



Chapitre d'actes

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

La "perte d'une chance" en droit privé européen: "tout ou rien" ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine

---

Kadner Graziano, Thomas

**How to cite**

KADNER GRAZIANO, Thomas. La 'perte d'une chance' en droit privé européen: 'tout ou rien' ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine. In: Les causes du dommage. Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Ed.). Genève. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2007. p. 217–248. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44693>

---

# La « perte d'une chance » en droit privé européen : « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine

THOMAS KADNER GRAZIANO\*

## Table des matières

I.	Introduction	218
II.	Situations de fait	219
	A. La première catégorie: la responsabilité des avocats	220
	B. La deuxième catégorie: la responsabilité des médecins	221
	C. La troisième catégorie: situations de compétition	222
	D. La quatrième catégorie: situations diverses	222
III.	La perte d'une chance – un problème de causalité?	223
IV.	Solutions traditionnelles	224
	A. Remédier à l'incertitude	224
	B. L'allègement du degré de preuve	225
	C. Le renversement du fardeau de la preuve	226
	D. Application étendue du principe de la causalité alternative	227
V.	Notion et concept juridique de la <i>perte d'une chance</i>	228
VI.	La perspective du droit privé européen: bilan et tendances actuelles	230
VII.	La situation en droit européen, dans les règlements internationaux et dans les propositions nationales de réforme	234
	A. Droit communautaire	234
	B. «Principes du droit européen du contrat», «Principes relatifs aux contrats du commerce international» et «Principles of European Tort Law»	234
	C. Propositions nationales de réforme	236
VIII.	Les arguments pour et contre l'indemnisation de chances perdues	237
	A. Les arguments contre la réparation pour la « perte d'une chance »	237
	B. Arguments en faveur d'une réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine	239
IX.	Prise de position	241
	A. Responsabilité contractuelle	242
	B. Responsabilité délictuelle	243

---

\* Professeur à l'Université de Genève.

1.	Point de départ	243
2.	Proposition de solution	244
a.	Condition : atteinte à un bien juridique protégé par la responsabilité délictuelle	244
b.	Responsabilité partielle selon la probabilité de causalité	244
C.	Résolution des cas	246
X.	Résumé	247

## I. Introduction<sup>1</sup>

Le projet de réforme du droit des obligations dans le Code civil *français*, actuellement discuté en France<sup>2</sup>, prévoit, à son article 1346, la « perte d'une chance » en tant que chef de responsabilité autonome<sup>3</sup>. D'après ce projet, le nouvel art. 1346 du Code civil prévoira : « La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. » Le législateur français s'appuie, dans cette disposition,

- 
- 1 Littérature sommaire : Alain BÉNABENT : La chance et le droit, Paris 1973 ; Franz BYDLINSKI, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, in : Sandrock (éd.), Festschrift für Günther Beitzke, Berlin et al. 1979, p. 3 ; European Group on Tort Law (éd.) : Principles of European Tort Law – Text and Commentary, Wien / New York 2005 ; Holger FLEISCHER : Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, Juristen-Zeitung (JZ) 1999, 766 ; Alain HIRSCH : Perte de chance et causalité, dans ce même volume ; Nils JANSEN : The Idea of a Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies (OJLSt.) 1999, 271 ; Helmut KOZIOL : Schadensersatz für den Verlust einer Chance ? In : G. Hohloch / R. Frank / P. Schlechtriem (éd.), Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, p. 233 ; Gerald MÄSCH : Chance und Schaden, Tübingen 2004 ; idem : Gregg v. Scott – Much ado about nothing ?, Entscheidung des House of Lords vom 27. Januar 2005, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2006, 656 ; idem : Anmerkung zu BGH 16.6.2005, JZ 2006, 198, 201 ; Christoph MÜLLER : La perte d'une chance, Berne 2002 ; idem : La perte d'une chance, in : Bénédicte Foëx / Franz Werro (éd.), La réforme du droit de la responsabilité civile, Zurich 2004, p. 143 ; Walter MÜLLER-STOY : Schadensersatz für verlorene Chancen – eine rechtsvergleichende Untersuchung, Freiburg 1973 ; Hans STOLL : Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, in : E. Deutsch / E. Klingmüller / H.J. Kullmann (éd.), Festschrift für Erich Steffen, Berlin / New York 1995, p. 465 ; idem : Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 176 (1976), 146 ; Luc THÉVENOZ : La perte d'une chance et sa réparation, in : Christine Chappuis / Guy Chappuis / Pierre Tiercier / Luc Thévenoz / Franz Werro (éd.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives, Berne 2002, p. 237 ; Philippe LE TOURNEAU : Droit de la responsabilité et des contrats, Paris 2004 ; Bénédicte WINIGER / Helmut KOZIOL / Bernhard A. KOCH / Reinhard ZIMMERMANN (éd.) : Digest of European Tort Law, Vol. 1 : Essential Cases on Natural Causation, Wien / New York 2007.
- 2 Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), in : [www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf](http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf).
- 3 Cette disposition est à lire conjointement avec la condition de base de la responsabilité, i.e. l'art. 1343 qui prévoit : « Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif ».

sur une jurisprudence très riche des tribunaux français concernant la réparation pour « perte d'une chance »<sup>4</sup>.

La législation et la jurisprudence *suisses* n'ont, jusqu'à présent, pas recon nue le concept de l'indemnisation pour « perte d'une chance »<sup>5</sup>. Le droit des obligations *allemand*, réformé en 2002, ne connaît pas non plus cette notion ou catégorie de dommage<sup>6</sup>.

La présente contribution tentera tout d'abord de clarifier les situations de fait dans lesquelles nous avons à faire à la « perte d'une chance » (II). Ensuite sera analysé à quel point la « perte d'une chance » est un problème de causalité (III), puis quelles sont les solutions traditionnelles pour remédier au problème (IV), pour ensuite présenter la notion et le concept juridique de la « perte d'une chance » (V).

Une fois les solutions principales pour remédier au problème de la causalité incertaine présentées, nous tenterons de faire un bilan comparatif et de dégager, si possible, des tendances actuelles dans le droit privé européen en ce qui concerne la réparation pour « perte d'une chance » (VI). Ce bilan prendra également en considération les « Principes relatifs aux contrats du commerce international » (ou « Principes d'UNIDROIT ») de 2004, les « Principes du droit européen du contrat » (ou « Principes Lando ») ainsi que les « *Principles of European Tort Law* » publiés en 2005 par le « *European Group on Tort Law* » (VII). Dans la dernière partie, nous essayerons de peser le pour et le contre des différentes approches au problème de la « perte d'une chance » (VIII), pour ensuite prendre position (IX).

## II. Situations de fait

Les situations de fait soulevant des questions de « perte d'une chance » peuvent, en tout cas, être regroupées en quatre catégories<sup>7</sup>.

---

4 Cf. par ex. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, n<sup>os</sup> 1415 ss.

5 Ce résultat de la recherche effectuée par Ch. MÜLLER, *La perte d'une chance*, n<sup>os</sup> 241 et 249, est toujours d'actualité. Dans une décision du 13 juin 2007, le Tribunal fédéral suisse (TF) traite, pour la première fois, expressément de la question de la « perte d'une chance » mais, pour des questions de procédure, laisse la question ouverte, TF, arrêt du 13 juin 2007, 4A.61/2007.

6 Dans la doctrine allemande, la notion de « perte d'une chance » est à peine connue. Il paraît que seuls les comparatistes en ont pris note, v. les références supra, n. 1, et ZIMMERMANN: « this idea [i.e. the loss of a chance] is practically non-existent in the case law of [German] courts », in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.2.7.

7 Pour d'autres cas d'application de l'approche de perte d'une chance en droit *français*, v. LE TOURNEAU: *Droit de la responsabilité et des contrats*, n<sup>os</sup> 1419, 1422 ss.

## A. La première catégorie : la responsabilité des avocats

La première catégorie concerne la responsabilité des avocats pour fautes professionnelles. Cette catégorie peut être illustrée par un cas qu'a eu à trancher le Tribunal Suprême espagnol en 2004 :

Une femme est employée en tant que secrétaire dans une entreprise. On lui notifie sa mutation dans un autre département, ce qui affecte son horaire ainsi que ses conditions de travail. Elle mandate un avocat pour contester ce changement, mais celui-ci omet fautivement de porter plainte dans les délais. Par conséquent, l'action est rejetée.

La secrétaire demande à être dédommée par l'avocat pour la perte des bénéfices qu'elle aurait dû recevoir de la part de son employeur suite à la violation de son contrat de travail. L'avocat répond que la demande devant le tribunal n'aurait de toutes façons pas abouti<sup>8</sup>.

Ces dernières années, les tribunaux notamment *allemands, anglais, écossais, néerlandais, portugais, espagnols, autrichiens* et *suisses* ont eu à connaître des cas semblables, dans lesquels des avocats avaient, par exemple, fautivement omis de porter plainte ou d'intenter un recours dans les délais<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Tribunal Supremo 9.7.2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJ) 2004, 5121, reproduit in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.10.5 avec note J. RIBOT / A. RUDA.

<sup>9</sup> V. par ex. Cour fédéral de justice *allemande*/Bundesgerichtshof (BGH) 27.1.2000, Versicherungsrecht (VersR) 2001, 638 ; BGH 2.7.1987, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1987, 3255 ; les cas *anglais* : Allied Maples Group Ltd v Simmonds & Simmonds [1995] 1 Weekly Law Reports (WLR) 1602 (Court of Appeal), reproduit in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.12.5 avec note K. OLIPHANT ; Kitchen v. Royal Air Force Association [1958] WLR 563 (a solicitor's negligence resulted in his client's action for damages being time-barred ; award of damages for loss of a chance) ; le cas *écossais* : Kyle v P & J Stornmonth Darling, 1993 Session Cases (Cour suprême d'Ecosse) SC 57, reproduit in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.13.7 note M. HOGG (solicitors failed to lodge an appeal timeously and as a result the pursuer was unable to continue his action. He therefore brought an action against the solicitors claiming to have suffered loss as a result of their negligence. Held : The pursuer's action was successful, and a hearing ordered to determine the value of the chance which the pursuer had lost. The Inner House commented : "the pursuer [...] is right to claim damages for what he offers to prove he has lost, namely the value of the lost right to proceed with his appeal in the original litigation. The pursuer will fail unless it is established that the lost right had an ascertainable, measurable, non-negligible value ; but he is under no obligation, as a precondition of obtaining an award against the present defenders, to show that he would probably have succeeded in the original litigation" ; le cas *néerlandais* : Hoge Raad 24.10.1997, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1998, 257 (Baijings/H.), reproduit in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.8.7 note W.H. VAN BOOM / I. GIESEN ; le cas *portugais* : Lisbon Court of Appeal 8.7.1999, cité d'après : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.11.1 note A. PEREIRA : Held : liability for an amount of € 2,500 out of a damage of € 10.000 for having lost a 25% chance of recovering a debt ; les cas *espagnols* : Tribunal Supremo (TS) 9.7.2004 (supra, n. 8), et TS 26.1.1999, RJ 1999, 323 ; le cas *autrichien* : Oberster Gerichtshof (OGH) 3.11.1966, Amtliche Sammlung der Entscheidungen des OGH (SZ) 39/186 ; le cas *suissse* TF 12.12.1961, ATF 87 II 364.

## B. La deuxième catégorie: la responsabilité des médecins

La deuxième catégorie concerne la responsabilité médicale, illustrée par un cas qui a donné lieu, en 1989, à un célèbre précédent en droit *anglais* :

Un garçon âgé de 13 ans chute d'un arbre et se blesse à la hanche. À l'hôpital, le médecin se trompe de diagnostic et le traitement approprié est administré avec du retard. Suite à ces événements, le garçon souffre d'une mobilité réduite et devient, à l'âge de 20 ans, complètement invalide.

Lors du procès en dommages-intérêts intenté contre l'hôpital, il est établi que le garçon aurait eu une chance de 25% de guérir entièrement s'il avait reçu le traitement approprié à temps. Il y avait une probabilité de 75% que les vaisseaux sanguins de la hanche du garçon aient déjà été détruits lors de sa chute et que la faute du médecin ait alors été sans conséquences<sup>10</sup>.

Des questions de causalité dans des actions intentées contre des médecins ont occupé les tribunaux en *France, Belgique, Allemagne, Autriche, Italie, Espagne, aux Pays-Bas, en Ecosse, en Irlande* ainsi qu'en *Lituanie*<sup>11</sup>. En *Suisse* c'est l'*Obergericht Zürich* qui a eu à trancher, en 1988, un cas de causalité incertaine suite à la faute professionnelle d'un médecin<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Hotson v East Berkshire Area Health Authority [1989] Appeal Cases (AC) 750 (House of Lords), reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.12.1 note K. Oliphant.

<sup>11</sup> Cour de Cassation *française* (Cour de cass.) 18.3.1969, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (Bull. civ.) II, n° 117, reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.6.1. note O. MORÉTEAU / L. FRANCOZ-TERMINAL; Cour de Cassation / Hof van Cassatie *belge* 19.1.1984, Pasirisie (Pas.) belge 1984, I, 548, reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.7.1 note I. Durand; les cas *allemands*: BGH 11.6.1968, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1968, 2291, reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.2.1 note R. ZIMMERMANN / J. KLEINSCHMIDT; Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart 21.6.1990, VersR 1991, 821; le cas *autrichien*: Oberster Gerichtshof (OGH) 8.7.1993, Juristische Blätter (JBl.) 1994, 540 note BOLLENBERGER, reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.3.1 note B.A. KOCH; le cas *italien*: Corte di Cassazione 4.3.2004, cité d'après: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.9.7 note M. GRAZIADEI / D. MIGLIASSO; le cas *espagnol*: Tribunal Supremo 10.10.1998, RJ 1998, 8371, reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.10.1 note J. RIBOT / A. RUDA; le cas *néerlandais*: Gerechtshof Amsterdam 4.1.1996, NJ 1997, 213 (Wever / De Kraker), reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.8.1 note W.H. VAN BOOM / I. GIESEN (medical malpractice case, 25% chance of reaching a better result of treatment); le cas *écossais*: Kenyon v Bell, 1953 SC 125, reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.13.1 note M. HOGG; le cas *irlandais*: Caroll v Lynch 16.5.2002 (High Court), cité d'après: E. QUILL, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.14.6; le cas *lituanien*: Supreme Court of Lithuania, cité d'après: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.21.1 note J. KIRSIENE / S. SELELIONYTE-DRUKTEINIENE.

<sup>12</sup> 87 ZR (1988) n° 66 p. 209 ss, 85 RJS (1989) p. 119 ss; commenté par Ch. MÜLLER, La perte d'une chance, n° 245 ss.

### C. La troisième catégorie : situations de compétition

La troisième catégorie concerne des situations de compétition en matières politique, commerciale, sportive, ou en matière de concours de beauté :

- Dans un cas *irlandais*, suite à une réglementation déclarée plus tard inconstitutionnelle, un politicien est empêché de participer à des élections nationales et européennes. Il prétend avoir perdu une chance d'être élu<sup>13</sup>.
- Dans un cas *allemand*, un architecte est exclu de manière injustifiée d'un concours d'architecture<sup>14</sup>.
- Dans un cas *grec* des chevaux comptant parmi les favoris d'une course de chevaux sont exclus sans justification valable. Le propriétaire réclame des dommages-intérêts pour le prix qu'il aurait pu gagner si ses chevaux avaient participé à la course<sup>15</sup>.
- A *Genève*, une candidate à l'élection de « Miss Suisse 2006 » est victime d'un accident de voiture et est de ce fait empêchée de participer au concours<sup>16</sup>.

### D. La quatrième catégorie : situations diverses

Une quatrième catégorie est constituée de situations diverses, telles la perte ou le vol de billets de loterie ou d'autres événements empêchant des intéressés de participer à des jeux de hasard. A titre d'exemple, on peut citer un cas qui a donné lieu, en 1987, à une décision des tribunaux *grecs* :

Un intéressé achète un billet à la loterie nationale. Lors du tirage, un numéro est tiré deux fois. Après coup, il s'avère que, suite à la négligence des organisateurs de la loterie, le billet de l'intéressé ne se trouvait pas dans l'urne alors que le numéro gagnant s'y trouvait deux fois. L'intéressé porte plainte et réclame un prix<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Redmond v The Minister for the Environment et al., 13.2.2004, cité d'après : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.14.1 note E. QUILL.

<sup>14</sup> BGH 23.9.1982, NJW 1983, 442 ; v. aussi le cas *italien* : Corte di Cassazione 19.12.1985, Il Foro italiano (Foro it.) 1986, I, 383 note PRINCIGALLI, reproduit in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.9.1 note M. GRAZIADEI / D. MIGLIASSO.

<sup>15</sup> Areios Pagos (AP) 447/1957 (Sect. A') [1958] n° V 6, 102 ; AP 742/1958 (Sect. C') [1959] n° V 7, 380 ; cité d'après : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.5.1 note E. DACORONIA ; v. aussi le cas *français* : Cour d'appel de Paris 21.11.1970, Juris-classeur périodique. La semaine juridique (JCP). 1970 Jur. 16990 : action contre un jockey qui aurait fautivement cessé de pousser son cheval dans la dernière ligne droite ; v. aussi le cas *norvégien* Court of First Instance 18.10.1983, cité d'après V. ULFBECK / B. ASKELAND, Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.16.1.

<sup>16</sup> Le cas *genevois* a occupé la presse locale mais pas les tribunaux.

<sup>17</sup> Areios Pagos, 255/1986 [1987] n° V 35, 910, cité d'après : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.5.6 note E. DACORONIA.

### III. La perte d'une chance – un problème de causalité?

Tous les ordres juridiques européens ont ceci en commun que la personne qui réclame des dommages-intérêts doit établir un lien causal entre l'atteinte à ses intérêts juridiquement protégés et une activité (i.e. un acte ou une omission) d'autrui. Il s'agit de la fameuse formule de la *conditio sine qua non*. D'après la formule récemment établie par le *European Group on Tort Law* dans ses *Principles of European Tort Law* «[e]st considérée comme cause du dommage subi par la victime toute activité ou conduite [...] en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu»<sup>18</sup>.

Dans le premier cas, concernant la secrétaire espagnole, l'avocat a fautive-ment omis de porter plainte dans les délais légaux. Il est pourtant incertain si un procès de la secrétaire contre l'employeur aurait abouti s'il avait été intenté à temps.

Dans le deuxième cas, celui du garçon anglais qui a chuté de l'arbre, le médecin avait commis plusieurs fautes à la suite desquelles le garçon est devenu invalide. Il est pourtant impossible d'établir avec une probabilité prépondérante qu'en cas de traitement correct et à temps le garçon n'aurait pas subi les mêmes conséquences.

Dans les cas appartenant à la troisième catégorie, il est impossible de savoir si le politicien irlandais aurait gagné les élections s'il avait pu se présenter. Il est de même impossible de savoir si l'architecte allemand aurait gagné le concours s'il avait pu présenter son projet, si les chevaux dans le cas grec auraient gagné la course ou si la candidate genevoise à l'élection de «Miss Suisse» aurait gagné le titre si elle avait pu se présenter au concours.

Tous ces cas ont en commun que la personne tenue pour responsable a agi de manière illicite et fautive, mais que la victime n'est pas en mesure de prouver que l'atteinte à ses intérêts ne se serait pas réalisée si l'autre s'était comporté de manière conforme à la loi.

Vu sous cet angle, la personne ayant subi un dommage a, dans tous ces cas, un problème insurmontable pour établir un *lien de causalité naturelle* entre son dommage et l'acte fautif de la personne dont elle invoque la responsabilité.

---

<sup>18</sup> European Group on Tort Law (éd.): *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien / New York 2005, art. 3:101; accessible aussi sur [www.ectil.org/](http://www.ectil.org/).

## IV. Solutions traditionnelles

En droit privé européen, plusieurs moyens traditionnels sont à disposition pour renforcer la position d'une victime qui a des difficultés à établir un lien de causalité entre son dommage et la faute d'une personne tenue pour responsable. Pour les cas concernant la «perte d'une chance», au moins quatre remèdes traditionnels sont à disposition :

- Premièrement, remédier «après-coup» au problème de l'incertitude ;
- Deuxièmement, alléger le degré de preuve ;
- Troisièmement, renverser le fardeau de la preuve ; et
- Quatrièmement appliquer, de manière étendue, le principe de la causalité alternative.

### A. Remédier à l'incertitude

Une première solution traditionnelle serait de remédier à l'incertitude «après-coup». Dans les cas de fautes professionnelles commises par des avocats, la question de la causalité entre la faute de l'avocat et le dommage du client se posera dans une procédure en responsabilité professionnelle engagée par le client contre l'avocat. Dans cette deuxième procédure, le juge établit – de manière hypothétique – si la faute de l'avocat a empêché une réussite dans un premier procès ou si un premier procès aurait de toute manière été perdu par le client. On pourrait, par conséquent, parler d'un «procès dans le (deuxième) procès» («*Prozess im Prozess*»). Le résultat hypothétique d'un premier procès est la question préalable pour la réussite du client dans la deuxième procédure. Le juge remédie ainsi à l'incertitude concernant le résultat du premier procès et concernant la causalité de la faute de l'avocat. Etant donné que, dans le deuxième procès, la certitude sera établie, la question de la «perte d'une chance» ne se posera plus<sup>19</sup>.

La solution du «procès dans le procès» est appliquée de manière constante par les tribunaux *allemands*<sup>20</sup>. Elle est également pratiquée par les tribunaux *néerlandais*<sup>21</sup> et par la jurisprudence *suisse*<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Pour une critique de la jurisprudence allemande, v. MÄSCH, ZEuP 2006, 656 (674) ; idem, JZ 2006, 198 ; idem, Chance und Schaden, p. 76 ss, 126.

<sup>20</sup> Pour de nombreuses références, v. MÄSCH, Chance und Schaden, p. 76 ss ; v., par ex., BGH 9.6.1994, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, amtliche Sammlung (BGHZ) 126, 217 ; BGH 16.6.2005, JZ 2006, 198 note MÄSCH.

<sup>21</sup> Hoge Raad 24.10.1997, NJ 1998, 257 (Baijings/mr. H.), reproduit in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.8.7 note W.H. VAN BOOM / I. GIESEN ; selon la jurisprudence néerlandaise, le juge peut recourir aussi à l'approche de la «perte d'une chance», v. W.H. VAN BOOM / I. GIESEN, 10.8.9 ss.

<sup>22</sup> TF 12.12.1961, ATF 87 II 364 (373 s.).

## B. L'allégement du degré de preuve

Pour les cas de la première catégorie dans lesquels il ne sera pas possible de remédier après coup au problème de l'incertitude, ainsi que pour les cas appartenant aux trois autres catégories, d'autres solutions sont nécessaires. Un remède pourrait être d'alléger le degré de preuve de la causalité pour la victime<sup>23</sup>.

Dans certains ordres juridiques européens il est, en principe, nécessaire qu'il soit certain (« *gewiss* ») que la causalité est établie. Tel est le cas en droit allemand (§ 286 ZPO)<sup>24</sup>.

En droit suisse, la victime doit, en principe, établir la causalité avec une probabilité prépondérante (« *mit überwiegender Wahrscheinlichkeit* »)<sup>25</sup>. Dans un cas de responsabilité médicale, un cancer des testicules avait été diagnostiqué trop tard et le patient était décédé. L'*Obergericht* et le *Kassationsgericht Zürich* ont jugé suffisant que la causalité de la faute du médecin soit établie avec une probabilité de 60%. Dans cet arrêt, qui est resté exceptionnel en Suisse, le tribunal a donné droit à la demande pour 60% du dommage subi<sup>26</sup>.

Selon l'opinion majoritaire en Suisse, la simple possibilité de causalité ne suffit pas, par contre, pour donner (ni entièrement, ni partiellement) droit à une demande<sup>27</sup>.

En cas de faute d'un médecin, des tribunaux autrichiens ont également réduit le fardeau de la preuve de causalité à une « probabilité prépondérante » pour donner entièrement droit à la demande<sup>28</sup>.

23 V., par ex., MÄSCH, ZEuP 2006, 656 (674 s.); idem, *Chance und Schaden*, p. 237 ss.

24 V., pour le droit allemand, avec de nombreuses références, MÄSCH, *Chance und Schaden*, p. 30 ss; pour la situation en droit autrichien, v. WALTER RECHBERGER / DAPHNE-ARIANE SIMOTTA, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 5<sup>e</sup> éd., Wien 2000, n° 580 avec d'autres références.

25 TF 8.5.1981, ATF 107 II 269, cons. C. 1b = JdT 1971 I 446 (448). Le fardeau de la preuve peut varier selon le bien juridique atteint, v. ROLAND BREHM, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, Art. 41-61 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2006, Art. 41 N 117 ss; v. aussi Ch. MÜLLER, *La perte de chance*, n° 269.

26 D'après cet arrêt, la probabilité de 40% est donc à prendre en considération lors de la quantification des dommages-intérêts selon l'art. 43 al. 1 CO. Voir sur cet arrêt, Olivier GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule*, in: M. Borghi / O. Guilloid / H. Schultz (éd.), *La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale*, Lugano 1989, n° 247; THÉVENOZ, *La perte d'une chance*, p. 237 (253); Ch. MÜLLER, *La perte d'une chance*, p. 178 ss.

27 Max GULDENER: *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich 1955, p. 21: « Die bloße Möglichkeit, dass sich der rechtserhebliche Tatbestand verwirklicht hat, genügt nicht, um auch nur einen Teilbetrag zuzusprechen. »; Ch. MÜLLER, *La perte d'une chance*, p. 196.

28 V., par ex., Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I*, 3<sup>e</sup> éd., Wien 1997, n° 16/11.

En droit *anglais*, il suffit de démontrer qu'il est « *more probable than not* » (c'est-à-dire qu'il y ait une chance de 51%) qu'un dommage soit la conséquence d'un certain acte du défendeur<sup>29</sup>.

Des probabilités inférieures à cette marge ne suffisent, en principe<sup>30</sup>, dans aucun ordre juridique pour établir la causalité.

Dans aucun de nos cas pratiques la victime n'a pu prouver de lien de causalité avec une probabilité prépondérante. Selon ce standard, toutes les demandes devraient par conséquent être rejetées, aussi bien celle de la secrétaire espagnole contre son avocat que la demande du garçon anglais contre son médecin et, bien évidemment, la demande de la candidate au titre de « Miss Suisse » contre l'auteur de l'accident de la route dont elle a été victime.

### C. Le renversement du fardeau de la preuve

Une autre solution est de renverser, sous certaines conditions, le fardeau de la preuve de la personne dont la responsabilité est invoquée.

Pour les actions en responsabilité civile engagées contre des médecins, la jurisprudence *allemande* renverse le fardeau de la preuve à condition que la faute soit grave et qu'elle soit une cause possible du dommage<sup>31</sup>. En matière médicale, les jurisprudences *néerlandaise*, *autrichienne* ainsi que la Cour Suprême de la *Lituanie* ont également eu recours au renversement du fardeau de la preuve en cas de causalité incertaine<sup>32</sup>.

La jurisprudence *allemande* a étendu ces principes à d'autres professions dans le secteur de la santé<sup>33</sup>. D'après cette jurisprudence, celui qui a violé un *devoir contractuel* d'information ou de conseil, supporte le fardeau de la

<sup>29</sup> Cf., pour tous, House of Lords 2.7.1987, *Hotson v East Berkshire AHA*, [1987] 1 AC 750, [1987] 2 All ER 909; Jane STAPLETON, *The Gist of Negligence*, Part II, (1988) 104 *Law Quarterly Review* (LQR) 389 (389 s.).

<sup>30</sup> Voir pourtant un arrêt *autrichien* selon lequel, en cas de faute médicale, la simple « probabilité » de causalité suffirait, OGH 17.6.1992, JBl. 1993, 316 (319).

<sup>31</sup> Depuis BGH 20.6.1962, VersR 1962, 960; BGH 13.10.1964, NJW 1965, 345; BGH 11.6.1968, NJW 1968, 2291.

<sup>32</sup> V. pour le droit *néerlandais*: W.H. VAN BOOM / I. GIESEN, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.8.5 avec références; pour le droit *autrichien*: MÄSCH, *Chance und Schaden*, p. 158 ss; pour le droit *lituanien*: 18.2.2004 Supreme Court of Lithuania, civil case 3K-3-16/2004, cité d'après: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.21.1 note *R. Lampe*.

<sup>33</sup> Berufe, « die auf Bewahrung anderer vor Gefahren für Körper und Gesundheit gerichtet sind », BGH 13.3.1962 NJW 1962, 959 (maître nageur/*Bademeister*); BGH 10.11.1970, NJW 1971, 243 (sage femme/*Hebamme*); BGH 5.7.1973, BGHZ 61, 118 (121).

preuve de montrer que son acte n'a pas causé le dommage de la victime ou que, en cas d'information adéquate, la victime n'aurait pas suivi le conseil<sup>34</sup>.

Si les conditions pour un renversement du fardeau de la preuve sont remplies, les jurisprudences allemande, néerlandaise et lituanienne accordent des dommages-intérêts portant, en principe, sur l'entier du dommage, bien que la causalité reste, dans ces cas, incertaine<sup>35</sup>. Ce renversement du fardeau de la preuve a donc comme conséquence qu'un médecin qui a commis une faute grave est responsable pour toutes les conséquences probables de cette faute.

En matière de responsabilité des avocats, la jurisprudence *allemande* a, par contre, toujours refusé de renverser le fardeau de la preuve et ceci même en cas de faute grave de l'avocat<sup>36</sup>. Contrairement au patient, le client de l'avocat ne serait pas exposé à des risques existentiels. En plus, et contrairement à la situation en cas de faute médicale, dans le cas de la faute de l'avocat, il ne serait pas possible de conclure systématiquement à l'existence d'un lien entre la faute et le dommage du client<sup>37</sup>. Le Tribunal Fédéral *suisse* n'admet pas non plus de renversement du fardeau de la preuve en matière de responsabilité des avocats, et le client doit prouver avec une probabilité prépondérante que la faute de l'avocat a causé le dommage<sup>38</sup>.

## D. Application étendue du principe de la causalité alternative

Une dernière solution en cas d'incertitude concernant la causalité naturelle est l'application extensive ou l'application par analogie des règles sur la causalité alternative.

En 1995, la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour suprême de justice autrichienne avait à décider du cas d'un bébé qui était né avec de graves handicaps. Ils étaient dus soit au fait que le bébé avait eu le cordon ombilical entouré trois fois autour du cou à la naissance, fait inévitable dans ce cas pour les médecins,

---

<sup>34</sup> BGH 5.7.1973, BGHZ 61, 118.

<sup>35</sup> Pour un avis très critique sur cette jurisprudence, v. MÄSCH, ZEuP 2006, 656 (674).

<sup>36</sup> BGH 1.10.1987, NJW 1988, 200; BGH 9.6.1994, BGHZ 126, 217 (221): Leitsatz « a ): Im Anwaltschaftsprozess hat der Mandant auch dann zu beweisen, dass die Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden ursächlich geworden ist, wenn dem Anwalt ein grober Fehler unterlaufen ist. Die Beweisführung kann jedoch im Einzelfall nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises erleichtert sein ».

<sup>37</sup> BGH 9.6.1994, BGHZ 126, 217 (223 s.).

<sup>38</sup> TF 18.11.2004, 4C.274/2004/grl cons. 2.3.; TF 8.3.2001, 4C.225/2000/rnd.; ATF 124 III 155 E. 3d p. 165; ATF 87 II 364 E. 2. Les arrêts du Tribunal fédéral sont disponibles sur [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

soit à une insuffisance du placenta, fait que les médecins auraient dû découvrir et par rapport auquel ils auraient pu éviter des conséquences nuisibles pour le bébé. La 4<sup>e</sup> chambre de la Cour suprême de justice a appliqué, par analogie, les règles sur la causalité alternative. Etant donné que les médecins étaient responsables pour une de deux sources qui avaient pu causer le handicap du bébé, la Cour les a condamnés à la réparation de la moitié du dommage<sup>39</sup>.

D'autres chambres de la Cour suprême de justice autrichienne n'ont pourtant pas suivi cette jurisprudence et préférèrent alléger ou renverser le fardeau de la preuve dans de telles situations<sup>40</sup>.

Les *Principles of European Tort Law* prévoient, aux art. 3:103 et 3:106, tout comme la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour suprême autrichienne, qu'en cas d'activités multiples, qui auraient chacune été suffisante pour causer le dommage, sans qu'il soit possible de déterminer quelle activité l'avait effectivement causé, que chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime. Nous allons revenir sur cette proposition<sup>41</sup>.

## V. Notion et concept juridique de la *perte d'une chance*

Selon le concept de la « perte d'une chance », dans les cas de causalité incertaine, le fait qui déclenche la responsabilité civile n'est pas l'atteinte à un bien juridique qui est traditionnellement protégé par le droit contractuel (tel le patrimoine de la secrétaire espagnole dans le premier cas d'exemple) ou l'atteinte à un droit absolu (la santé du garçon anglais dans le deuxième cas). C'est la *perte d'une chance* elle-même qui constitue le fait générateur de la responsabilité civile<sup>42</sup>.

La responsabilité dans le cas du garçon anglais ne serait donc pas déclenchée par l'atteinte à la santé du garçon pour laquelle le lien de causalité

---

<sup>39</sup> OGH (4. Senat) 7.11.1995, JBl. 1996, 181; cf. MÄSCH, Chance und Schaden, p. 161: « (...) das Ergebnis dieser Rechtsprechung [kommt] im Arzthaftungsrecht der Haftung für eine verlorene Chance sehr nahe, zumal dann, wenn die Höhe des Abschlages in der Schadensersatzsumme sich nach der Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden richtet ».

<sup>40</sup> OGH 22.8.1996, JBl. 1997, 392; 10.10.1991, JBl. 1992, 522; v. aussi MÄSCH, Chance und Schaden, p. 159 s.

<sup>41</sup> Infra, IX. B.

<sup>42</sup> Voir, par ex., O. MORÉTEAU / L. FRANCOZ-TERMINAL, in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.6.3.

entre l'acte du médecin et le dommage du garçon n'est établi qu'à 25%. La responsabilité serait, par contre, déclenchée par le fait que le garçon a, suite à la négligence du médecin, perdu une chance de guérir entièrement<sup>43</sup>.

Vu sous cet angle, qui diffère considérablement de la manière traditionnelle de qualifier le problème, il ne s'agit *plus d'un problème de causalité*. Le fait que, dans notre premier cas d'exemple, la faute commise par l'avocat ait privé la secrétaire espagnole d'une *chance* de gagner le procès est *certain*. Il est aussi certain que la faute du médecin, dans le deuxième cas d'exemple, a privé le garçon anglais d'une chance de 25% de sortir indemne de son accident.

Le concept de « perte d'une chance » change, par conséquent, l'optique et l'objectif de protection du droit de la responsabilité civile : ce n'est plus la santé en tant que telle qui est l'objet immédiat de la protection mais la *chance* de guérir. Le concept de « perte d'une chance » change, en même temps, les éléments à prendre en considération pour déterminer la causalité. En effet, suite au changement de perspective, la question de la causalité se pose différemment et elle ne pose plus problème.

Contrairement aux approches traditionnelles, le concept de la perte d'une chance ne mène pas à une réparation selon le principe du « tout ou rien », mais, conformément au changement d'objet de la protection, à une réparation qui correspond à l'étendue de la chance perdue. La Cour de cassation française a, par conséquent, jugé que « la réparation d'une 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 »<sup>44</sup>.

Dans le cas du garçon anglais qui a perdu une chance de 25% de guérir, le médecin fautif serait donc responsable pour un montant qui correspond à 25% du dommage subi par le garçon. Dans le cas de la jeune Genevoise, victime d'un accident de voiture, qui a perdu la chance de gagner le titre de « Miss Suisse 2006 », le dommage serait, selon cette approche, très probablement calculé à hauteur d'un montant de 1/20 du gain manqué qu'elle aurait pu réaliser en tant que « Miss Suisse 2006 » (ceci dans l'hypothèse où il y aurait 20 participantes au concours et à condition qu'elle ne puisse pas se présenter une autre année).

Dans les autres cas, la réparation serait également calculée en fonction de l'étendue de la chance perdue.

---

<sup>43</sup> « la perte d'une chance peut se définir comme la *disparition de la probabilité d'un événement favorable* lorsque cette chance apparaît suffisamment sérieuse », LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 1418 avec références.

<sup>44</sup> Cour de cass. 1<sup>re</sup> ch. civ. 9.4.2002, Bull. civ. I, n° 116 ; pour de nombreuses autres références, v. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 1419.

## VI. La perspective du droit privé européen : bilan et tendances actuelles<sup>45</sup>

Selon les trois premières approches traditionnelles telles qu'elles sont pratiquées actuellement dans les différents pays, dans nos cas d'exemple, aucune des demandes n'aboutirait. Selon l'approche de la « perte d'une chance », en revanche, ces demandes aboutiraient et le dommage serait réparé en fonction du degré de la chance perdue. Dans un cas concret, les solutions divergent donc énormément selon le concept employé.

Un bilan comparatif sur le plan européen permettra de dégager des tendances actuelles en droit privé européen en ce qui concerne la réparation pour « perte d'une chance ». Ce bilan mettra en évidence le fait que la question de la réparation pour « perte d'une chance » est aujourd'hui loin d'être marginale en droit privé européen.

1) En tout cas 12 ordres juridiques européens ignorent encore le concept de la « perte d'une chance » ou refusent de l'adopter. Font partie de ce groupe les droits *allemand, autrichien, suisse* ainsi que le droit *grec* qui applique, tout comme le droit allemand, le principe du « tout ou rien »<sup>46</sup>. Il n'y a pas non plus de jurisprudence concernant la perte d'une chance dans les droits *danois, suédois, norvégien, finlandais, hongrois, tchèque, slovène* ou *estonien*<sup>47</sup>.

2) Dans d'autres ordres juridiques européens, le concept de la « perte d'une chance » est établi sans réserve. Il s'agit tout d'abord du droit *français* qui est l'ordre juridique d'origine en matière de « perte d'une chance »<sup>48</sup>. La France sera, probablement, aussi le premier pays qui prévoira, dans son Code civil, que « la perte d'une chance constitue un préjudice réparable »<sup>49</sup>.

Font aussi partie de ce groupe les *Pays-Bas*, où la réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine est également reconnue et ceci aussi bien pour la responsabilité des médecins que pour, à côtés des solutions traditionnelles, celle des avocats<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Pour la situation aux Etats-Unis, v. THÉVENOZ, La perte d'une chance, p. 237 (246 ss).

<sup>46</sup> Voir, pourtant, pour le droit *autrichien*, l'arrêt de la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour suprême cité supra, n. 39.

<sup>47</sup> Voir, pour tous ces pays, les références et notes, pays par pays, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.2. à 10.26; v. aussi Helmut KOZIOU, Comparative report, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.29.1 et ss.

<sup>48</sup> Cour de Cass. 18.3.1969, Bull. civ. II, n° 117, reproduit aussi in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.6.1.

<sup>49</sup> Voir supra, I., et n. 2.

<sup>50</sup> W.H. VAN BOOM / I. GIESEN, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.8.4 ss et 10.8.9 ss avec références.

3) Dans un troisième groupe d'ordres juridiques, le concept de « perte d'une chance » est adopté avec des nuances ou il est reconnu dans certains cas de figure mais pas (ou pas encore) dans d'autres.

En *Espagne*, les tribunaux appliquent le concept de « perte d'une chance »<sup>51</sup>. Toutefois, les juges espagnols prennent une grande liberté dans l'évaluation du dommage et n'établissent pas forcément un lien concret entre un pourcentage déterminé de la chance perdue et le montant alloué au demandeur. Une manière d'éviter ce calcul concret est d'accorder des indemnités non pas pour un dommage matériel mais pour le tort moral subi suite à la « perte d'une chance »<sup>52</sup>.

La jurisprudence *italienne* a également adopté le concept de « perte d'une chance »<sup>53</sup>. Dans un cas dans lequel un candidat avait été exclu de manière injustifiée d'un examen d'admission, la jurisprudence a accordé des dommages-intérêts, étant donné que la marge de probabilité de succès dépassait les 50% (67 des 91 candidats avaient réussi l'examen)<sup>54</sup>. En matière de responsabilité médicale, la jurisprudence italienne reconnaît la « perte d'une chance », par contre, aussi en dessous de la marge des 50% de probabilité<sup>55</sup>.

La jurisprudence *anglaise* accepte la réparation pour « *loss of a chance* » dans de nombreuses catégories mais refuse toujours de l'accepter en matière de responsabilité médicale<sup>56</sup>. Dans le cas du garçon tombé de l'arbre qui nous a servi d'exemple pour la deuxième catégorie de cas, le jeune homme avait perdu une chance de guérison de 25%. Dans l'arrêt *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, le *House of Lords* a appliqué, de manière stricte, le test du *more probable than not*<sup>57</sup>. Le garçon ne pouvait pas satisfaire à ce test étant donné que la chance de guérir était inférieure à 51%. Cette jurisprudence a été confirmée, en 2005, avec trois voix contre deux, dans le cas *Gregg v. Scott*<sup>58</sup>. Dans ce dernier cas, un médecin n'avait pas diagnostiqué un cancer et avait ainsi réduit la chance de survie du patient de 42% à 25%.

<sup>51</sup> J. RIBOT / A. RUDA, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.10.7 s.

<sup>52</sup> Voir les arrêts du Tribunal Supremo 10.10.1998, RJ 1998, 8371, reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.10.1, et TS 9.7.2004, *ibid.* 10.10.5, et la note de J. RIBOT / A. RUDA, *ibid.* 10.10.8.

<sup>53</sup> M. GRAZIADEI / D. MIGLIASSO, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.9.5: « In Italy <loss of a chance> (*perdita di chance*) has been an established category of recovery in tort since the 1980s ».

<sup>54</sup> Corte di Cassazione 19.12.1985, *Foro it.* 1986, I, 383, reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.9.1.

<sup>55</sup> Corte di Cassazione 4.3.2004 et note M. GRAZIADEI / D. MIGLIASSO, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.9.7 et 10.9.9.

<sup>56</sup> V., pour le droit anglais, par ex. Gerald MÄSCH, *ZEUP* 2006, 656 ss.

<sup>57</sup> *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1989] AC 750 (HL), reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.12.1 note K. OLIPHANT.

<sup>58</sup> *Gregg v Scott* [2005] United Kingdom House of Lords (UKHL) 2; note MÄSCH, *ZEUP* 2006, 656.

Pour d'autres cas de figure, le concept de «*loss of a chance*» est bien établi dans la jurisprudence anglaise<sup>59</sup>. Si un avocat omet fautivement de porter plainte ou d'intenter un recours, il est – depuis l'arrêt *Kitchen v. Royal Air Force Association* de 1958<sup>60</sup> – responsable dans la mesure du degré de la chance perdue par le client (dans *Kitchen* le demandeur a reçu 2/3 du montant qu'il aurait pu gagner en l'absence de la faute de son avocat).

Dans le célèbre arrêt *Chaplin v. Hicks* de 1911, la *Court of Appeal* a accordé des dommages-intérêts partiels à une candidate qui avait été exclue d'un concours bien qu'elle se soit qualifiée<sup>61</sup>. Il était, bien évidemment, impossible pour elle de montrer qu'elle aurait été parmi les gagnants du concours. Il s'agit donc de l'un des premiers cas européens de «*loss of a chance*». Dans de nombreuses autres situations, la *Court of Appeal* ainsi que le *House of Lords* ont également accordé des dommages-intérêts pour «*loss of a chance*»<sup>62</sup>.

Le droit *écossais* – tout comme le droit anglais – distingue entre les différents cas de figure<sup>63</sup>. En matière de responsabilité médicale, la jurisprudence refuse de dédommager pour «*loss of a chance*»<sup>64</sup> alors que pour la responsabilité des avocats, ce principe est reconnu et la demande du client aboutit sans qu'il soit nécessaire qu'il démontre qu'il aurait gagné si, par exemple, un appel avait été interjeté à temps<sup>65</sup>.

Au *Portugal*, un avocat a été condamné à payer ¼ du dommage du client pour avoir empêché une chance de ce dernier de 25% de gagner un procès<sup>66</sup>.

Finalement, en 2004 la *High Court irlandaise* s'est aussi montrée favorable à la théorie de «*loss of a chance*» dans un obiter dictum<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> Pour un aperçu très instructif, v. MÄSCH, ZEuP 2006, 662 ss; idem, *Chance und Schaden*, 186 ss; Ch. MÜLLER, *La perte d'une chance*, p. 134 ss.

<sup>60</sup> *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] WLR 563.

<sup>61</sup> *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (Court of Appeal). 12 des 50 candidats avaient été engagés par le théâtre pour une durée de trois ans. La chance d'être parmi ces candidats était donc de 25% environ.

<sup>62</sup> Voir MÄSCH, ZEuP 2006, 656, avec de nombreuses références.

<sup>63</sup> Dans la doctrine, cette distinction est critiquée, v. Martin HOGG, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.13.11 avec références.

<sup>64</sup> *Kenyon v Bell*, 1953 SC 125, reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.13.1 et *M. Hogg*, 10.13.3 ss.

<sup>65</sup> *Kyle v P & J Stornmonth Darling*, 1993 SC 57, reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.13.7 note M. HOGG, 10.13.10 s.

<sup>66</sup> *Lisbon Court of Appeal* 8.7.1999, cité d'après: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.11.1 note A. PERREIRA.

<sup>67</sup> *V. l'arrêt Redmond v The Minister for the Environment, Ireland & the Attorney General*, Unrep. HC, 13.2.2004, cité d'après: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.14.1 note E. QUILL, 10.14.5 ss.

4) Le droit *belge* est particulièrement intéressant en la matière. Tout comme en droit français, le concept de « perte d'une chance » a été établi depuis longtemps. La jurisprudence s'en est servie aussi bien en matière de responsabilité médicale que de responsabilité des avocats, ainsi que dans de nombreuses autres catégories de cas<sup>68</sup>.

Un arrêt de 2004 soulève pourtant des doutes quant à la position de la Cour de cassation belge et la question se pose de savoir si la Cour prend de la distance par rapport à ce concept :

Une jeune femme reçoit des menaces de la part de son ancien ami. La police est au courant de la dangerosité du jeune homme mais ne prend pas les mesures nécessaires pour la protéger. Finalement, le jeune homme attaque la jeune femme et la blesse gravement avec de l'acide.

La *Cour d'appel* condamne l'Etat à payer des dommages-intérêts à la jeune femme. Selon la Cour, il aurait été impossible de la protéger de façon absolue mais l'inactivité de la police aurait pourtant privé la jeune femme d'une chance de 80% d'échapper à l'agression. La perte de cette chance justifierait l'allocation d'un montant représentant 80% du dommage.

La *Cour de Cassation* belge casse cet arrêt avec l'argument que la victime doit prouver le lien de causalité entre la faute (in concreto : la faute de la police) et son dommage. Si des doutes subsistent, la demande doit être rejetée<sup>69</sup>.

Il sera intéressant de suivre les prochaines étapes de la jurisprudence belge et de voir quelle attitude la Cour de cassation belge adoptera dorénavant concernant la « perte d'une chance », en particulier si sa jurisprudence en matière de responsabilité des médecins et des avocats subsistera.

Ce bref aperçu de la situation en droit privé européen montre d'un côté que, dans de nombreux ordres juridiques, le concept de « perte d'une chance » n'est pas ou pas encore accepté. Dans de nombreux autres ordres juridiques, ce concept a, ces dernières années, gagné beaucoup de terrain. C'est le cas, bien évidemment, en *France*, mais également en *Espagne*, en *Italie*, en *Angleterre* et aux *Pays-Bas*. En *Belgique*, où la perte d'une chance a été pendant longtemps reconnue comme chef de responsabilité, la question est, en revanche actuellement remise en question.

On constate, en outre, que la jurisprudence en Europe se sert de l'idée de la « perte d'une chance » dans des cas de figure qui se ressemblent d'un pays

---

<sup>68</sup> V., par ex., le cas Cour de cassation/Hof van Cassatie 19.1.1984, Pas 1984, I, 548 (responsabilité médicale, le montant alloué correspond à 80% du dommage), reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.7.1 note I. DURANT.

<sup>69</sup> Cour de cassation/Hof van Cassatie 1.4.2004, reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.7.6 note I. DURANT, 10.7.11 qui pose la question de savoir s'il s'agit du « end of a concept »; v. aussi HIRSCH, *Perte de chance et causalité*, III.

à l'autre. Il est aussi à noter que les jurisprudences *anglaise* et *écossaise* sont plus sévères avec les avocats qu'avec les médecins alors qu'en droits *allemand* et *suisse*, dans le cadre des solutions traditionnelles, nous observons une tendance inverse.

## **VII. La situation en droit européen, dans les règlements internationaux et dans les propositions nationales de réforme**

### **A. Droit communautaire**

Dans le droit de la responsabilité civile de l'Union européenne se trouvent aussi bien des arrêts qui s'appuient sur l'idée de réparer des chances perdues que des arrêts qui le refusent.

Dans un cas de 1993, une candidature pour une promotion à un poste supérieur avait été traitée de manière négligente et en violation de règles de l'administration. Les chances du candidat d'être promu au poste supérieur avaient ainsi été réduites. Le Tribunal de première instance de la Cour de justice des Communautés européennes a accordé au candidat un dédommagement partiel. Le seul dommage qu'il pouvait invoquer était la perte d'une chance d'être promu au poste supérieur<sup>70</sup>.

Dans d'autres situations, notamment en matière de décisions d'attribution de fonds, un allègement du degré de preuve de la causalité entre la mauvaise administration et la non attribution a été refusé. Dans ces cas, il a ainsi été refusé de dédommager le demandeur pour «perte d'une chance»<sup>71</sup>.

### **B. «Principes du droit européen du contrat», «Principes relatifs aux contrats du commerce international» et «Principles of European Tort Law»**

Un bilan comparatif doit aujourd'hui nécessairement également prendre en considération les «Principes du droit européen du contrat» (dits «Principes Lando»), les «Principes relatifs aux contrats du commerce international»

---

<sup>70</sup> Tribunal de première instance de la Cour de justice des Communautés européennes 16.12.1993, aff. T-20/89 (*Moritz v Commission*) Rec. 1993, II-1423, reproduit in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.27.1 note U. MAGNUS / K. BITTERICH; v. aussi Tribunal de première instance 27.10.1994, aff. T-47/93, Rec. 1994 II-743.

<sup>71</sup> Cf. U. MAGNUS / K. BITTERICH, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.27.3 avec références.

(dits « Principes d'UNIDROIT ») de 2004, ainsi que les « *Principles of European Tort Law* » publiés en 2005 par le « *European Group on Tort Law* ».

Les « Principes Lando » ne mentionnent pas la « perte d'une chance » dans leurs dispositions concernant les dommages-intérêts contractuels (art. 9:501 à 9:510) et laissent la question ouverte.

Par contre, les « Principes d'UNIDROIT » prennent clairement position : l'art. 7.4.3 al. 2 prévoit : « La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation. »

Le commentaire officiel des Principes d'UNIDROIT donne l'exemple du « propriétaire du cheval arrivé trop tard du fait du transporteur pour prendre le départ d'une course »<sup>72</sup>. Il aura droit à une indemnisation partielle selon les chances de gagner qu'il aura perdues.

Le commentaire cite encore l'exemple selon lequel un certain « A confie à B [...] un dossier de soumission à un appel d'offres pour la construction d'un aéroport. » B remet le dossier hors délai et le dossier est refusé. Selon les Principes d'UNIDROIT « [l]e montant de l'indemnisation dépend de la probabilité que le dossier de A avait d'être retenu et suppose la comparaison avec les candidatures sélectionnées. Il sera donc d'une fraction plus ou moins élevée des bénéfices que A aurait pu retirer de l'opération. »<sup>73</sup>

Les Principes d'UNIDROIT se rallient ainsi clairement à la position des droits favorables à la réparation de la « perte d'une chance ». Inspirées par l'art. 7.4.3 al. 2 des Principes d'UNIDROIT, des tribunaux arbitraux ont, à plusieurs reprises, accordé une réparation pour « perte d'une chance » suite à des violations contractuelles<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Principes d'Unidroit, art. 7.4.3, Commentaire 1, in : [www.unilex.info/](http://www.unilex.info/).

<sup>73</sup> Principes d'Unidroit, art. 7.4.3, Commentaire, 2., Illustration, [www.unilex.info/](http://www.unilex.info/) ; texte de la version française des Principes aussi sur : [www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf](http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf).

<sup>74</sup> Dans la plupart des cas, la demande portait sur un gain perdu qui, selon les règles traditionnelles, ne pouvait pas être prouvé avec une probabilité suffisante : Ad hoc arbitration (San José, Costa Rica), Arbitral Award 30.04.2001, Source : V. PÉREZ VARGAS / D. PÉREZ UMANA, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice, Uniform Law Review (ULR), 2006, 181 (Action en dommages et intérêts pour perte de profit ; le Tribunal arbitral a jugé que les gains attendus étaient trop incertains pour pouvoir être compensés dans leur totalité et n'a donc octroyé de dommages et intérêts que pour la perte d'une chance, en se basant expressément sur l'art. 7.4.3 des Principes d'UNIDROIT) ; v. aussi : ICC International Court of Arbitration, Paris, Arbitral Award 8264, 04.1997, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, n° 2, cas 1999, 62 ss (Contrat portant sur la livraison d'équipements industriels et de know-how, retenue du know-how ; perte de la possibilité d'adapter l'équipement aux exigences du marché ; octroi d'une réparation pour la perte d'une chance inspiré par l'art. 7.4.3 des Principes d'UNIDROIT) ; v. aussi (mais sans que la disposition des Principes d'UNIDROIT ne soit mentionnée : ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award n° 9078, 10.2001, extraits in : ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, p. 73 ss (Violation de l'interdiction d'exploitation et de concurrence, gain manqué, solution inspirée par les PU).

Les «*Principles of European Tort Law*» ne se servent pas expressément de la notion de «perte d'une chance». Ils arrivent pourtant dans de nombreux cas de figure à la réparation des dommages résultant de chances perdues. Nous allons revenir à l'approche des *Tort-Principles* dans un instant<sup>75</sup>.

## C. Propositions nationales de réforme

Parmi les projets nationaux de réforme, c'est le projet *français* qui prévoit expressément des dommages-intérêts pour «perte d'une chance»<sup>76</sup>.

On peut douter si c'est aussi le cas de «l'Avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv)» qui a été discuté en *Suisse*. D'après l'avant-projet, la personne lésée doit prouver la causalité entre l'acte et le dommage qu'elle a subi avec une «vraisemblance convaincante»<sup>77</sup>. Selon le rapport explicatif de cette proposition, elle ne devrait pas changer le droit en vigueur<sup>78</sup>. Des probabilités en dessous d'une marge de 50% ne devraient, par conséquent, pas suffire pour déclencher la responsabilité civile et la chance perdue ne serait pas réparée en tant que telle<sup>79</sup>.

Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile en *Autriche*<sup>80</sup> prévoit de résoudre les cas de chances perdues à l'aide des règles sur la causalité alternative<sup>81</sup>. La disposition sur la causalité alternative<sup>82</sup> prévoit que, si plusieurs actes entrent en considération sans qu'il ne puisse être établi lequel a

<sup>75</sup> Infra, IX. B.

<sup>76</sup> Cf. supra, n. 2.

<sup>77</sup> Art. 56 II LRCiv.

<sup>78</sup> Pierre WIDMER / Pierre WESSNER, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000, p. 243 ss.

<sup>79</sup> V. Ch. MÜLLER, La perte d'une chance, p. 186; THÉVENOZ, La perte d'une chance, p. 256: «Cette disposition ne consacre toutefois pas la théorie de la perte d'une chance». Selon l'avant-projet, une fois qu'une vraisemblance convaincante est établie, «la décision du juge ne doit pas forcément conclure à une solution alternative en termes de «tout ou rien», mais elle peut éventuellement aussi conduire à une responsabilité partielle», Rapport explicatif, p. 244 s.

<sup>80</sup> Cf. I. GRISS / G. KATHREIN / H. KOZIOL (éd.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Wien / New York 2006.

<sup>81</sup> V. supra IV. D.

<sup>82</sup> Il s'agit du § 1294 al. 2: «Ein Schaden kann einer Person zugerechnet werden, wenn sie ihn verursacht hat oder die Ursache sonst in ihrem Bereich gelegen ist. Gleiches gilt, wenn ein Ereignis in hohem Masse geeignet war, den Schaden herbeizuführen, dasselbe jedoch auch für ein anderes Ereignis zutrifft (kumulative oder überholende Kausalität). Ist eines der beiden Ereignisse ein Zufall oder vom Geschädigten herbeigeführt oder konnte entweder nur das eine oder das andere Ereignis den Schaden verursacht haben (alternative Kausalität), so ist der Schaden nach dem Gewicht der Zurechnungsgründe und der Wahrscheinlichkeit der Verursachung zu teilen.» Sur cette disposition Franz BYDLINSKI, Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadensersatzrechts, in: I. GRISS / G. KATHREIN / H. KOZIOL (éd.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Wien / New York 2006, p. 37 (42 ss).

effectivement causé le dommage, ce dernier sera partagé selon le caractère de la base d'imputation respective et selon la probabilité respective de causalité pour chaque acte. Ceci vaut également si un des actes est un cas fortuit ou revient à la sphère de la victime.

## VIII. Les arguments pour et contre l'indemnisation de chances perdues

Quels sont les inconvénients de la réparation de la « perte d'une chance », et quels arguments plaident en faveur d'une telle réparation ?

### A. Les arguments contre la réparation pour la « perte d'une chance »

En premier lieu, on peut poser la question de savoir si le concept de « perte d'une chance » a déjà fait ses preuves et a véritablement convaincu dans les pays dans lesquels il a été adopté. En Belgique, où il existe une riche jurisprudence sur la perte d'une chance, la Cour de cassation semble actuellement remettre le principe en question.

Selon un autre argument, le but principal de la responsabilité civile est de réparer des dommages et non pas de sanctionner la création de risques<sup>83</sup>. Il ne serait pas admissible non plus de tirer des conclusions de probabilités statistiques pour un cas concret<sup>84</sup>.

Dans un arrêt de 2005, concernant la responsabilité des médecins, le *House of Lords* anglais a douté qu'il soit souhaitable qu'un patient qui prouve avec une probabilité de 75% que la faute du médecin a causé son dommage ne soit dédommagé qu'à 75%. S'il n'arrive, par contre, qu'à prouver une probabilité de 25% de causalité, le médecin trouverait, à juste titre, inéquitable que le médecin soit responsable pour 25% du dommage. Le *House of Lords* arrive à la conclusion que « [a] more likely than not approach to causation suits both sides »<sup>85</sup>. Dans la terminologie continentale, on pourrait dire que l'approche de « tout ou rien » est appropriée et répond aux attentes aussi bien de la victime que du responsable du dommage<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> STOLL, AcP 176 (1976), 146 (185).

<sup>84</sup> FLEISCHER, JZ 1999, 766 (772).

<sup>85</sup> Baroness HALE in *House of Lords* 27.1.2005, *Gregg v. Scott* (2005) UKHL 2; (2005) 4 All England Law Reports (All ER) 812, n° 195.

<sup>86</sup> Pour des arguments en faveur de l'approche du « tout ou rien », v. HIRSCH, *Perte de chance et causalité*, III.

On pourrait, de plus, être d'avis qu'il fait partie des risques ordinaires de la vie de la victime que, dans certaines situations, elle n'arrive pas à prouver le lien de causalité avec une probabilité prépondérante.

Si l'on admettait la réparation de la chance perdue, ne devrait-on pas analyser la grande majorité des cas de responsabilité une deuxième fois, cette fois sous l'aspect de la « perte d'une chance » ? Le *House of Lords* a récemment, dans le même arrêt, exprimé l'avis selon lequel « [a]lmost any claim for loss of an outcome could be reformulated as a claim for loss of a chance of that outcome »<sup>87</sup>. Dans ce cas, la réparation selon des probabilités ne deviendrait-elle pas la règle et la compensation totale l'exception ?

Selon un autre argument, le concept de « perte d'une chance » pourrait générer des coûts additionnels importants, étant donné que beaucoup de demandes n'aboutissant pas actuellement seraient accueillies partiellement selon l'approche de la « perte d'une chance »<sup>88</sup>. Cette dernière mènerait souvent à une responsabilité divisée en quota, ce qui peut générer des coûts de transactions supplémentaires. Souvent, il sera difficile ou très coûteux d'estimer avec précision avec quel degré de probabilité un événement a contribué au dommage. La jurisprudence espagnole, en principe ouverte à la réparation de la chance perdue, en a tiré, dans certains arrêts, la conséquence de ne pas dédommager la victime pour ses pertes économiques mais pour le tort moral subi suite à la perte d'une chance<sup>89</sup>. Selon le principe du « tout ou rien », il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails de l'estimation des pourcentages.

Les expériences faites, par exemple, en Allemagne et en Suisse montrent que, par les solutions traditionnelles, il est possible de remédier à certains cas<sup>90</sup> de causalité incertaine, en tout cas dans les catégories de responsabilité des avocats et des médecins.

L'approche du « tout ou rien » a l'avantage d'être simple : en cas de probabilité prépondérante de causalité, le dommage sera réparé entièrement. En dessous de cette marge, rien n'est dû. Des solutions intermédiaires et compliquées ne sont pas prévues.

<sup>87</sup> Baroness HALE in House of Lords 27.1.2005, *Gregg v. Scott* (2005) UKHL 2 ; (2005) 4 All England Law Reports (All ER) 812, n° 224 ; v. aussi HIRSCH, Perte de chance et causalité, III.

<sup>88</sup> V., par rapport à cet argument, FLEISCHER, JZ 1999, 766 (769).

<sup>89</sup> V. l'arrêt cité supra, n. 11.

<sup>90</sup> V. supra, IV. A-C. Dans d'autres cas, p. ex. en cas de négligence simple (*einfache Fahrlässigkeit*) du médecin, ou dans les situations appartenant à la troisième et à la quatrième catégorie (supra, IV, C. resp. D.), la demande n'aboutirait pas, étant donné que le lien de causalité ne peut pas être prouvé avec le degré nécessaire. Voir, pour le cas de l'architecte exclu de manière injustifiée d'un concours d'architecte, BGH NJW 1983, 442 (444) : « Dem Kläger steht jedoch der Nachweis offen, dass er bei Zulassung zum Architekturwettbewerb einen der ausgesetzten Preise gewonnen hätte ».

## B. Arguments en faveur d'une réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine

Il existe pourtant aussi de nombreux arguments en faveur de la réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine.

Une responsabilité divisée en quotas est déjà pratiquée dans la quasi-totalité des pays en cas de faute concomitante. Une réparation partielle du dommage ne serait, par conséquent, en tant que telle, pas une nouveauté.

Dans des systèmes qui n'ont pas adopté la théorie de la « perte d'une chance », dans de nombreux cas pratiques les procédures aboutissent aussi à une responsabilité en quota : face à des problèmes d'établissement du lien de causalité, les parties trouvent souvent un accord à l'amiable sur le montant du dédommagement. Dans ces cas, des quotas correspondent souvent mieux au sentiment de justice des parties que le principe du « tout ou rien ».

Les approches traditionnelles ont des limites importantes. En droit allemand, par exemple, en cas de faute grave du médecin le fardeau de la preuve est renversé<sup>91</sup>. Le patient n'a pourtant pas d'intérêt à ce que le médecin soit sanctionné dans des cas de fautes particulièrement graves. Il a un intérêt à ce que son dommage soit réparé et ceci indépendamment du fait que la faute du médecin ait été légère, moyenne ou grave<sup>92</sup>. En plus, le critère de la gravité de la faute n'est pas en lien avec la probabilité que cette faute ait ou non causé le dommage du patient. La jurisprudence allemande l'illustre parfaitement : dans un cas pratique, une faute légère du médecin avait causé le dommage du patient avec une probabilité de 90%. Le tribunal a refusé la demande du patient, vu que des doutes sur la causalité subsistaient. Dans un autre cas, une faute grave du médecin était, avec une probabilité de 10%, la cause des problèmes subséquents du patient. Vu la gravité de la faute, le patient a été dédommagé entièrement<sup>93</sup>. Cette solution n'est pas convaincante<sup>94</sup>.

Le concept de « perte d'une chance » évite que les juges, afin d'arriver à des résultats justes, ne décident sur des bases fictives par rapport à la gravité de la faute du médecin ou par rapport à la causalité qui ne peut pas véritablement être établie avec prépondérance<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Supra, IV. C.

<sup>92</sup> Cf. FLEISCHER, JZ 1999, 766 (773).

<sup>93</sup> Cf. MÄSCH, Chance und Schaden, p. 34 s., et les arrêts OLG Hamm 26.8.1998, VersR 2000, 325, et OLG Brandenburg 8.4.2003, NJW-RR 2003, 1383.

<sup>94</sup> V. aussi MÄSCH, Chance und Schaden, p. 35 ss.

<sup>95</sup> Voir déjà KOZIOL, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.29.4 : « The theory of loss of a chance also avoids the problematic tendency of some courts to take for granted what in fact is uncertain ».

Les expériences faites dans les droits français, néerlandais, anglais et autres montrent que le concept de « perte d'une chance » est bien gérable<sup>96</sup>.

Il est vrai que, dans de nombreux cas dans lesquels la demande est rejetée selon les approches traditionnelles, en application du concept de « perte d'une chance », une réparation partielle serait due. Par contre, dans d'autres cas dans lesquels une réparation entière est accordée aujourd'hui, seule une partie du dommage serait compensée selon l'approche de « perte d'une chance ». Dans l'ensemble, les coûts des deux approches ne divergent pas nécessairement. Ce qui change par contre c'est l'adéquation de la réparation dans chaque cas concret.

Le droit anglais de la responsabilité civile est, tout comme le droit suisse en la matière<sup>97</sup>, caractérisé par le souci de limiter la responsabilité. L'argument selon lequel *the floodgates must be kept shut* a une grande valeur en droit anglais. Pourtant, ce dernier a adopté, pour de nombreuses catégories de cas, le concept de « *loss of a chance* ». La responsabilité des médecins fait exception, ce qui est difficilement justifiable dans le système anglais<sup>98</sup>.

La question de la « perte d'une chance » se pose dans des situations dans lesquelles la faute d'autrui a empêché qu'un résultat favorable à la victime ne puisse se réaliser. Des incertitudes suite à la violation d'un devoir devraient, en principe, faire partie des risques ordinaires de la vie de celui qui a violé un contrat ou un devoir légal et non pas de celui qui, par conséquent, a perdu la chance d'un résultat favorable. L'*Obergericht Zürich* a, dans ce sens, constaté, dans un arrêt de 1989: « Refuser d'octroyer des dommages-intérêts aux proches de patients qui ont été traités de manière fautive et qui sont ensuite morts d'un cancer, fondé sur l'argument qu'il ne serait pas prouvé que la faute du médecin ait causé le mort du patient, est fortement inéquitable »<sup>99</sup>.

Une vue d'ensemble montre qu'en cas de causalité incertaine, une réparation partielle du dommage atteint mieux l'objectif de réparation que le principe du « tout ou rien ». Prenons l'exemple selon lequel, suite à des fautes professionnelles, un médecin ne diagnostique pas une maladie mortelle, et ceci dans huit cas. Pour chaque patient, la chance de survie est de 25%. Deux des huit patients mourront probablement. Selon le principe du « tout ou rien »,

---

<sup>96</sup> V. déjà FLEISCHER, JZ 1999, 769 s.

<sup>97</sup> Cf., pour le droit suisse, THÉVENOZ, La perte d'une chance, p. 237; KADNER GRAZIANO, Entwicklungstendenzen im schweizerischen ausservertraglichen Haftungs- und Schadensrecht, in: Peter Jung (éd.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern / Zurich / Basel / Genf 2007, p. 1 (3).

<sup>98</sup> MÄSCH, ZEuP 2006, 656 (665 ss).

<sup>99</sup> OG Zürich SJZ 85 (1989), 119 (122): « Den Angehörigen von Krebspatienten, die eindeutig falsch behandelt wurden, in (sehr) vielen Fällen Schadensersatzansprüche abzusprechen mit der Begründung, der Kausalzusammenhang zwischen den Behandlungsfehlern und dem Tod des Patienten sei nicht nachgewiesen, wäre aber in hohem Maße unbillig. »

aucun patient ne sera dédommagé. Selon l'approche qui prévoit le dédommagement selon la probabilité de la causalité, chacun des patients recevra des dommages-intérêts correspondant à la probabilité de subir un dommage. C'est seulement selon cette approche que les dommages seront, vu de façon globale, compensés.

L'aspect non pas de sanction mais de prévention a gagné énormément de terrain en droit privé européen et est aujourd'hui reconnu en tant que deuxième but de la responsabilité civile dans de nombreux pays ainsi que par les *Principles of European Tort Law*<sup>100</sup>. La prévention plaide également en faveur d'une réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine<sup>101</sup>. Selon l'approche du « tout ou rien », de nombreuses violations d'obligations contractuelles et extracontractuelles restent sans conséquences bien qu'elles puissent très bien avoir causé d'importants dégâts. Une réparation partielle inciterait, par contre, à se comporter en accord avec le contrat et avec la loi.

La critique du principe du « tout ou rien » est particulièrement vive dans des cas limites<sup>102</sup>. Ainsi, pour la victime, il est difficilement justifiable que, dans un cas dans lequel la causalité est prouvée à 49%, sa demande soit rejetée entièrement. Il sera aussi difficile pour le défendeur d'accepter qu'une probabilité de 51% mène à une responsabilité de 100%. Le juge anglais Donaldson, *Master of the Rolls*, a critiqué cette solution en déclarant que : « *If this is the law, it is high time that it was changed* »<sup>103</sup>. Des praticiens du droit sur le continent nous confirment que de nombreux clients considèrent le principe du « tout ou rien » comme injuste et souvent difficilement acceptable.

## IX. Prise de position

De nombreux arguments plaident donc en faveur du concept de la « perte d'une chance », alors que de nombreux autres plaident contre cette approche. Comment pourrait-on s'en sortir ?

Dans de nombreux cas de la première catégorie (c'est-à-dire les cas de la responsabilité des avocats<sup>104</sup>), il sera possible de procéder à un « procès dans

<sup>100</sup> V. l'art. 10:101 2° phr. des *Principles* : « Damages also serve the aim of preventing harm ».

<sup>101</sup> V. déjà FLEISCHER, JZ 1999, 766 (770).

<sup>102</sup> Pour une critique du principe du « tout ou rien », v., par ex., BYDLINSKI, FS Beitzke, p. 3 (32 s.); STOLL, FS Steffen, p. 465 (466); JANSEN, 19 OJLS 271 (277); KOZIOL, FS Stoll, p. 233 (238); Ch. MÜLLER, La perte d'une chance, n° 272 s., 290; MÄSCH, Chance und Schaden, p. 125 s.; HIRSCH, Perte de chance et causalité, VII : « la théorie absolue de la causalité, du « tout ou rien », est dépassée »; KADNER GRAZIANO, in : Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.28.18 s.

<sup>103</sup> *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* 2.7.1987 (1987) 1 AC 750 (759).

<sup>104</sup> *Supra*, II. A.

le procès » et de remédier ainsi « après-coup » au problème de l'incertitude<sup>105</sup>. Ceci semble être la solution à favoriser étant donné qu'elle lève l'incertitude qui est la base et la condition du concept de la « perte d'une chance ».

Pour les autres cas, une distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle pourrait être faite ou s'impose même :

## A. Responsabilité contractuelle

En droit contractuel, la sauvegarde des chances de succès est, le cas échéant, au centre de la prestation contractuelle<sup>106</sup>.

Si un médecin omet de procéder à un acte qui s'impose, il viole un devoir principal du contrat qu'il a conclu avec le patient, à savoir de faire tout ce qui est nécessaire dans l'intérêt du patient. L'obligation principale du médecin n'est bien évidemment pas de garantir que le patient guérisse, mais de sauvegarder les chances de guérison.

Si l'avocat omet de procéder à un acte qui s'impose dans l'intérêt du client ou un acte pour l'accomplissement duquel il a été mandaté par le client, il viole un devoir principal de son contrat à savoir de faire le nécessaire pour que les chances de réussir du client puissent se réaliser.

Une fois que la violation de cette *obligation principale de sauvegarder les chances de l'autre partie* est constatée, la question devient un problème de mesure du dommage qui en résulte. Dans ce contexte, la chance du patient ou du client pourrait très bien être prise en considération même si la probabilité de sa réalisation n'est pas prépondérante. Tout ceci à condition que la chance soit suffisamment manifestée.

L'aspect que la violation d'un devoir central du contrat resterait autrement sans sanction et l'aspect de la prévention ne semblent pas être les moindres arguments en faveur de la réparation partielle du dommage en fonction du degré de la chance perdue<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> V. pourtant la critique de MÄSCH, ZEuP 2006, 656 (674) ; idem, Chance und Schaden, p. 142 s., 388 ss, 400 ss.

<sup>106</sup> Ceci vaut aussi bien pour le contrat entre patient et médecin que pour le contrat entre client et avocat. V. aussi MÄSCH, Chance und Schaden, p. 237 ss, conclusions p. 423 ss, en particulier les points 3, 6, 7 et 10 ; contra FLEISCHER, JZ 1999, 766 (772) col. dr.

<sup>107</sup> V. aussi MÄSCH, Chance und Schaden, p. 427 n° 18 ; idem, ZEuP 2006, 656 (675).

## B. Responsabilité délictuelle

### 1. Point de départ

En matière de responsabilité délictuelle, la situation est plus délicate. Des études récentes de droit comparé ont confirmé que certains biens juridiques, appelés dans certains pays *droits absolus*, jouissent d'un degré de protection plus étendu que d'autres. En droit allemand, la victime doit, en principe, prouver l'atteinte à un droit absolu pour que la responsabilité délictuelle soit déclenchée. En droit suisse un acte est considéré illicite et déclenche la responsabilité civile s'il porte atteinte à un droit absolu (dans ce cas, on parle « d'illicéité de résultat », « *Erfolgsunrecht* »)<sup>108</sup>. Dans d'autres ordres juridiques, notamment en Angleterre et même en France<sup>109</sup>, sans que l'on utilise le terme de « droit absolu », ces biens juridiques jouissent également d'une protection plus étendue que d'autres<sup>110</sup>. Cette hiérarchie des biens protégés permet, dans les ordres juridiques appartenant à la famille germanique mais aussi au droit anglais, de limiter de façon très efficace la responsabilité délictuelle.

Reconnaître, sans distinction majeure, que la « perte d'une chance » (par exemple de guérir ou de gagner un procès) constitue, en principe, un préjudice réparable ébranle le système ou le laisse se disloquer<sup>111</sup>. Etant donné qu'en responsabilité délictuelle, il y a cette hiérarchie des biens protégés, il semble hautement problématique de traiter les différentes situations de perte d'une chance de la même manière en matière de responsabilité délictuelle : dans la catégorie de la responsabilité médicale, il s'agit de la protection de

<sup>108</sup> Cf. ATF 123 II 577 c. 4 ; ATF 119 II 127, c. 3 ; H. Rey, *Außervertragliches Haftpflichtrecht*, Zurich / Bâle / Genève 2003, n° 670 ; pour une critique, v. F. WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, n° 284 ; I. Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4<sup>e</sup> éd., Bern 2006, n° 50.04.

<sup>109</sup> Pour limiter la responsabilité civile, la jurisprudence française se sert du critère de la causalité, v., p. ex, Geneviève VINEY, *Modération et limitation des responsabilités et des indemnisations*, in : Jaap Spier (éd.), *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, La Haye / Londres / Boston 1996, p. 127, 131 s. L'étendue de la responsabilité reste, dans de nombreuses situations, pourtant plus large que dans la grande majorité des autres ordres juridiques.

<sup>110</sup> V. aussi le *Principles of European Tort Law*, [www.egtl.org/Principles/index.htm](http://www.egtl.org/Principles/index.htm), art. 2:102 (Intérêts protégés) : « (1) L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature ; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue. (2) La vie, l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue. (3) Les droits de propriété se voient accorder une protection étendue, y compris en matière de droits portant sur des biens incorporels. (4) La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime.

<sup>111</sup> STOLL, *FS Steffen* (1995), p. 465 (472 ss) ; v. aussi KOZIOL, in : Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.29.5.

la santé ou même de la vie humaine. Il s'agit donc de biens qui jouissent de la protection délictuelle la plus étendue. Dans les autres catégories, il s'agit, par contre, de protéger des intérêts économiques uniquement, qui jouissent, dans peut-être tous les pays européens, d'une protection moindre en matière délictuelle<sup>112</sup>.

Une proposition telle l'art. 1346 de l'avant-projet français, qui élève la « perte d'une chance » au rang de *préjudice réparable* s'appliquant, en principe, aussi bien à la responsabilité contractuelle que délictuelle semble, par conséquent, difficilement soutenable pour le droit privé européen et notamment pour les droits allemand et suisse et ceci même *de lege ferenda*.

## 2. *Proposition de solution*

### a. *Condition : atteinte à un bien juridique protégé par la responsabilité délictuelle*

En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, la solution pourrait être de conserver, en principe, la *hiérarchie des biens protégés* telle qu'elle est à constater dans le droit privé européen actuellement – et telle qu'elle est prévue dans l'art. 2:102 des *Principles of European Tort Law*<sup>113</sup>. Selon l'al. 2 de cette disposition, qui est issue de vastes études de droit comparé, « La vie, l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue » en responsabilité délictuelle, alors que selon l'al. 4 de la même disposition, « La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime. »

Dans le cas du garçon anglais, l'intérêt protégé par la responsabilité délictuelle est sa santé ; dans celui de la secrétaire espagnole, l'intérêt concerné est de nature purement économique et donc un intérêt qui jouit, *en matière délictuelle*, d'une protection moins étendue.

### b. *Responsabilité partielle selon la probabilité de causalité*

Une fois que l'atteinte à un intérêt protégé par la responsabilité délictuelle est constatée, se pose la question de la causalité entre l'acte de la personne tenu

---

<sup>112</sup> Cf. *Principles of European Tort Law*, art. 2:102 (4), texte supra, n. 110 ; v. aussi, p. ex., W. VAN BOOM / H. KOZIOL / Ch. WITTING : Pure Economic Loss, Wien / New York 2004 ; KOZIOL, in : Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.29.5.

<sup>113</sup> European Group on Tort Law (éd.), *Principles of European Tort Law*, art. 2:102 (1)-(4), cf. supra n. 110.

pour responsable et le dommage (dans le cas du garçon anglais : entre la faute du médecin et le handicap du garçon). Avec une probabilité de 25% le handicap du garçon était dû à une faute médicale, alors qu'avec une probabilité de 75% le problème était dû à la chute et donc à un fait qui est à situer dans la sphère de la victime.

Dans une telle situation, la responsabilité délictuelle pourrait être déterminée à l'aide d'une règle sur la causalité alternative. Dans le même sens que le projet de réforme autrichien<sup>114</sup> et l'arrêt de la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour suprême dans le cas du bébé né gravement blessé<sup>115</sup>, l'art. 3:103 des *Principles of European Tort Law*, portant sur des « causes alternatives », prévoit, dans son al. 1<sup>er</sup>, que

« [e]n cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais que celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime. »

L'art. 3:106 des Principes affirme que, si une de ces circonstances est à localiser dans la sphère de la victime, elle doit en supporter les conséquences dans une mesure correspondant à la probabilité que cette circonstance ait causé le dommage<sup>116</sup>. A condition que la victime soit atteinte dans un droit protégé par les règles de la responsabilité délictuelle, le dommage pourrait ainsi être partagé entre la victime et une autre personne en fonction des probabilités de causalité<sup>117</sup>.

Des probabilités de contribution au dommage restant en dessous d'un seuil *minimum* pourraient être écartées ainsi que de *pures hypothèses* de causalité<sup>118</sup>. Pour réparer des dommages en cas de « chances perdues », la Cour de Cassation française réclame ainsi une « chance réelle et sérieuse »<sup>119</sup>, et

<sup>114</sup> Supra, n. 78. L'avant-projet *suisse* propose une indemnité proportionnelle à la causalité une fois qu'un lien de causalité d'un acte attribuable à la personne tenue pour responsable est établi avec une probabilité supérieure à 50%, v. supra, VII. C. ; v. aussi HIRSCH, Perte de chance et causalité, V.

<sup>115</sup> Supra, IV. D.

<sup>116</sup> *Principles of European Tort Law*, Art. 3:106 (Uncertain causes within the victim's sphere): "The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere." = (Causes incertaines dans la sphère d'influence de la victime): « La victime doit supporter ses pertes dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement ou toute autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence ».

<sup>117</sup> Pour l'application des *Principles* à des cas pratiques en matière de « perte d'une chance », et en particulier au cas du garçon anglais, v. KADNER GRAZIANO, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.28.1-25.

<sup>118</sup> Cf., par ex., HIRSCH, Perte de chance et causalité, V.

<sup>119</sup> Cour de cass. (Ass. plén.) 3.6.1988, La Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 1988, 2, pan. 180 ; v. aussi LE TOURNEAU: Droit de la responsabilité et des contrats, n° 1418.

selon la jurisprudence anglaise, le demandeur doit prouver « *that he had a real or substantial chance as opposed to a speculative one* »<sup>120</sup>.

Selon la solution proposée, la « perte d'une chance » ne serait pas introduite en tant que nouvelle catégorie de dommage, tel que prévue dans le projet français. Les cas de chances perdues seraient analysés, au contraire, à l'aide de règles sur la causalité alternative.

Pour certaines atteintes, l'approche de « perte d'une chance » et la résolution à l'aide des règles sur la causalité alternative poursuivent donc la même fonction et sont, pour ces cas, équivalents<sup>121</sup>. Par rapport à l'approche de « perte d'une chance », la solution proposée aurait l'avantage de mener dans un certain nombre de cas de figure à une responsabilité qui correspond à la probabilité de causalité, mais tout en respectant la hiérarchie des biens protégés par la responsabilité délictuelle<sup>122</sup>.

### C. Résolution des cas

Comment seraient résolus nos cas d'exemple selon cette approche ?

La demande de la secrétaire espagnole serait analysée dans une procédure en responsabilité civile contre l'avocat qui a omis de porter plainte. La solution serait de procéder à un « procès dans le procès » et – *idéalement* – le problème de l'incertitude quant à la causalité entre la faute de l'avocat et le dommage serait résolu « après-coup ». Si, dans le cas concret, il s'avérait pourtant impossible d'établir – de manière hypothétique – si la faute de l'avocat a empêché une réussite dans un premier procès, la secrétaire pourrait, en tout cas sur une base *contractuelle*, être dédommée pour la chance perdue en fonction de sa probabilité de réalisation<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Allied Maples Group Ltd v Simmonds & Simmonds (1995) 1 WLR 1602 (1614), Court of Appeal, Stuart-Smith, LJ; arrêt reproduit in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.12.5 avec note K. OLIPHANT.

<sup>121</sup> Pour cette « *Funktionsäquivalenz* », v. Franz BYDLINSKI, Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadensersatzrechts, in: I. GRISS / G. KATHREIN / H. KOZIOL (éd.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Wien / New York 2006, p. 37 (42 ss); KOZIOL, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.29.2, 8; Jacques BORÉ, L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable, JCP G 1974, I, 2620; MÄSCH, Chance und Schaden, p. 161; KADNER GRAZIANO, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.28.3 ss, 10.28.17.

<sup>122</sup> Pour une indemnité proportionnelle à la probabilité de causalité, avec des arguments à caractère économiques, Michael FAURE, Causal uncertainty, in: Helmut Koziol / Jaap Spier (éd.), Tort and Insurance Law, Liber Amicorum Pierre Widmer, Wien / New York 2003, p. 87; HIRSCH, Perte de chance et causalité, V (avec des arguments en faveur de cette approche), VII.

<sup>123</sup> Pour une solution du cas selon les *Principles of European Tort Law*, v. KADNER GRAZIANO, in: Winiger et al. (éd.), Digest of European Tort Law, 10.28.20-25.

L'action du garçon anglais contre le médecin pourrait aboutir pour un montant correspondant à la probabilité que le médecin ait causé le dommage, i.e. pour 25% du dommage subi. L'action aboutirait soit sur une base contractuelle, soit sur une base délictuelle vu que le garçon est atteint dans sa santé, c'est-à-dire dans un droit qui bénéficie de la protection délictuelle la plus étendue<sup>124</sup>.

La candidate au titre de « Miss Suisse 2006 » n'aurait pas d'action contractuelle contre l'auteur de l'accident de la circulation étant donné qu'il n'y a pas de lien contractuel entre les deux parties. La jeune femme était blessée dans sa santé et la réparation de la « chance perdue » pourrait ainsi, en principe, être réclamée sur une base délictuelle. L'action n'aboutirait pourtant très probablement pas. Étant donné que la jeune femme pourra se présenter l'année suivante, sa chance de gagner le concours n'est pas perdue de manière définitive<sup>125</sup>. Seraient pourtant à rembourser des frais additionnels liés au report de la candidature d'une année.

## X. Résumé

1. Les situations de fait dans lesquelles se pose la question de la « perte d'une chance » en Europe se ressemblent. Les cas de « perte de chance » ont en commun que la personne tenue pour responsable a agi de manière illicite et fautive, mais que la victime n'est pas en mesure de prouver, avec la probabilité traditionnellement requise, un lien de causalité entre l'acte d'autrui et l'atteinte à ses intérêts juridiquement protégés.
2. La théorie de la « perte d'une chance » change la perspective et redéfinit le problème : le fait qui déclenche la responsabilité civile n'est plus l'atteinte à un bien juridique protégé traditionnellement. C'est la « perte d'une chance » elle-même qui constitue le « dommage » et qui déclenche la responsabilité civile. Suite au changement de perspective, la question de la causalité ne pose plus de problème étant donné que le lien causal entre le fait d'autrui et la « perte d'une chance » est établie dans les situations de « perte de chance ».
3. Par rapport à la théorie de « perte d'une chance », la situation dans le droit privé européen est extrêmement diverse : Dans de nombreux ordres

---

<sup>124</sup> Pour une solution du cas selon les *Principles of European Tort Law*, v. KADNER GRAZIANO, in: Winiger et al. (éd.), *Digest of European Tort Law*, 10.28.1-19.

<sup>125</sup> V., pour ce critère, LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 1418 avec références : « (p)our qu'il y ait perte d'une chance, la victime ne doit plus pouvoir remédier à l'impossibilité de survenance de l'événement. Si elle pouvait demeurer maîtresse de sa réalisation, elle n'a rien vraiment perdu ».

juridiques européens, le concept de « perte d'une chance » n'est pas (ou pas encore) accepté. Dans de nombreux autres, ce concept est soit accepté, soit il a, ces dernières années, gagné beaucoup de terrain.

4. Vu les développements récents du droit privé européen en la matière, la solution d'avenir pourrait être l'abandon partiel du principe du « tout ou rien » et l'indemnisation, dans certaines situations de chances perdues, selon des probabilités de causalité.

5. En matière de droit *contractuel*, la sauvegarde des chances de succès est, le cas échéant, au centre de la prestation contractuelle. Une fois que la violation de l'obligation principale du contrat de sauvegarder les chances de l'autre partie est constatée, la question devient un problème de mesure du dommage qui en résulte. Dans ce contexte, la chance perdue pourrait très bien être prise en considération même si la probabilité de sa réalisation n'est pas prépondérante, à condition que la chance soit suffisamment manifestée.

6. En matière de responsabilité *délictuelle*, afin de sauvegarder les limites de la responsabilité, il convient de conserver la hiérarchie des biens protégés qui existe actuellement dans la majorité des ordres juridiques européens. Il convient, par conséquent, de continuer, en matière délictuelle, de qualifier le problème de chances perdues comme une question de causalité.

7. En matière de responsabilité délictuelle, des règles sur la *causalité alternative*, telles que prévues dans les *Principles of European Tort Law*, permettraient d'indemniser des victimes selon des probabilités de causalité et d'éviter ainsi les inconvénients du principe du « tout ou rien », tout en respectant la hiérarchie des biens protégé par la responsabilité délictuelle et tout en évitant une responsabilité pour chances perdues sans véritables limites.

8. En Suisse et en Allemagne, l'analyse du concept de « perte d'une chance » et de son potentiel vient de commencer, et ceci grâce à quelques publications récentes de haute qualité<sup>126</sup>. Etant donné que le concept de la réparation partielle en cas de causalité incertaine a été adopté, ces dernières années, par de nombreux pays ainsi que par les Principes d'UNIDROIT et, mais d'une autre façon, par les *Principles of European Tort Law*, il semble que la question mérite une discussion approfondie aussi bien en Suisse qu'à l'échelle européenne.

---

<sup>126</sup> Supra, n. 1; pour des références à la doctrine suisse, v. Ch. MÜLLER, La perte d'une chance, p. 183 ss; THÉVENOZ, La perte d'une chance, p. 237 (251, n. 35).