

Die Grundversorgung im Sozialversicherungsrecht



Kompakt in einem Band: alle Sozialversicherungszweige
inklusive internationaler Bezüge

Das bewährte Handbuch aus der Reihe «Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht» beantwortet alle wesentlichen Fragen zum Sozialversicherungsrecht der Schweiz in fundierter, kompakter Form und vermittelt der Praktikerin und dem Praktiker einen sicheren Einstieg in dieses zersplitterte und komplexe Rechtsgebiet.

Aus dem Inhalt:

Allgemeine Einführung • Le droit international de la sécurité sociale • La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale • Allg. Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) • Krankenversicherung • L'assurance-accidents obligatoire • Militärversicherung • AHV • L'assurance-invalidité • Ergänzungsleistungen zur AHV/IV • Le régime des allocations pour perte de gain • Les allocations familiales • Obligatorische berufliche Vorsorge • Weitergehende berufliche Vorsorge • ALV

Die 2. Auflage

- enthält neu Erläuterungen zu dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)
- behandelt den berufsvorsorgerechtlichen Versorgungsausgleich im Rahmen des neuen Scheidungsrechts und die 1. BVG-Revision
- berücksichtigt die am 1. Juli 2005 in Kraft getretene Mutterschaftsversicherung
- geht in zwei ausführlichen Beiträgen auf die Einbindung des schweizerischen Sozialversicherungsrechts in das internationale Recht und in das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit ein

Von dem Handbuch profitieren

Anwälte und Richter sowie Mitarbeitende von Versicherungsträgern, Vorsorgeeinrichtungen, Ausgleichskassen, IV-Stellen und Gewerkschaften.

Jetzt neu in 2. Auflage

Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli
(Reihenhrsg.)
Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (Band XIV)
Meyer (Hrsg.)

Soziale Sicherheit

Bandherausgeber: Prof. Dr. iur. Ulrich Meyer, Bundesrichter am EVG. Bearbeitet von 15 ausgewiesenen Fachleuten aus dem Sozialversicherungsrecht

2., aktualisierte und ergänzte Auflage 2006, ca. 2700 Seiten, gebunden
ca. CHF 398.–/EUR 265.–
ISBN 3-7190-2508-X

Fax-Bestellschein (061 228 90 71)

Ja, senden Sie mir bitte gegen Rechnung folgenden Titel

Preis zuzüglich Versandkosten

Ex.	Titel	Preis (CHF)	ISBN
	Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit (SBVR, Band XIV), 2. Aufl. 2006, ca. 2700 S., geb.	ca. 398.–	3-7190-2508-X

Name/Firma:		PLZ:	Ort:
Str./Nr.:		Datum:	Unterschrift:

HELBING & LICHTENHAHN

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung

Elisabethenstrasse 8 • 4051 Basel • Tel. (061) 228 90 70 • Fax (061) 228 90 71 • E-Mail: bestellung@helbing.ch

La responsabilité du mandataire proportionnelle à la causalité: une perspective économique

LAURENT BIERI*

Mots-clés: Responsabilité proportionnelle, perte d'une chance, système du tout ou rien, causalité incertaine, analyse économique du droit, contrat de mandat, faute, règle de Hand, préjudices non pécuniaires, dommages-intérêts punitifs

A. Introduction

Lorsqu'un médecin prescrit fautivement un traitement inadéquat à un patient et que celui-ci décède des suites de sa maladie, on ne peut pas savoir si le traitement adéquat aurait été efficace. En d'autres termes, on ne sait pas s'il existe un lien de causalité entre la faute du médecin et le décès du patient. De même, lorsqu'un avocat omet fautivement d'invoquer un moyen de recours contre une décision et que le recours est rejeté, on ne peut pas savoir si le recours aurait été gagné si l'avocat avait invoqué le moyen. En d'autres termes, on ne sait pas s'il existe un lien de causalité entre la faute de l'avocat et le rejet du recours.

Trois systèmes principaux permettent de traiter ce genre de situations. Le premier, qui est en vigueur en Suisse, est celui du tout ou rien¹. Selon ce système, le mandataire répond de l'entier du préjudice si la probabilité que sa faute en soit la cause, que nous appellerons la probabilité de la causalité, dé-

* Docteur en droit et avocat. – Je tiens à remercier Me RASHID BAHAR, docteur en droit, et Me EMMANUEL PIAGET, docteur en droit, de leurs judicieux commentaires.

1 Sur le droit suisse, voir en particulier CHRISTOPH MÜLLER, La perte d'une chance, thèse Neuchâtel, Berne 2002, n. 240 ss. Deux décisions isolées ont toutefois renoncé à appliquer le système du tout ou rien. Sur ces décisions, voir en particulier MÜLLER (note 1), n. 244 ss.

2 En Suisse, le lien de causalité entre la faute du mandataire et le préjudice subi par le mandant est admis en cas de vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). La notion de vraisemblance prépondérante est susceptible d'autres interprétations qu'une probabilité supérieure à 50%. Toutefois, les arguments contenus dans cet article ne dépendent nullement de l'interprétation donnée à la notion de vraisemblance prépondérante. Voir en outre LUC THÉVENOZ, La perte d'une chance et sa réparation, Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspective, Berne 2002, p. 251 s., qui souligne

pas 50 % et n'en répond pas autrement². Par exemple, si la probabilité de perdre un recours se serait montée à 30 % si l'avocat avait respecté son devoir de diligence et se montait à 50 % avec le niveau de diligence effectivement pris, la probabilité de la causalité se monte à 40 % ($[50\% - 30\%]/50\%$)³. Comme la probabilité de la causalité ne dépasse pas 50 %, l'avocat ne répond pas du préjudice résultant du rejet du recours. En revanche, si la probabilité de perdre le recours se serait montée à 20 % si l'avocat avait respecté son devoir de diligence et se montait à 50 % avec le niveau de diligence effectivement pris, la probabilité de la causalité se monte à 60 % ($[50\% - 20\%]/50\%$)⁴. Comme la probabilité de la causalité dépasse 50 %, l'avocat répond de l'entier du préjudice résultant du rejet du recours.

que la notion de vraisemblance prépondérante peut être interprétée de multiples façons, tout en remarquant que l'étymologie suggère une probabilité au moins égale à 51 %. Bien que de nombreux auteurs admettent que le degré de la preuve de la causalité est toujours fixé au niveau de la vraisemblance prépondérante, certains auteurs affirment que le degré de la preuve varie selon le type de préjudice. Parmi les auteurs affirmant que le degré de la preuve de la causalité est toujours fixé au niveau de la vraisemblance prépondérante, on trouve notamment PETER GAUCH, WALTER R. SCHLUEP, JÖRG SCHMID et HEINZ REY, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 8^e éd., Zurich 2003, n. 2762; FABIENNE HOHL, *Procédure civile – Tome I – Introduction et théorie générale*, Berne 2001, n. 1070; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., Zurich 2003, n. 518b; OSCAR VOGEL et KARL SPÜHLER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8^e éd., Berne 2006, p. 257, no 26a; ROLF WEBER, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*, Art. 97–109 OR, Berne 2000, n. 221 ad Art. 97. Parmi les auteurs affirmant que le Tribunal fédéral fait une distinction selon le type de préjudice, on trouve notamment FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, n. 209. Quant à ROLAND BREHM, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*, Art. 41–61 OR, Berne 2006, n. 117 ss ad art. 41, il affirme que le degré de la preuve de la causalité est en principe fixé au niveau de la vraisemblance prépondérante mais que la causalité a parfois été admise en cas de vraisemblance simple (*einfache Wahrscheinlichkeit*); il ne précise toutefois pas quelle est la différence entre la vraisemblance prépondérante et la vraisemblance simple.

3 Avec le niveau de diligence du mandataire, la probabilité de survenance du préjudice se montait à 50 %. La probabilité que le préjudice survienne en raison de la faute du mandataire se montait à 20 % ($50\% - 30\%$) et la probabilité qu'il survienne indépendamment de la faute du mandataire se montait à 30 %. La probabilité que la faute du mandataire soit la cause du préjudice est égale à la probabilité qu'on se trouve dans le 20 % des cas dans lesquels la faute est la cause du préjudice et pas dans le 30 % des cas dans lesquels la faute n'en est pas la cause. Par conséquent, la probabilité que la faute du mandataire soit la cause du préjudice est égale au rapport entre la probabilité que le préjudice survienne en raison de la faute du mandataire (20 %) et la probabilité que le préjudice survienne lorsque le mandataire commet une faute (50 %), soit 40 % ($20\%/50\%$). Le raisonnement peut être généralisé: la probabilité que la faute du mandataire soit la cause du préjudice (dans l'exemple 40 %) est égale à la probabilité que le préjudice survienne en raison de la faute du mandataire (dans l'exemple 20 %) divisée par la probabilité que le préjudice survienne lorsque la faute a été commise (dans l'exemple 50 %). Voir en outre JONATHAN J. KEEHLER, *Which Chance was Lost? The Psychology of Damage Award under the Loss of Chance Doctrine*, in: *The Psychology of Economic Decisions*, volume II, Oxford 2004, p. 213.

4 Sur la manière de calculer la probabilité de la causalité, voir ci-dessus note 3.

Le deuxième système, qui a fait l'objet d'une attention soutenue ces dernières années, est celui de la perte d'une chance⁵. Selon ce système, le mandataire répond de la perte de la chance de réaliser un gain ou d'éviter une perte que sa faute a fait subir au mandant. Plus précisément, il doit payer des dommages-intérêts égaux à l'augmentation de la probabilité de survenance du préjudice due à sa faute multipliée par le montant du préjudice⁶. Par exemple, si la probabilité de perdre un recours se serait montée à 30 % si l'avocat avait respecté son devoir de diligence et qu'elle se montait à 50 % avec le niveau de diligence effectivement pris, l'avocat répond de la perte des 20 % ($50\% - 30\%$) de chances de gagner le recours. Si, par hypothèse, le rejet du recours cause un préjudice de 1000 francs au client, l'avocat doit lui payer 200 francs ($20\% \times 1000$ francs) de dommages-intérêts.

Le troisième système, moins discuté en Suisse, est celui de la responsabilité proportionnelle à la causalité⁷. Selon ce système, le mandataire répond du préjudice subi par son mandant proportionnellement à la probabilité que sa faute en soit la cause. En d'autres termes, le montant des dommages-intérêts est égal au préjudice multiplié par la probabilité de la causalité. Si la probabilité de perdre un recours se serait montée à 30 % si l'avocat avait respecté son devoir de diligence et se montait à 50 % avec le niveau de diligence effec-

5 Sur le système de la perte d'une chance, voir notamment BREHM (note 2), n. 56a ad art. 42; PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, p. 479 ss; PETER GAUCH, *Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts*, recht 1996, p. 227 ss; OLIVIER GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule*, in: *La responsabilité del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale*, Lugano 1989, p. 77 ss; JOSEPH H. KING, JR., *Causation, Valuation, and Chance* in: *Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, Yale Law Journal 90/1981, p. 1353 ss; HELMUT KOZIOL, *Schadenersatz für verlorene Chancen?*, RSJB 2001, p. 889 ss; MÜLLER (note 1); VITO ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, n. 778 ss; EMIL W. STARK, *Die «perte d'une chance» im schweizerischen Recht*, in: Olivier Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich 1991, p. 101 ss; THÉVENOZ (note 2); WERRO (note 2), n. 129 ss; FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, thèse d'habilitation, Fribourg 1992, n. 1006 ss.

6 MÜLLER (note 1), n. 585, souligne qu'il s'agit de la méthode de calcul de la perte d'une chance la plus souvent utilisée à l'étranger. Pour un examen des différentes méthodes permettant de calculer la perte d'une chance, voir en particulier MÜLLER (note 1), n. 564 ss.

7 Sur la responsabilité proportionnelle à la causalité, voir notamment OMRI BEN-SHAHAR, *Causation and Foreseeability*, in: Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (éd.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, Cheltenham 2000, p. 652 ss; WILLIAM M. LANDES et RICHARD A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge/Londres 1987, p. 239 ss; STEVEN SHAVELL, *Uncertainty over Liability and the Determination of Civil Liability*, *Journal of Law and Economics* 28/1985, p. 587 ss. Ces auteurs examinent toutefois la responsabilité proportionnelle dans des situations où il n'existe pas de contrats entre le responsable et la victime. Voir également l'article 56d alinéa 2 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, qui autorise le juge, pour autant que la vraisemblance de la causalité soit convaincante, à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance de la causalité. Sur le système de l'avant-projet, voir notamment PIERRE WIDMER et PIERRE WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile – Rapport explicatif*, Berne 2000, p. 241 ss et MÜLLER (note 1), n. 255 ss.

tivement pris, la probabilité de la causalité se monte à 40 % ($[50\% - 30\%] / 50\%$)⁸. Si le préjudice subi par le client en cas de rejet du recours se monte à 1000 francs, l'avocat doit lui payer 400 francs ($40\% \times 1000$ francs) de dommages-intérêts.

La différence entre le système de la perte d'une chance et le système de la responsabilité proportionnelle provient du fait que l'augmentation de la probabilité de survenance du préjudice en raison de la faute du mandataire n'est pas toujours égale à la probabilité de la causalité. Ainsi, dans l'exemple ci-dessus la probabilité de la causalité se monte à 40 % alors que la probabilité que le préjudice survienne en raison de la faute du mandataire se monte à 20 %. Ce n'est que si on se trouve dans une situation où la survenance du préjudice est certaine en cas de faute du mandataire que le système de la responsabilité proportionnelle et le système de la perte d'une chance conduisent au même résultat. Par exemple, si la probabilité de perdre un recours se serait montée à 60 % si l'avocat avait respecté son devoir de diligence et à 100 % avec le niveau de diligence effectivement pris, le système de la perte d'une chance et le système de la responsabilité proportionnelle conduisent au même résultat. Avec le système de la perte d'une chance, le mandataire répond de la perte de 40 % ($100\% - 60\%$) de chance de gagner le recours. Avec le système de la responsabilité proportionnelle, le mandataire répond du préjudice en proportion de la probabilité de la causalité, qui se monte à 40 % ($[100\% - 60\%] / 100\%$)⁹. Si le préjudice résultant du rejet du recours se monte à 1000 francs, le mandataire doit payer 400 francs ($40\% \times 1000$ francs) de dommages-intérêts avec les deux systèmes.

Le but de cet article est de montrer que dans certaines circonstances le système de la responsabilité proportionnelle est le seul des trois systèmes examinés qui incite le mandataire à adopter le niveau optimal de précautions pour éviter la survenance d'un préjudice. Le système de la responsabilité proportionnelle est cependant plus difficile à mettre en œuvre que le système du tout ou rien; le choix entre ces deux systèmes est donc délicat. En revanche, l'analyse n'offre aucun argument en faveur de l'introduction du système de la perte d'une chance en Suisse.

La suite de cet article s'organise de la manière suivante. La section B présente un modèle qui illustre l'avantage du système de la responsabilité proportionnelle par rapport aux deux autres systèmes au niveau de l'incitation du mandataire à respecter son devoir de diligence. La section C examine certains éléments qui ne sont pas pris en considération par le modèle. Finalement, la section D conclut par une évaluation des implications normatives de l'analyse.

8 Sur la manière de calculer la probabilité de la causalité, voir ci-dessus note 3.

9 Sur la manière de calculer la probabilité de la causalité, voir ci-dessus note 3.

B. Le modèle

I. Les hypothèses

Un mandant charge un mandataire de lui rendre un service pour un montant forfaitaire. Après la conclusion du contrat, le mandataire peut prendre des précautions qui ont pour effet de réduire la probabilité de survenance d'un préjudice. Il peut s'agir, par exemple, de l'installation d'un dispositif de sécurité, de la relecture d'un mémoire de recours ou de la stérilisation d'instruments médicaux.

Le mandant et le mandataire sont neutres face au risque. Cela signifie qu'ils ne s'intéressent qu'à la valeur attendue de leurs gains et de leurs pertes¹⁰. Ainsi, les parties sont indifférentes entre perdre 1000 francs avec une probabilité de 10 %, soit une perte attendue de 100 francs ($10\% \times 1000$ francs), et perdre 100 francs avec certitude¹¹.

Enfin, si le préjudice survient, le juge appelé à trancher un éventuel litige entre les parties n'est pas en mesure de déterminer avec certitude si la faute du mandataire est la cause du préjudice; il peut en revanche évaluer la probabilité de la causalité.

II. Le niveau de précautions optimal du mandataire

Avant d'évaluer les effets des trois systèmes de responsabilité, il est important de déterminer le niveau de précautions optimal du mandataire. Nous admettons que le niveau de précautions optimal est celui que les parties avaient mutuellement intérêt à prévoir dans le contrat au moment de sa conclusion¹². Ce niveau est atteint quand le mandataire doit prendre toutes les précautions qui coûtent moins que le préjudice qu'elles permettent d'éviter et ne prend pas d'autres précautions¹³. Supposons, par exemple, qu'en prenant une pré-

10 Sur la notion de neutralité face au risque, voir notamment A. MITCHELL POLINSKY, *An Introduction to Law and Economics*, New York 2003, p. 57; RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York 2003, p. 10 s.; STEVEN SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge/Londres 2004, p. 258.

11 Pour un examen de l'allocation des risques dans les contrats, voir en particulier A. MITCHELL POLINSKY, *Risk Sharing through Breach of Contract Remedies*, *Journal of Legal Studies* 12/1983, p. 427 ss et STEVEN SHAVELL, *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, *Quarterly Journal of Economics* 99/1984, p. 121 ss.

12 Les parties peuvent avoir renoncé à prévoir le niveau optimal de précautions dans le contrat notamment parce qu'il est coûteux d'anticiper toutes les hypothèses qui peuvent se présenter et de les décrire précisément dans le contrat. Sur le caractère incomplet des contrats, voir notamment SHAVELL (note 10), p. 299 ss.

13 Le préjudice à prendre en considération n'est pas uniquement celui qui est subi par le mandant, mais aussi celui qui est subi par le mandataire. Un exemple classique de préjudice subi par le mandataire est la perte de réputation. Pour déterminer le niveau optimal de précaution il faut donc aussi prendre en considération l'effet de la précaution sur la probabilité que le

caution qui coûte 5000 francs un mandataire puisse éviter un préjudice de 10 000 francs. Dans ce cas, il est mutuellement avantageux au moment de la conclusion du contrat, et par conséquent optimal, de prévoir que le mandataire doit prendre la précaution. En effet, comme elle coûte moins au mandataire qu'elle ne rapporte au mandant (5000 francs < 10 000 francs), il est possible, moyennant une augmentation du montant des honoraires, d'améliorer la situation des deux parties en prévoyant que la précaution doit être prise¹⁴. En revanche, si la précaution coûtait 20 000 francs, il serait optimal que le mandataire ne la prenne pas. En effet, elle coûterait alors plus au mandataire qu'elle ne rapporterait au mandant, ce qui empêcherait d'améliorer la situation des deux parties en prévoyant qu'elle doit être prise.

Il arrive fréquemment que des précautions ne permettent pas d'éviter la survenance d'un préjudice mais permettent uniquement de réduire la probabilité qu'il survienne. Dans ce cas, le mandataire doit prendre la précaution si elle coûte moins que la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne, le préjudice attendu étant le préjudice multiplié par la probabilité de sa survenance¹⁵. Supposons qu'un mandataire puisse prendre une précaution qui coûte 5000 francs et qui réduit de 50% la probabilité de survenance d'un préjudice de 20 000 francs. Dans ce cas, la précaution réduit le préjudice attendu de 10 000 francs (50% × 20 000 francs). Comme le coût de la précaution (5000 francs) est inférieur à la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne (10 000 francs), il est optimal que le mandataire la prenne. Si la précaution coûtait 20 000 francs, il serait en revanche optimal que le mandataire ne la prenne pas.

Il faut noter que le niveau de précautions optimal ne correspond pas au niveau de précautions maximal possible. En d'autres termes, le mandataire peut prendre trop de précautions¹⁶. Cette idée peut sembler a priori surprenante. Elle est pourtant largement reconnue, en tout cas implicitement¹⁷. Ainsi, on

mandataire subisse un préjudice. Voir ROBERT COOTER et ARIEL PORAT, Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict, *Journal of Legal Studies* 29/2000, p. 19 ss, et POSNER (note 10), p. 170. Sauf indication contraire, nous supposons toutefois par la suite que le mandataire ne subit pas de préjudice.

- 14 Pour que les deux parties se trouvent dans une meilleure situation, il faut que l'augmentation des honoraires se situe entre 5000 et 10 000 francs. Par exemple, si l'augmentation des honoraires se monte à 7500 francs, le mandataire voit sa situation s'améliorer car il doit dépenser 5000 francs de plus pour la précaution mais reçoit 7500 francs d'honoraires en plus. Quant au mandant, il voit également sa situation s'améliorer car il doit payer 7500 francs d'honoraires en plus mais évite un préjudice de 10 000 francs. Voir en outre SHAVELL (note 10), p. 345 ss, qui applique un raisonnement similaire pour déterminer le montant optimal des dommages-intérêts.
- 15 Dans ce sens A. MITCHELL POLINSKY et STEVEN SHAVELL, Punitive Damages: An Economic Analysis, *Harvard Law Review* 111/1998, p. 880 s. Voir également LUCIAN A. BEBCHUK et I. P. L. PNG, Damage Measures for Inadvertent Breach of Contract, *International Review of Law and Economics* 19/1999, p. 322.
- 16 Dans ce sens, par exemple, POLINSKY/SHAVELL (note 15), p. 879 s.
- 17 Dans ce sens POLINSKY/SHAVELL (note 15), p. 880.

admet aisément qu'un médecin généraliste ne doit pas prescrire un scanner complet à tous les patients qui entrent dans son cabinet. De même, on n'attend pas d'un avocat mandaté pour recourir contre une décision qu'il consulte tous les écrits publiés depuis l'invention de l'écriture qui pourraient être favorables à son client.

III. La définition de la faute du mandataire

Il est généralement admis en droit suisse que le mandataire commet une faute s'il n'agit pas comme le ferait un mandataire diligent placé dans les mêmes circonstances¹⁸. Le problème de cette définition est qu'elle ne précise pas comment un mandataire diligent agirait dans les mêmes circonstances. En d'autres termes, la définition traditionnelle de la faute ne permet pas de déterminer dans un cas concret si une faute a été commise¹⁹.

Face à cette difficulté, nous supposerons par la suite que la faute d'un mandataire est définie en droit suisse comme le fait d'adopter un niveau de précautions inférieur au niveau optimal défini ci-dessus. En d'autres termes, le mandataire commet une faute s'il ne prend pas une précaution qui coûte moins que la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne²⁰.

Cette manière de définir la faute d'un mandataire peut paraître bien abstraite et déconnectée des réalités des prétoires. C'est pourtant un juge américain, le fameux juge Learned Hand, qui l'a proposée pour la première fois en 1947 dans une affaire bien concrète²¹.

- 18 Sur la faute du mandataire, voir notamment WALTER FELLMAN, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Die Einzelnen Vertragsverhältnisse – Art. 394–406 OR*, Berne 1992, n. 462 ss ad art. 398; CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich 2004, n. 786 ss; PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2003, n. 4729; FRANZ WERRO, *Commentaire romand – Code des obligations I*, n. 37 ss ad art. 398; WERRO (note 5), n. 858 ss.
- 19 Le renvoi aux règles de l'art n'apporte pas de solution à ce problème dans la mesure où il est admis que le juge peut s'en inspirer mais qu'il n'est pas lié par elles. Voir notamment TERCIER (note 18), n. 4670. De plus, il peut arriver qu'il n'existe pas de règles de l'art dans certains domaines.
- 20 Y compris le préjudice éventuel subi par le mandataire. Voir ci-dessus note 13.
- 21 Le Juge Learned Hand a formulé sa fameuse règle dans *United States v. Carroll Towing Co.* (159 F.2d 169, 2d Cir. 1947). Dans cette affaire, Hand affirme qu'une partie est négligente si elle omet de prendre une précaution dont le coût était inférieur au bénéfice attendu. Il affirme que si on appelle le coût de la précaution *B*, la probabilité *P*, et l'étendue du préjudice *L*, une partie est négligente si $B < PL$ («Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called *P*; the injury, *L*; and the burden, *B*; liability depends upon whether *B* is less than *L* multiplied by *P*, i. e., whether $B < PL$ »). On utilise fréquemment aujourd'hui l'expression «règle de Hand» (*Hand rule*) pour désigner cette manière de définir la faute. Sur la règle de Hand, voir notamment JOHN P. BROWN, *Learned Hand Rule*, in: Peter Newman (éd.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, volume II, Londres/New York 1998, p. 514 ss, ROBERT COOTER et THOMAS ULEN, *Law and Economics*, 4^e éd., Boston et autres 2004, p. 333 ss; THOMAS J. MICELI, *The Economic Approach to Law*,

Il est bien clair que les juges suisses ne raisonnent pas de la sorte²². Mais il est tout aussi clair que lorsqu'ils évaluent le comportement d'un mandataire, ils tiennent compte, en tout cas implicitement, du coût des précautions omises et du bénéfice qu'elles auraient entraîné pour déterminer si une faute a été commise. En d'autres termes, il est raisonnable d'admettre que pour déterminer si un mandataire a commis une faute les juges suisses se demandent si la précaution omise «valait la peine». Ainsi, on ne reprochera pas à un médecin de ne pas avoir procédé à un scanner complet d'un patient qui présente les symptômes d'un rhume. En fait, on lui reprochera d'avoir procédé à un tel examen! De même, on ne reprochera pas à un avocat de ne pas avoir cité dans son recours des écrits anciens favorables à son client alors que toutes les publications récentes et autorisées lui donnaient déjà raison.

IV. L'effet de la faute du mandataire sur le montant de ses honoraires

Pour évaluer l'incitation d'un mandataire à prendre des précautions, il ne suffit pas de prendre en considération le montant des dommages-intérêts qu'il doit payer s'il commet une faute; il faut aussi tenir compte de l'effet de sa faute sur le montant de ses honoraires. Pour chacun des trois systèmes examinés, il est donc nécessaire d'envisager la situation dans l'hypothèse où la faute n'a aucun effet sur le montant des honoraires et dans l'hypothèse où elle a pour effet de réduire le montant des honoraires²³.

V. Le système du tout ou rien

Avec le système du tout ou rien, le mandataire n'est pas toujours suffisamment incité à prendre des précautions²⁴. Supposons, par exemple, qu'un avocat soit mandaté pour recourir contre un jugement et que la probabilité de

perdre le recours se monte à 60% si le recours est fait dans les règles de l'art. Dans cette situation, l'avocat ne court aucun risque de devoir payer des dommages-intérêts à son client car la probabilité de la causalité ne peut pas excéder 50%²⁵. En effet, même si la négligence de l'avocat entraîne avec certitude le rejet du recours, par exemple s'il omet de déposer le recours dans les délais, la probabilité de la causalité ne se monte qu'à 40% ($(100\% - 60\%)/100\%$)²⁶. Si on admet que l'avocat ne perd jamais ses honoraires en cas de faute, il est clair que l'incitation à prendre des précautions est insuffisante. Mais même si on admet, comme en droit suisse²⁷, que sa faute entraîne une réduction de ses honoraires, il risque de ne pas prendre suffisamment de précautions²⁸. Supposons, par exemple, que le montant des honoraires de l'avocat se monte à 5000 francs et que la perte du recours entraîne une perte de 100 000 francs pour le client. Supposons également que l'avocat puisse prendre une précaution qui coûte 7000 francs et qui réduit de 10% la probabilité de rejet du recours. La précaution réduit donc le préjudice attendu de 10 000 francs ($10\% \times 100\,000$ francs). Comme le coût de la précaution (7000 francs) est inférieur à la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne (10 000 francs), il est optimal que le mandataire prenne la précaution. Mais l'avocat n'est pas suffisamment incité à prendre la précaution car son coût (7000 francs) est supérieur au montant des honoraires qu'il risque de perdre (5000 francs).

Stanford 2004, p. 48 ss; POSNER (note 10), p. 167 ss; SHAVELL (note 10), p. 191, note 22. Il n'est toutefois pas certain que Hand avait à l'esprit la nécessité de tenir compte du préjudice subi par le responsable, comme expliqué ci-dessus note 13. Voir en outre RITA TRIGLO TRINIDADE, Le Conseil d'administration de la société anonyme, thèse Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 28, note 69 et RASHID BAHAR, Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 86, qui envisagent une approche similaire pour fixer le niveau de diligence exigé d'un administrateur d'une société anonyme.

22 Selon COOTER/ULEN (note 21), p. 335, la règle de Hand est en revanche appliquée fréquemment par les tribunaux américains.

23 Sur la relation (délicate) entre la responsabilité du mandataire et la réduction des honoraires en droit suisse (système du tout ou rien), voir PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nicht-richtige Erfüllung des einfachen Auftrages, thèse, Fribourg 1988, p. 173 ss; FELLMANN (note 18), n. 496 ss ad art. 394; ROLF WEBER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II – Art. 394–406, 3^e éd., Bâle 2003, n. 43 ad art. 394; WERRO (note 5), n. 1054 ss.

24 Dans ce sens BEN-SHAHAR (note 7), p. 655; SHAVELL (note 7), p. 587 ss.

25 L'exemple pourrait suggérer que le manque d'incitation de l'avocat à prendre des précautions n'existe que quand la probabilité de perdre le recours est supérieure à 50% quand le recours est fait dans les règles de l'art. Mais ce n'est pas le cas. Supposons que la probabilité de perdre le recours se monte à 40% si l'avocat adopte le niveau optimal de précautions et à 100% s'il ne fait rien. Si l'avocat ne fait rien, la probabilité que sa faute soit la cause du préjudice se monte à 60% ($(100\% - 40\%)/100\%$). En d'autres termes, si l'avocat ne fait rien, il répond du rejet du recours puisque la probabilité de la causalité se monte à 60%. Mais il n'a pas besoin de prendre le niveau optimal de précautions pour échapper à toute responsabilité; il lui suffit de prendre le niveau de précautions entraînant une probabilité de rejet du recours de 80%, et non de 40% comme ce serait le cas s'il adoptait le niveau optimal. En effet, s'il adopte ce niveau de précautions la probabilité de la causalité se monte alors à 50% ($(80\% - 40\%)/80\%$), ce qui lui permet d'échapper à toute responsabilité. Voir en outre MARCEL KAHAN, Causation and Incentive to Take Care under the Negligence Rule, *Journal of Legal Studies* 18/1989, p. 440 s.

26 Sur la manière de calculer la probabilité de la causalité, voir ci-dessus note 3.

27 Sur la relation entre la faute du mandataire et le montant des honoraires, voir les références citées ci-dessus à la note 23.

28 Si le niveau de précautions optimal est parfaitement déterminé, l'éventualité de perdre tout ou partie des honoraires en cas de faute ne risque pas d'inciter le mandataire à prendre trop de précautions car il lui suffit de prendre le niveau de précautions optimal pour avoir droit à l'entier de ses honoraires. Si le niveau de précautions optimal n'est pas parfaitement déterminé, il est en revanche possible que le mandataire soit incité à prendre trop de précautions.

VI. Le système de la perte d'une chance

Avec le système de la perte d'une chance, le mandataire n'est pas non plus toujours suffisamment incité à prendre le niveau optimal de précautions. Supposons, par exemple, qu'un avocat puisse prendre une précaution qui coûte 15 000 francs et qui permet de faire passer la probabilité de perdre un recours de 50 % à 30 %. En d'autres termes, le fait de ne pas prendre la précaution réduit de 20 % (50 % - 30 %) la probabilité de gagner le recours. Supposons également que le rejet du recours entraîne une perte de 100 000 francs pour le client. La précaution réduit donc le préjudice attendu de 20 000 francs (20 % × 100 000 francs). Dans ces circonstances, il est optimal que l'avocat prenne la précaution car son coût (15 000 francs) est inférieur à la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne (20 000 francs). Si l'avocat ne prend pas la précaution et que le recours est rejeté, il doit payer 20 000 francs (20 % × 100 000 francs) à son client. Comme la probabilité de rejet du recours se monte à 50 % quand l'avocat ne prend pas la précaution, l'augmentation du montant des dommages-intérêts attendus résultant de l'omission de la précaution se monte à 10 000 francs (50 % × 20 000 francs). L'augmentation des dommages-intérêts attendus (10 000 francs) n'est pas suffisante pour inciter l'avocat à prendre la précaution (15 000 francs). Si on admet que l'avocat ne perd jamais ses honoraires en cas de faute, son incitation à prendre la précaution est insuffisante. Si on admet au contraire que l'avocat (fautif) perd ses honoraires, tout dépend alors du montant de la réduction des honoraires. Si la réduction des honoraires est faible, le mandataire n'est pas suffisamment incité à prendre la précaution, alors que si elle est importante, il est suffisamment incité à la prendre²⁹.

VII. Le système de la responsabilité proportionnelle

Avec le système de la responsabilité proportionnelle, le mandataire est toujours incité à prendre le niveau optimal de précautions³⁰. Cela provient du fait qu'avec ce système, l'omission d'une précaution optimale a pour effet d'augmenter le montant des dommages-intérêts attendus d'un montant exactement égal à l'augmentation du préjudice attendu. En d'autres termes, l'application du système de la responsabilité proportionnelle a pour effet que le montant des dommages-intérêts attendus est toujours exactement le même que si la causalité n'était pas incertaine. Le mandataire est donc incité à prendre une

29 Si le niveau de précautions optimal est parfaitement déterminé, l'éventualité de perdre tout ou partie des honoraires en cas de faute ne risque pas d'inciter le mandataire à prendre trop de précautions car il lui suffit de prendre le niveau de précautions optimal pour avoir droit à l'entier de ses honoraires. Si le niveau de précautions optimal n'est pas parfaitement déterminé, il est en revanche possible que le mandataire soit incité à prendre trop de précautions.

30 Dans ce sens BEN-SHAHAR (note 7), p. 656; SHAVELL (note 7), p. 587 ss.

précaution si et seulement si elle coûte moins que la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne. Cette affirmation, qui est démontrée dans l'appendice mathématique, peut être illustrée par l'exemple suivant. Supposons, à nouveau, qu'un avocat puisse prendre une précaution qui coûte 15 000 francs et qui permet de faire passer la probabilité de perdre un recours de 50 % à 30 %, et que le rejet du recours entraîne une perte de 100 000 francs pour le client. La précaution réduit donc le préjudice attendu de 20 000 francs (20 % × 100 000 francs). Dans ces circonstances, il est optimal que l'avocat prenne la précaution car son coût (15 000 francs) est inférieur à la réduction du préjudice attendu qu'elle entraîne (20 000 francs). Si l'avocat ne prend pas la précaution et que le recours est rejeté, la probabilité de la causalité se monte à 40 % ($[50\% - 30\%]/50\%$)³¹, et les dommages-intérêts se montent à 40 000 francs (40 % × 100 000 francs). Comme la probabilité de rejet du recours se monte à 50 % quand l'avocat ne prend pas la précaution, l'augmentation du montant des dommages-intérêts attendus résultant de l'omission de la précaution se monte à 20 000 francs (50 % × 40 000 francs). L'augmentation des dommages-intérêts attendus (20 000 francs) est donc suffisante pour inciter l'avocat à prendre la précaution (15 000 francs). Il est alors sans importance que l'avocat perde tout ou partie de ses honoraires en cas de faute; l'augmentation des dommages-intérêts attendus consécutive à l'omission de la précaution suffit à inciter l'avocat à agir diligemment³².

C. Extensions

I. La conclusion d'un contrat d'assurance par le mandataire

La conclusion d'un contrat d'assurance responsabilité civile par le mandataire peut avoir un effet négatif sur son incitation à prendre des précautions³³. Si le mandataire sait que l'assurance paiera les dommages-intérêts, il risque en effet de ne pas être suffisamment incité à prendre des précautions, même avec le système de la responsabilité proportionnelle.

Théoriquement, ce problème peut être surmonté si les primes d'assurance sont ajustées en fonction des précautions prises par le mandataire³⁴. Par exemple, supposons que le mandataire puisse prendre une précaution qui réduit de 10 % la probabilité que le mandant subisse un préjudice de 1000

31 Sur la manière de calculer la probabilité de la causalité, voir ci-dessus note 3.

32 Si le niveau de précautions optimal est parfaitement déterminé, l'éventualité de perdre tout ou partie des honoraires en cas de faute ne risque pas d'inciter le mandataire à prendre trop de précautions car il lui suffit de prendre le niveau de précautions optimal pour avoir droit à l'entier de ses honoraires. En revanche, si le niveau de précautions optimal n'est pas parfaitement déterminé il est possible que le mandataire soit incité à prendre trop de précautions.

33 Voir notamment STEVEN SHAVELL, *On Liability and Insurance*, *Bell Journal of Economics* 13/1982, p. 120 ss, et POLINSKY (note 10), p. 60 ss.

34 POLINSKY (note 10), p. 60.

francs. En d'autres termes, la précaution réduit le préjudice attendu de 100 francs ($10\% \times 1000$ francs). Il est donc optimal que le mandataire prenne la précaution si elle coûte moins que 100 francs et ne la prenne pas autrement. Si la prime d'assurance augmente de 100 francs si la précaution n'est pas prise, le mandataire est incité à la prendre si et seulement si elle coûte moins que 100 francs. En d'autres termes, le mandataire est incité à agir de manière optimale bien qu'il soit assuré³⁵.

Pratiquement, les assureurs ne peuvent généralement pas surveiller facilement le niveau de précautions pris par le mandataire³⁶. Ils adoptent généralement d'autres moyens pour lutter contre le risque que leurs assurés ne prennent pas suffisamment de précautions. Il peut s'agir notamment d'une franchise, d'une participation aux frais ou d'un système d'adaptation des primes au nombre de sinistres (système de bonus malus)³⁷. Ces moyens ne permettent toutefois pas d'inciter le mandataire à agir comme s'il n'était pas assuré car une partie du risque reste supportée par l'assureur. Dans ces circonstances, le mandataire n'est pas suffisamment incité à prendre des précautions, même avec le système de la responsabilité proportionnelle.

II. Le coût de la résolution des litiges

Le coût de la résolution des litiges est vraisemblablement plus faible avec le système du tout rien qu'avec le système de la responsabilité proportionnelle. Premièrement, si un litige survient, le juge n'a pas à déterminer précisément la probabilité de la causalité; il lui suffit de déterminer si la probabilité de la causalité dépasse 50 %, ce qui réduit la complexité, et donc le coût, de la résolution du litige³⁸. Deuxièmement, le nombre de litige est vraisemblablement plus faible avec le système du tout ou rien³⁹. En effet, lorsque la probabilité de la causalité est inférieure à 50 %, le mandant n'ouvre pas action contre le mandataire avec le système du tout ou rien, car il sait qu'il ne va rien recevoir, alors qu'il pourrait agir avec le système de la responsabilité proportionnelle, sachant qu'il recevrait quelque chose⁴⁰. Il est vrai que lorsque la probabilité de la causalité dépasse 50 %, il est possible que le mandant renonce à agir avec le système de la responsabilité proportionnelle, sachant qu'il va recevoir des dommages-intérêts ne correspondant qu'à une partie de son préjudice, alors qu'il agirait avec le système du tout ou rien, sachant qu'il recevrait des dommages-intérêts correspondant à l'entier de son préjudice⁴¹. Mais cet effet est

35 POLINSKY (note 10), p. 61.

36 Il faut avoir à l'esprit que les assureurs doivent évaluer ce niveau de précautions chaque fois que le mandataire rend un service et pas uniquement quand un préjudice survient.

37 Dans ce sens POLINSKY (note 10), p. 61. Voir aussi ROBERTO (note 5), n. 32.

38 Dans ce sens BEN-SHAHAR (note 7), p. 654 s.; SHAVELL (note 7), p. 604.

39 Dans ce sens BEN-SHAHAR (note 7), p. 654; SHAVELL (note 7), p. 604.

40 Dans ce sens BEN-SHAHAR (note 7), p. 654; SHAVELL (note 7), p. 604.

41 Dans ce sens SHAVELL (note 7), p. 604, note 27.

probablement négligeable car lorsque la probabilité de la causalité dépasse 50 %, les dommages-intérêts se montent quand même au moins à 50 % du préjudice subi par le mandant. Il est donc probablement exceptionnel que celui-ci renonce à agir avec le système de la responsabilité proportionnelle dans une situation où il aurait agi avec le système du tout ou rien⁴².

Contrairement au système du tout ou rien, le système de la perte d'une chance ne semble pas engendrer moins de coûts que le système de la responsabilité proportionnelle. La complexité de la résolution des litiges et le nombre de litige sont en effet très similaires pour le système de la perte d'une chance et pour le système de la responsabilité proportionnelle. La prise en considération du coût de la résolution des litiges n'apporte donc aucun argument en faveur du système de la perte d'une chance.

III. L'augmentation du montant des dommages-intérêts quand le mandataire peut échapper à la condamnation

Il a été supposé jusqu'à présent que l'application du système de la responsabilité proportionnelle avait pour effet que le mandataire était condamné à payer des dommages-intérêts chaque fois qu'il commettait une faute et que le mandant subissait un préjudice. Il est cependant raisonnable d'admettre que dans certaines circonstances le mandataire a des chances d'échapper à une condamnation. Il est par exemple possible que certains mandants ne se rendent tout simplement pas compte que le mandataire a agi de manière négligente et par conséquent n'agissent pas en responsabilité. Dans de telles circonstances, il est nécessaire d'augmenter le montant des dommages-intérêts pour que l'incitation du mandataire à prendre des précautions soit optimale⁴³. Supposons, par exemple, qu'un mandataire échappe à la condamnation une fois sur deux. Le montant des dommages-intérêts attendus se monte alors à la moitié de ce qu'il serait si le mandataire n'échappait jamais à la condamnation. Dans une telle situation, il faut doubler le montant des dommages-intérêts que le mandant doit payer quand il est condamné pour que le montant des dommages-intérêts attendus soit optimal⁴⁴. En d'autres termes, il faut que le mandataire paie des dommages-intérêts punitifs.

42 Dans ce sens SHAVELL (note 7), p. 604, note 27.

43 Pour une présentation détaillée de cet argument, voir en particulier RICHARD CRASWELL, *Deterrance and Damages: The Multiplier Principle and its Alternatives*, Michigan Law Review 97/1999, p. 2185 ss et POLINSKY/SHAVELL (note 15).

44 Le résultat peut être généralisé: le mandataire est incité à prendre le niveau optimal de précautions si les dommages-intérêts sont multipliés par l'inverse de la probabilité de condamnation. Pour une démonstration de ce résultat, voir par exemple POLINSKY/SHAVELL (note 15), p. 889, note 48. Les affirmations qui précèdent supposent toutefois que l'augmentation du montant des dommages-intérêts n'a pas d'effet sur la probabilité de condamnation. Si l'augmentation du montant des dommages-intérêts a pour effet d'augmenter la probabilité de la condamnation, il n'est pas nécessaire d'augmenter autant le montant des dommages-intérêts. Voir notamment POLINSKY/SHAVELL (note 15), p. 895.

IV. Les préjudices non pécuniaires

Le système de la responsabilité proportionnelle permet aussi d'inciter le mandataire à adopter le niveau de précautions optimal quand le préjudice potentiel est un préjudice non pécuniaire. Un examen détaillé du niveau optimal de précautions pour toutes les formes de préjudices non pécuniaires sort largement du cadre de cet article⁴⁵. Il est en revanche possible d'examiner la situation pour un préjudice non pécuniaire particulièrement important: la mort.

Quel est le niveau de précautions optimal pour éviter la mort du mandant? Pour déterminer ce niveau, il faut se rappeler qu'une précaution est optimale si, au moment de la conclusion du contrat, les parties avaient mutuellement intérêt à prévoir qu'elle devait être prise. En d'autres termes, il faut que le mandataire prenne une précaution si et seulement si, au moment de la conclusion du contrat, le mandant était prêt à payer un montant supérieur au coût de la précaution pour que le mandataire la prenne. Supposons que le mandant soit prêt à payer au maximum 100 francs pour que le mandataire prenne une précaution qui élimine un risque de décès dont la probabilité de survenance se monte à 0.0001. Dans cette situation, il est optimal que le mandataire prenne la précaution si elle coûte moins que 100 francs et ne la prenne pas autrement. En d'autres termes, le mandataire commet une faute s'il ne prend pas la précaution alors qu'elle coûte moins que 100 francs. En revanche, il ne commet pas de faute si elle coûte 100 francs ou plus.

Reste à déterminer le montant des dommages-intérêts⁴⁶. Pour ce faire, supposons provisoirement que la causalité n'est pas incertaine. En d'autres termes, nous supposons que si le mandataire ne prend pas la précaution il a une probabilité de 0.0001 de devoir payer des dommages-intérêts. Pour que le mandataire soit incité à prendre la précaution de manière optimale, il faut que le montant des dommages-intérêts attendus se monte à 100 francs. Il faut donc que le montant des dommages-intérêts en cas de survenance du décès se monte à un million de francs (100 francs/0.0001)⁴⁷. Cela ne veut pas dire que la vie du mandant vaut un million de francs; cela signifie uniquement que l'in-

45 Pour une analyse économique des préjudices non pécuniaires, voir en particulier SHAVELL (note 10), p. 269 ss, et les références citées. Voir également RITA TRIGO TRINDADE, *Mort d'homme, invalidité et analyse économique du droit*, in: Christine Chappuis et Bénédicte Wignier (éd.), *Le préjudice: une notion en devenir*, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 93 ss.

46 Les réflexions qui suivent supposent que le mandataire ne subit pas de sanctions pénales pour homicide en plus des dommages-intérêts, ou que s'il subit de telles sanctions celles-ci ont un effet négligeable sur son incitation à prendre des précautions.

47 Voir notamment POSNER (note 10), p. 198. Il faut noter que le fait que le mandant soit prêt à payer au maximum 100 francs pour éviter un risque de mourir se montant à 0.0001 ne signifie pas qu'il ne serait pas prêt à payer plus que 1000 francs pour éviter un risque de mourir se montant à 0.001. Il est tout à fait possible qu'il soit prêt à payer 2000 francs, auquel cas le montant des dommages-intérêts devrait se monter à 2 millions de francs (2000 francs/0.001). Voir sur ce point POSNER (note 10), p. 198.

citation du mandataire à adopter la précaution est optimale si le montant des dommages-intérêts se monte à un million de francs⁴⁸.

Qu'en est-il lorsque la causalité est incertaine? Nous avons vu ci-dessus que l'application du système de la responsabilité proportionnelle avait pour effet que le montant des dommages-intérêts attendus était exactement le même que si la causalité n'était pas incertaine. Par conséquent, le mandataire est incité à agir de manière optimale, c'est-à-dire à prendre la précaution si et seulement si elle coûte moins de 100 francs, lorsque les dommages-intérêts en cas de décès se montent à la probabilité de la causalité multipliée par un million de francs.

D. Conclusion

Dans certaines circonstances, le système de la responsabilité proportionnelle est le seul des trois systèmes examinés qui incite le mandataire à adopter le niveau optimal de précautions. Ce système, comme le système de la perte d'une chance, présente cependant un inconvénient par rapport au système du tout ou rien: il tend à augmenter le coût de la résolution des litiges. Le remplacement du système du tout ou rien ne semble donc se justifier que dans les domaines où il est à craindre que son application réduise significativement l'incitation du mandataire à prendre des précautions⁴⁹. L'analyse n'a amené aucun argument en faveur de l'introduction du système de la perte d'une chance en Suisse.

E. Appendice mathématique

Définissons $p(x)$, la probabilité que le mandant subisse le préjudice, avec x le niveau de précautions, avec $p'(x) < 0$ et $p''(x) > 0$. Définissons également x^* , le niveau de précautions optimal, et l , le préjudice. La probabilité de la causalité c est alors donnée par

$$c = \frac{p(x) - p(x^*)}{p(x)}$$

Avec le système de la responsabilité proportionnelle le montant des dommages-intérêts attendus se monte à 0 si $x \geq x^*$ et à

48 Dans ce sens LANDES/POSNER (note 7), p. 188; ROBERT COOTER, *Hand Rule Damages for Incompensable Losses*, *San Diego Law Review* 40/2003, p. 1109.

49 S'agissant de la responsabilité civile, SHAVELL (note 7), p. 607, soutient que l'incertitude quant à la causalité est dans la plupart des situations faible et que par conséquent il est compréhensible que l'approche générale ait été le système du tout ou rien.

$$p(x) \frac{p(x) - p(x^*)}{p(x)} l = (p(x) - p(x^*)) l$$

si $x < x^*$. En d'autres termes, si $x < x^*$, le montant des dommages-intérêts attendus est exactement égal à l'augmentation du préjudice attendu résultant du fait que le mandataire prend le niveau de précautions x plutôt que x^* ($[p(x) - p(x^*)]l$). Comme x^* est le niveau de précautions optimal, $x^* - x < [p(x) - p(x^*)]l$. Par conséquent, le mandataire adopte le niveau de précautions x^* . L'effet d'une éventuelle réduction des honoraires est discuté dans le texte.

Résumé

Trois systèmes principaux permettent de traiter les situations dans lesquelles il existe une incertitude quant à l'existence d'un lien de causalité entre la faute d'un mandataire et le préjudice subi par son mandant: le système du tout ou rien, le système de la perte d'une chance et le système de la responsabilité proportionnelle à la causalité. Cet article montre que dans certaines circonstances le système de la responsabilité proportionnelle à la causalité est le seul parmi ces trois systèmes qui incite le mandataire à adopter le niveau optimal de précautions. Le coût de la résolution des litiges est toutefois vraisemblablement plus élevé avec le système de la responsabilité proportionnelle qu'avec le système du tout ou rien. L'introduction du système de la responsabilité proportionnelle en lieu et place du système du tout ou rien ne semble donc se justifier que dans les domaines où l'application de ce dernier a pour effet d'inciter le mandataire à prendre un niveau de précautions nettement sous optimal. L'analyse ne met en avant aucun argument en faveur de l'introduction du système de la perte d'une chance en Suisse.

Zusammenfassung

Die Ungewissheit des Kausalzusammenhangs zwischen der Schuld des Beauftragten und dem vom Auftraggeber erlittenen Schaden kann grundsätzlich auf drei verschiedene Arten behandelt werden: mittels des Alles-oder-Nichts Systems, mittels des Systems des Schadenersatzes für verlorene Chancen oder mittels des Systems einer Haftung, die proportional zur Wahrscheinlichkeit der Kausalität ist (System der wahrscheinlichkeitsproportionalen Haftung). Dieser Beitrag zeigt, dass unter gewissen Bedingungen das System der wahrscheinlichkeitsproportionalen Haftung das einzige unter den drei untersuchten Systemen ist, welches den Beauftragten dazu antreibt, zugunsten des Auftraggebers ein optimales Mass an Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen. Es ist allerdings wahrscheinlich, dass die Kosten der Streitbeilegung bei diesem System höher sind als beim Alles-oder-Nichts System. Die Einführung des Systems der wahrscheinlichkeitsproportionalen Haftung anstelle des Alles-oder-Nichts Systems rechtfertigt sich deshalb nur in den Gebieten, in denen letzteres den Beauftragten dazu bewegt, ein ausgesprochen unteroptimales Mass an Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen. Nach der Analyse gibt es keinen Grund, der eine Einführung des Systems des Schadenersatzes für verlorene Chancen in das Schweizer Recht rechtfertigen würde.



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
 Revue de droit suisse
 Rivista di diritto svizzero
 Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 125 (2006), ISSN 0254-945X

Band 125 I: 5 Hefte jeweils Mitte der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember

Band 125 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2006 I

Proposition de citation: RDS 2006 I

Herausgeber: Prof. Bernard Dutoit, Prof. Stephen V. Berti, Dr. Peter Isler, Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Anton K. Schnyder, Prof. Daniel Thürer, Prof. Hans Peter Walter

Verlag: Helbing & Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
 Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Texterfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2006 by Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München
 Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Abo-Service, Postfach 382, CH-6048 Horw
 Telefon +41 (41) 349 17 70, Telefax +41 (41) 349 17 18, E-Mail: helbing@edp.ch

Adressänderungen: Bitte Kontrollnummer und Name der Zeitschrift angeben.

Abonnementspreise pro Jahr	Schweiz		Europa		Übersee	
	Einbanddecken	Einbanddecken	Einbanddecken	Einbanddecken	Einbanddecken	Einbanddecken
Band 125 I = 5 Hefte	ohne	mit	ohne	mit	ohne	mit
Band 125 II = SJV-Referate						
Abonnement	235.-	320.-	254.-	339.-	259.-	344.-
Abonnement für Studenten	202.-	287.-	222.-	307.-	227.-	312.-

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2,4% MwSt., inkl. Versandkosten.

Einzelheft: CHF 61.-, inkl. 2,4% MwSt., exkl. Versandkosten.

Einbanddecken: CHF 85.-, inkl. 7,6% MwSt., exkl. Versandkosten.

Preisänderungen vorbehalten

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen.

Inserate und Beilagen: Kretz AG, General Wille-Str. 147, Postfach, CH-8706 Feldmeilen, Tel. 01 925 50 60, Fax 01 925 50 77, E-Mail: info@kretzag.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

SSJ: Les membres du SSJ reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.