

# 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 .....	18
II. L'instabilité des fondations .....	26

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

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'affirmation 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'infructuosité de la consécration de la perte de chance au début du xx <sup>e</sup> 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 xx <sup>e</sup> 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 xx <sup>e</sup> 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 indemnifiables .....	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 détournement épiphénomène 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 .....	<b>193</b>
<b>Chapitre 2. Le dévoiement de la perte de chance .....</b>	<b>197</b>
Section 1. La confusion de la chance et du risque .....	<b>198</b>
I. L'apparition de la confusion en matière de responsabilité pour faute de technique médicale .....	<b>198</b>
A. La perturbation de l'essence de la perte de chance .....	<b>198</b>
1. Exposé des thèses en présence .....	<b>199</b>
2. Essai d'une théorie dualiste renouvelée .....	<b>214</b>
B. La perturbation du régime d'indemnisation de la perte de chance .....	<b>230</b>
1. Perte de chance et obligation <i>in solidum</i> .....	<b>230</b>
2. Perte de chance et recours des tiers payeurs .....	<b>232</b>
II. Le développement de la confusion au-delà de la responsabilité pour faute de technique médicale .....	<b>235</b>
A. Le développement de la perte de chance fondée sur un aléa décisionnel de la victime .....	<b>235</b>
1. La consécration en matière d'information médicale .....	<b>239</b>
2. Le développement en droit commun de la responsabilité .....	<b>242</b>
B. La propagation du critère de contribution au dommage .....	<b>244</b>
Section 2. La contraction des conditions de la responsabilité .....	<b>247</b>
I. L'achèvement du dévoiement : la perte de chance dévoyée déduite du fait générateur .....	<b>252</b>
A. La déduction explicitée : le cas du manquement à une obligation d'information .....	<b>252</b>
B. La déduction généralisée .....	<b>260</b>
1. L'exemple du préjudice boursier .....	<b>260</b>
2. L'exemple du préjudice résultant d'une faute de technique médicale .....	<b>263</b>
II. L'extension du dévoiement : la perte de chance classique déduite du fait générateur .....	<b>265</b>
Conclusion du titre II .....	<b>270</b>
Conclusion de la partie I .....	<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 .....	<b>277</b>
A. Les indices doctrinaux de l'objectivation .....	<b>278</b>
B. Les indices jurisprudentiels de l'objectivation .....	<b>279</b>
1. Le constat de l'objectivation .....	<b>279</b>
2. L'originalité de l'objectivation .....	<b>282</b>
I. Les failles logiques de l'objectivation .....	<b>286</b>
A. Les obstacles philosophiques à l'objectivation de la chance .....	<b>286</b>
B. Les obstacles mathématiques à l'objectivation de la chance .....	<b>289</b>

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

I. La perte de chance éclatée par le préjudice-lésion : « perte de chance-préjudice » et « perte de chance-causalité » .....	382
A. L'inanité de la distinction dans un système conceptuel dominé par le préjudice-différence .....	383
B. L'émergence de la distinction dans un système conceptuel où coexistent 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 : l'exemple du préjudice d'impréparation .....	389
1. Approximations doctrinaires .....	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>	<b>402</b>

**Titre II**  
**Reconstruction du concept de perte de chance**

<b>Chapitre 1. La perte de chance, vestige perfectible d'un système conceptuel en déclin .....</b>	<b>405</b>
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 conceptuel moderne .....	411
Section 2. La nécessaire restauration de la vocation subsidiaire de l'application du concept de perte de chance .....	415
I. Le renversement de la primauté du raisonnement contrefactuel sur la perte de chance .....	415
A. Le constat du renversement .....	415
B. Le fondement du renversement : la conceptualisation classique de la perte de chance .....	417
II. Pour le rétablissement de la primauté du raisonnement contrefactuel sur la perte de chance .....	418
<b>Chapitre 2. La perte de chance, instrument transitoire d'expression des aspirations nouvelles de la responsabilité civile .....</b>	<b>425</b>
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 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 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'élosion 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 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 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 une fonction de garantie .....	454
B. Pour l'évitement 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