorer sa ~ (droit français), 84 ss, 507
 - pour la victime directe, 84 ss
 - pour la victime indirecte, 90 ss

soutien

- perte de ~, 513
 - moment du calcul de la perte de ~, 424
 - droit anglais, 181
 - droit belge, 193, 199
 - droit canadien, 214
 - droit français, 74 ss, 515

sport, 67

statistiques

- recours excessif aux données ~, 308 ss

substantial chance approach (droit américain), 138 ss, 275

survie; v. guérison

T

tangible present injury

- droit américain, 153, 468
- droit anglais, 185, 468

tort moral, 300, 555

torts

- droit américain, 132
- droit anglais, 187
- droit canadien, 216
- ~ of nuisance (droit américain), 152
- toxic ~ (droit américain), 153
- tout-ou-rien, 251, 259, 263, 271, 279, 290 s., 292, 303 ss, 309, 317, 322, 363, 385, 390, 404, 445, 447, 477, 481, 520, 562
- Alles-oder-Nichts-Prinzip (droit allemand), 165, 172, 174 ss, 531
- all-or-nothing approach
 - droit américain, 136 s., 309, 576

- droit anglais, 180, 186 ss, 191, 419 ss, 443
- droit canadien, 217 s., 220, 221, 228, 230
- droit néerlandais, 204, 209

trial-within-a-trial; v. procès-dans-le-procès

U

Überzeugungstheorie; v. théorie de la conviction,

UNIDROIT

- Principes d'~ relatifs aux contrats du commerce international, 242 s.

V

valeur

- ~ pécuniaire de la chance, 293, 354

- ~ vénale/réelle/marchande, 572
- ~ vénale hypothétique, 573, 576

vases communicants

- modèle des ~, 175, 337 s.

vente aléatoire, 355, 383

Verkehrssicherungspflichten (droit allemand), 281

Vermögensschaden (reiner ~); v. autres dommages

vraisemblance

- ~ convaincante, 258, 389 ss

W

weighted mean approach (droit américain), 580 s.

wrongful birth; v. perte de la "chance" de ne pas avoir une enfant

wrongful life; v. perte de la "chance" de ne pas naître