

# Table des matières

|                                        |           |
|----------------------------------------|-----------|
| <b>Préface</b> .....                   | <b>7</b>  |
| <b>Avertissement</b> .....             | <b>11</b> |
| <b>Principales abréviations</b> .....  | <b>13</b> |
| <b>Introduction</b> .....              | <b>17</b> |
| I. L'ampleur de l'édifice .....        | <b>18</b> |
| II. L'instabilité des fondations ..... | <b>26</b> |

## Partie I

### Histoire du concept de perte de chance

#### Titre I

#### L'induction lacunaire

|                                                                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Chapitre 1. L'origine civiliste du concept de perte de chance</b> .....                                              | <b>37</b> |
| Section 1. L'antériorité du raisonnement contrefactuel par rapport<br>à la perte de chance .....                        | <b>38</b> |
| I. Éléments de définition du raisonnement contrefactuel .....                                                           | <b>39</b> |
| A. L'essor du raisonnement contrefactuel en dehors du droit .....                                                       | <b>39</b> |
| 1. Les fondements philosophiques du raisonnement contrefactuel .....                                                    | <b>40</b> |
| 2. Le développement du raisonnement contrefactuel dans d'autres champs<br>disciplinaires .....                          | <b>43</b> |
| B. La transposition du raisonnement contrefactuel à la causalité juridique .....                                        | <b>46</b> |
| 1. L'adaptation du raisonnement contrefactuel à la recherche<br>d'une causalité juridique .....                         | <b>49</b> |
| 2. L'insuffisance du raisonnement contrefactuel dans la caractérisation<br>d'une causalité juridique .....              | <b>52</b> |
| II. L'application du raisonnement contrefactuel par la jurisprudence au XIX <sup>e</sup> siècle .....                   | <b>56</b> |
| A. Les applications du raisonnement contrefactuel .....                                                                 | <b>56</b> |
| 1. Exemples d'application du raisonnement contrefactuel .....                                                           | <b>57</b> |
| 2. Traits saillants du raisonnement contrefactuel .....                                                                 | <b>63</b> |
| B. Le traitement de l'impossibilité du raisonnement contrefactuel .....                                                 | <b>65</b> |
| 1. L'éviction de l'incertitude .....                                                                                    | <b>65</b> |
| 2. La confrontation à l'incertitude .....                                                                               | <b>68</b> |
| Section 2. Le dépassement de l'impossibilité du raisonnement contrefactuel<br>par le recours à la perte de chance ..... | <b>70</b> |

|                                                                                                                                  |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| I. La consécration de la perte de chance par l'arrêt fondateur du 22 mars 1899                                                   | 71        |
| A. L'application classique du raisonnement contrefactuel par les juges du fond                                                   | 72        |
| 1. Le raisonnement des juges de première instance                                                                                | 73        |
| 2. L'infirmité de la cour d'appel                                                                                                | 73        |
| B. Les critiques décisives des commentateurs                                                                                     | 75        |
| 1. La critique du manichéisme du raisonnement contrefactuel                                                                      | 75        |
| 2. L'introduction de la notion de chance                                                                                         | 77        |
| C. La consécration de la perte de chance par la Cour de cassation                                                                | 78        |
| 1. Un apport capital                                                                                                             | 79        |
| 2. Une portée limitée                                                                                                            | 80        |
| II. L'infirmité de la consécration de la perte de chance au début du <sup>xx</sup> e siècle                                      | 81        |
| A. Une jurisprudence hésitante                                                                                                   | 81        |
| 1. La survivance de solutions réfractaires à la perte de chance                                                                  | 81        |
| 2. La parenté de solutions jurisprudentielles avec la perte de chance                                                            | 84        |
| B. Une doctrine confuse                                                                                                          | 85        |
| 1. La critique des solutions jurisprudentielles                                                                                  | 86        |
| 2. La confusion de la solution proposée                                                                                          | 87        |
| <b>Chapitre 2. La systématisation du concept de perte de chance</b>                                                              | <b>91</b> |
| Section 1. Le caractère hâtif de la systématisation doctrinale                                                                   | 92        |
| I. L'œuvre fondatrice d'Henri Lalou                                                                                              | 93        |
| A. L'introduction du concept de perte de chance comme facteur explicatif du droit positif                                        | 93        |
| 1. L'explication par le concept de perte de chance des solutions rendues en matière de responsabilité des auxiliaires de justice | 93        |
| 2. La systématisation de la perte de chance                                                                                      | 95        |
| B. La manipulation du droit positif tel qu'expliqué par le concept de perte de chance                                            | 97        |
| II. L'influence d'Henri Lalou sur la doctrine civiliste de la première moitié du <sup>xx</sup> e siècle                          | 103       |
| A. Le développement du recours à la perte de chance pour expliquer le droit positif                                              | 104       |
| 1. Le constat des véritables utilisations jurisprudentielles du concept de perte de chance                                       | 104       |
| 2. La réitération d'une présentation biaisée du droit positif                                                                    | 107       |
| B. La confirmation de la systématisation de la perte de chance                                                                   | 113       |
| 1. L'ignorance de la jurisprudence des juges du fond globalement réfractaire à la perte de chance                                | 113       |
| 2. La réitération du caractère généralement réparable de la perte de chance                                                      | 117       |
| Section 2. Les failles de la systématisation jurisprudentielle                                                                   | 119       |
| I. Le développement irrégulier de la perte de chance au milieu du <sup>xx</sup> e siècle                                         | 119       |
| A. La seconde naissance de la perte de chance en droit administratif                                                             | 120       |
| 1. Un « contexte propice » au développement de la perte de chance                                                                | 122       |
| 2. La transposition de la solution de la Cour de cassation par le Conseil d'État                                                 | 129       |
| B. La timidité de la jurisprudence civile                                                                                        | 130       |
| 1. La difficile affirmation du principe de réparation de la perte de chance                                                      | 130       |
| 2. La perte de chance concurrencée par d'autres préjudices indemnisables                                                         | 133       |
| II. La transposition de la systématisation doctrinale de la perte de chance dans la jurisprudence civile                         | 136       |

|                                                                                                                                                          |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| A. L'achèvement du raisonnement « inductif » : l'affirmation du caractère généralement réparable de la perte d'une chance par la Cour de cassation ..... | 136        |
| B. L'aube du raisonnement déductif : l'élargissement du cadre d'utilisation de la perte de chance .....                                                  | 139        |
| <b>Conclusion du titre I .....</b>                                                                                                                       | <b>143</b> |

## Titre II

### L'abondante déduction

|                                                                                                                                                |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre 1. Le déploiement de la perte de chance .....</b>                                                                                  | <b>147</b> |
| Section 1. La lente consécration de l'aléa judiciaire .....                                                                                    | 149        |
| I. L'éviction de l'aléa judiciaire .....                                                                                                       | 152        |
| A. La vigueur du principe d'application du raisonnement contrefactuel en matière de responsabilité des auxiliaires de justice .....            | 152        |
| 1. La constance du raisonnement contrefactuel .....                                                                                            | 152        |
| 2. Le détour éphémère par l'indemnisation d'un « préjudice moral » .....                                                                       | 155        |
| B. La circonscription du recours à la perte de chance en matière de responsabilité des auxiliaires de justice .....                            | 158        |
| 1. La prise en compte d'aléas extérieurs à l'aléa judiciaire comme fondements de l'indemnisation de pertes de chance de gagner un procès ..... | 158        |
| 2. Le rejet de l'aléa judiciaire comme fondement de l'indemnisation d'une perte de chance dans la jurisprudence de la Cour de cassation .....  | 161        |
| II. La considération de l'aléa judiciaire .....                                                                                                | 164        |
| A. Les timides références de la Cour de cassation à l'aléa judiciaire .....                                                                    | 164        |
| B. La prise en compte erratique de l'aléa judiciaire par les juges du fond .....                                                               | 167        |
| III. La consécration de l'aléa judiciaire .....                                                                                                | 168        |
| A. L'aléa judiciaire, facteur de transition du raisonnement contrefactuel à la perte de chance .....                                           | 169        |
| B. L'aléa judiciaire, vecteur de la disparition annoncée du raisonnement contrefactuel .....                                                   | 171        |
| 1. L'éviction du raisonnement contrefactuel en cas de très faibles chances de succès de l'action .....                                         | 171        |
| 2. L'éviction du raisonnement contrefactuel en cas de très fortes chances de succès de l'action .....                                          | 173        |
| 3. Vers une disparition du raisonnement contrefactuel ? .....                                                                                  | 175        |
| Section 2. L'intrusion de la perte de chance en droit de la responsabilité médicale .....                                                      | 177        |
| I. Les hésitations des juges du fond .....                                                                                                     | 182        |
| A. Le constat d'un cadre d'application similaire aux cas classiques d'utilisation de la perte de chance .....                                  | 182        |
| B. La diversité du traitement de l'incertitude du scénario contrefactuel par les juges du fond .....                                           | 184        |
| 1. L'ajustement du raisonnement contrefactuel .....                                                                                            | 185        |
| 2. Le recours à la perte de chance de survie ou de guérison .....                                                                              | 188        |
| II. La consécration de la perte de chance de survie ou de guérison par la cour de cassation .....                                              | 190        |
| A. L'éphémère recours à l'ajustement du raisonnement contrefactuel .....                                                                       | 190        |
| B. La période transitoire .....                                                                                                                | 191        |

|                                                                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| C. La consécration de la perte de chance de survie .....                                                    | 193        |
| <b>Chapitre 2. Le dévoiement de la perte de chance .....</b>                                                | <b>197</b> |
| Section 1. La confusion de la chance et du risque .....                                                     | 198        |
| I. L'apparition de la confusion en matière de responsabilité pour faute<br>de technique médicale .....      | 198        |
| A. La perturbation de l'essence de la perte de chance .....                                                 | 198        |
| 1. Exposé des thèses en présence .....                                                                      | 199        |
| 2. Essai d'une théorie dualiste renouvelée .....                                                            | 214        |
| B. La perturbation du régime d'indemnisation de la perte de chance .....                                    | 230        |
| 1. Perte de chance et obligation <i>in solidum</i> .....                                                    | 230        |
| 2. Perte de chance et recours des tiers payeurs .....                                                       | 232        |
| II. Le développement de la confusion au-delà de la responsabilité pour faute<br>de technique médicale ..... | 235        |
| A. Le développement de la perte de chance fondée sur un aléa décisionnel<br>de la victime .....             | 235        |
| 1. La consécration en matière d'information médicale .....                                                  | 239        |
| 2. Le développement en droit commun de la responsabilité .....                                              | 242        |
| B. La propagation du critère de contribution au dommage .....                                               | 244        |
| Section 2. La contraction des conditions de la responsabilité .....                                         | 247        |
| I. L'achèvement du dévoiement : la perte de chance dévoyée déduite<br>du fait générateur .....              | 252        |
| A. La déduction explicite : le cas du manquement à une obligation d'information .....                       | 252        |
| B. La déduction généralisée .....                                                                           | 260        |
| 1. L'exemple du préjudice boursier .....                                                                    | 260        |
| 2. L'exemple du préjudice résultant d'une faute de technique médicale .....                                 | 263        |
| II. L'extension du dévoiement : la perte de chance classique déduite<br>du fait générateur .....            | 265        |
| <b>Conclusion du titre II .....</b>                                                                         | <b>270</b> |
| <b>Conclusion de la partie I .....</b>                                                                      | <b>271</b> |

## Partie II

### Critique du concept de perte de chance

#### Titre I

#### Déconstruction du concept de perte de chance

|                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre 1. Des fondements théoriques incertains .....</b>        | <b>277</b> |
| Section 1. L'objectivation de la chance .....                        | 277        |
| A. Les indices doctrinaux de l'objectivation .....                   | 278        |
| B. Les indices jurisprudentiels de l'objectivation .....             | 279        |
| 1. Le constat de l'objectivation .....                               | 279        |
| 2. L'originalité de l'objectivation .....                            | 282        |
| I. Les failles logiques de l'objectivation .....                     | 286        |
| A. Les obstacles philosophiques à l'objectivation de la chance ..... | 286        |
| B. Les obstacles mathématiques à l'objectivation de la chance .....  | 289        |

|                                                                                                                                                         |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. L'illusion de la mathématisation de la chance .....                                                                                                  | 289        |
| 2. Les limites de la mathématisation de la chance .....                                                                                                 | 293        |
| II. L'impossible mise en œuvre de l'objectivation .....                                                                                                 | 300        |
| A. La chance qualifiée : l'ère des désillusions .....                                                                                                   | 300        |
| 1. L'objectivation qualitative barrée par la logique : le « certain » et le « réel » .....                                                              | 301        |
| 2. L'objectivation quantitative condamnée par le droit : le « sérieux »<br>et le « raisonnable » .....                                                  | 307        |
| B. La chance définie : l'ère de la renonciation .....                                                                                                   | 311        |
| 1. L'objectivité purement rhétorique : la « probabilité d'un événement favorable » .....                                                                | 311        |
| 2. L'objectivité abandonnée : l'« éventualité favorable » .....                                                                                         | 319        |
| Section 2. La juridicisation de l'incertain .....                                                                                                       | 321        |
| I. Étude critique de l'approche quantitative de la distinction des cadres d'application<br>de la perte de chance et du raisonnement contrefactuel ..... | 327        |
| A. Exposé de la conception quantitative de la distinction .....                                                                                         | 327        |
| 1. La relativisation de la certitude du scénario contrefactuel .....                                                                                    | 327        |
| 2. La hausse du coefficient d'incertitude du scénario contrefactuel,<br>fondement du recours au concept de perte de chance .....                        | 329        |
| B. Critique de l'approche quantitative de la distinction .....                                                                                          | 330        |
| 1. L'utilisation de la perte de chance en présence d'un coefficient<br>d'incertitude faible .....                                                       | 331        |
| 2. L'utilisation du raisonnement contrefactuel en cas de coefficient<br>d'incertitude élevé .....                                                       | 333        |
| II. Recherche jurisprudentielle d'un fondement qualitatif de la distinction .....                                                                       | 334        |
| A. Les critères proposés par la doctrine .....                                                                                                          | 335        |
| 1. La distinction de l'aléa sur la possibilité du gain et de l'aléa sur la valeur du gain .....                                                         | 335        |
| 2. L'établissement d'une « différence de cause » .....                                                                                                  | 337        |
| B. Le critère de la normalité du scénario contrefactuel .....                                                                                           | 339        |
| 1. Présentation du critère de la normalité .....                                                                                                        | 339        |
| 2. Consécration incomplète du critère de la normalité .....                                                                                             | 344        |
| <b>Chapitre 2. Des fondements conceptuels instables .....</b>                                                                                           | <b>349</b> |
| Section 1. La dualité de la condition de préjudice .....                                                                                                | 349        |
| I. Le préjudice-différence, ou la conception classique de la notion de préjudice .....                                                                  | 352        |
| A. L'essence du préjudice-différence .....                                                                                                              | 352        |
| 1. Définition du préjudice-différence .....                                                                                                             | 352        |
| 2. Fondements du préjudice-différence .....                                                                                                             | 354        |
| B. Le système conceptuel des conditions de la responsabilité bâti<br>autour du préjudice-différence .....                                               | 361        |
| II. Le préjudice-lésion, ou la conception moderne de la notion de préjudice .....                                                                       | 362        |
| A. Émergence du préjudice-lésion .....                                                                                                                  | 363        |
| 1. Origines de la conception moderne du préjudice .....                                                                                                 | 364        |
| 2. Catalyseurs de la transition du préjudice-différence au préjudice-atteinte .....                                                                     | 368        |
| 3. Un système conceptuel nouveau .....                                                                                                                  | 370        |
| B. Les rapports entre le préjudice-lésion et le préjudice-différence .....                                                                              | 372        |
| 1. Le préjudice-lésion comme cause du préjudice-différence :<br>la distinction du dommage et du préjudice .....                                         | 372        |
| 2. Le préjudice-lésion supplantant le préjudice-différence :<br>l'achèvement de l'objectivation du préjudice .....                                      | 376        |
| Section 2. La place de la perte de chance au sein de cette dualité .....                                                                                | 382        |

|                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. La perte de chance éclatée par le préjudice-lésion : « perte de chance-préjudice »<br>et « perte de chance-causalité » ..... | 382 |
| A. L'inanité de la distinction dans un système conceptuel dominé<br>par le préjudice-différence .....                           | 383 |
| B. L'émergence de la distinction dans un système conceptuel où coexistent<br>préjudice-différence et préjudice-lésion .....     | 384 |
| II. La perte de chance concurrencée par le préjudice-lésion .....                                                               | 388 |
| A. La découverte d'un préjudice-lésion concurrent de la perte de chance :<br>l'exemple du préjudice d'impréparation .....       | 389 |
| 1. Approximations doctrinales .....                                                                                             | 390 |
| 2. Incohérences jurisprudentielles .....                                                                                        | 394 |
| B. L'articulation du préjudice d'impréparation et de la perte de chance .....                                                   | 397 |
| <b>Conclusion du titre I</b> .....                                                                                              | 402 |

## Titre II

### Reconstruction du concept de perte de chance

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Chapitre 1. La perte de chance, vestige perfectible d'un système<br/>conceptuel en déclin</b> .....                                     | 405 |
| Section 1. La nécessaire restriction du concept de perte de chance .....                                                                   | 406 |
| I. La perte de chance, révélatrice des excès du système conceptuel classique .....                                                         | 406 |
| A. Préjudices purs certains .....                                                                                                          | 407 |
| B. Perte de chance de ne pas subir un préjudice économique pur .....                                                                       | 409 |
| II. Pour l'abandon de la perte de chance-dommage dans un système<br>conceptuel moderne .....                                               | 411 |
| Section 2. La nécessaire restauration de la vocation subsidiaire de l'application<br>du concept de perte de chance .....                   | 415 |
| I. Le renversement de la primauté du raisonnement contrefactuel<br>sur la perte de chance .....                                            | 415 |
| A. Le constat du renversement .....                                                                                                        | 415 |
| B. Le fondement du renversement : la conceptualisation classique<br>de la perte de chance .....                                            | 417 |
| II. Pour le rétablissement de la primauté du raisonnement contrefactuel<br>sur la perte de chance .....                                    | 418 |
| <b>Chapitre 2. La perte de chance, instrument transitoire d'expression<br/>des aspirations nouvelles de la responsabilité civile</b> ..... | 425 |
| Section 1. Perte de chance et fonction punitive de la responsabilité civile .....                                                          | 425 |
| I. La satisfaction de la fonction punitive de la responsabilité civile par le concept<br>de perte de chance <i>de lege lata</i> .....      | 426 |
| A. Fonction punitive de la responsabilité civile et perte de chance classique .....                                                        | 426 |
| 1. Exposé de l'association .....                                                                                                           | 426 |
| 2. Critique de l'association .....                                                                                                         | 430 |
| B. Fonction punitive de la responsabilité civile et perte de chance dévoyée .....                                                          | 432 |
| 1. Perte de chance et contraction des conditions de la responsabilité<br>autour de la faute .....                                          | 432 |
| 2. Une solution contestable .....                                                                                                          | 435 |

|                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. L'abandon de la perte de chance <i>de lege ferenda</i> .....                                                                | 436 |
| Section 2. Perte de chance et fonction de garantie de la responsabilité civile .....                                            | 439 |
| I. L'éclosion d'un principe de réparation du dommage corporel .....                                                             | 440 |
| A. Le socle du principe : la primauté du dommage corporel .....                                                                 | 441 |
| 1. Fondements intemporels .....                                                                                                 | 441 |
| 2. Fondements contextuels .....                                                                                                 | 445 |
| B. Le changement de paradigme : de l'indemnisation à la garantie<br>du dommage corporel .....                                   | 446 |
| 1. La distinction originelle de l'indemnisation et de la garantie .....                                                         | 446 |
| 2. Les marques de la transition de l'indemnisation vers la garantie<br>du dommage corporel dans la doctrine contemporaine ..... | 450 |
| II. La mise en œuvre du principe de réparation des dommages corporels .....                                                     | 452 |
| A. L'altération de la responsabilité civile .....                                                                               | 452 |
| 1. L'impuissance de la responsabilité civile à satisfaire une fonction de garantie .....                                        | 453 |
| 2. L'altération de la responsabilité civile traditionnelle pour assurer<br>une fonction de garantie .....                       | 454 |
| B. Pour l'éviction de la responsabilité civile du droit des dommages corporels .....                                            | 458 |
| 1. En finir avec la loterie de la responsabilité civile .....                                                                   | 458 |
| 2. Pour le découplage de la créance d'indemnisation et de la dette de réparation .....                                          | 460 |
| <b>Conclusion du titre II</b> .....                                                                                             | 467 |
| <b>Conclusion de la partie II</b> .....                                                                                         | 469 |
| <b>Conclusion générale</b> .....                                                                                                | 471 |
| <b>Bibliographie</b> .....                                                                                                      | 475 |
| I. Ouvrages généraux : traités et manuels .....                                                                                 | 475 |
| II. Ouvrages spéciaux : thèses et monographies .....                                                                            | 477 |
| III. Articles et chroniques .....                                                                                               | 481 |
| IV. Notes, observations, conclusions et rapports .....                                                                          | 489 |