

RTD Civ. 2013 p. 380

La perte d'une chance, même faible, est indemnisable !

(Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 12-14.439, F-P+B+I, D. 2013, 619, obs. I. Gallmeister , note M. Bacache  ; D. avocats 2013. 196, note M. Mahy-Ma-Somga et J. Jeannin  ; Gaz. Pal. 10-11 févr. 2013, note G. Deharo ; RCA 2013. comm. 108, obs. F. Leduc ; Gaz. Pal. 21-23 avr. 2013, note A. Guégan)



Patrice Jourdain, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

*
**


En dépit des critiques dont elle fut et est encore parfois l'objet, la perte d'une chance connaît un succès croissant. En témoignent l'intérêt soutenu de la doctrine (V. La perte d'une chance, colloque organisé par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans, 12 févr. 2013, LPA 2013, à paraître) et surtout le contentieux grandissant qu'elle suscite, ces dernières années ayant été marquées par une explosion du nombre des arrêts rendus par la Cour de cassation. Comme souvent, le succès s'accompagne de certaines dérives que cette chronique a déjà eu l'occasion de dénoncer à plusieurs reprises (V. aussi, Le dévoiement de la perte d'une chance, LPA 2013, préc.). L'arrêt ici rapporté pourrait bien être à verser au dossier de ces dérives ou abus dans le recours des juges à la perte d'une chance.

Une société d'avocats avait établi les actes de cession de l'ensemble des parts d'une société détenues par un couple. A l'issue de diverses procédures, les associés furent condamnés à payer certaines sommes au titre d'un compte courant d'associé débiteur. Reprochant à leur avocat de ne pas s'être présenté à l'audience du tribunal de commerce, puis de ne pas avoir régulièrement interjeté appel du jugement rendu malgré les instructions qui lui avaient été données, ils mirent en cause sa responsabilité. Une cour d'appel accueillit leur action mais limita l'indemnisation au montant des frais de procédure engagés en pure perte. L'arrêt retenait que la perte de chance d'obtenir la réformation du jugement du tribunal de commerce était « faible », dès lors que l'issue de l'appel manqué apparaissait incertaine. Il est cassé : « en statuant ainsi par des motifs impropres à démontrer l'absence de toute probabilité de succès de l'appel manqué, *alors que la perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable* », la cour d'appel avait violé l'article 1147 du code civil.

Peu connue à l'étranger (V. notre article, La perte d'une chance, une curiosité française, Mél. P. Wessner, 2011, éd. Guilloid et C. Müller, p. 167), la perte d'une chance est un instrument précieux à l'usage des tribunaux qui leur permet d'allouer à des victimes une indemnité correspondant à la réparation partielle de leur dommage final alors que le lien de causalité entre le fait générateur et ce dommage reste affecté d'incertitude. Elle évite le système brutal du tout ou rien qui est le plus souvent pratiqué hors de nos frontières. Techniquement, le procédé consiste, on le sait, à indemniser un préjudice distinct de celui concrètement subi par la victime, un préjudice abstrait correspondant à la perte de la valeur représentée par les chances qu'elle avait d'éviter le dommage, un « préjudice de substitution » comme le nomme judicieusement Mireille Bacache (note préc.). Le risque est de tomber dans l'excès. Car, si l'on n'y prend garde, une utilisation massive du procédé conduirait les juges à allouer des indemnités au titre de la perte d'une chance à chaque fois qu'une incertitude plane sur la relation causale avec le préjudice subi. A la limite, les victimes seraient indemnisées partiellement de leur dommage tant que l'on n'est pas certain que le lien de causalité fait défaut.

On comprend que la jurisprudence ait élevé quelques « garde-fous » en posant des conditions à l'indemnisation de la perte de chance (A. Guégan, Les conditions de la réparation de la perte d'une chance, LPA 2013, à paraître). Préjudice distinct, il doit être en relation de cause à effet avec le fait générateur, ce qui suppose au moins que celui-ci ait joué un rôle dans le processus dommageable. Il doit surtout, comme tout autre préjudice, répondre à l'exigence de certitude. Or celle-ci implique d'une part que des chances certaines d'éviter le dommage (ou d'obtenir un avantage) existaient, d'autre part que ces chances ont été certainement perdues par suite du fait générateur. La *perte* est certaine lorsque les chances ont été courues et que le dommage s'est réalisé ; elle ne l'est plus en l'absence de tout dommage (V. cependant, Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, n° 08-16.760, RTD civ. 2010. 330, obs. P. Jourdain , mais contestable) ou si des chances existaient encore après le fait générateur que la victime n'a pas tentées (Civ. 2^e, 24 juin 1999, Bull. civ. II, n° 126 - Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-15.674, D. 2006. 3013, et les obs.  ; Bull. civ. I, n° 498 ; JCP 2007. I. n° 115, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 266, obs. D. Mazeaud). Quant aux *chances* perdues, pour s'assurer de leur certitude la jurisprudence exige habituellement qu'elles aient été « réelles et sérieuses ». C'est cette condition dédoublée qui était en cause en l'espèce, les juges du fond, s'appuyant sur diverses considérations de fait, ayant estimé que les chances étaient trop faibles pour caractériser la certitude du préjudice.








L'opinion contraire de la Cour de cassation interpelle, pour deux raisons essentiellement.

D'abord, si l'on veut attribuer un sens aux termes employés par les arrêts, il faudrait comprendre que la chance est « réelle » si elle existe incontestablement et non seulement dans l'imagination de la victime (critère qualitatif) et qu'elle est « sérieuse » si elle est quantitativement importante, si elle correspond à la probabilité suffisante d'un événement favorable (V. A. Guégan, article préc.). S'agissant des chances de succès d'un procès, il ne faudrait donc pas se contenter d'une simple chance, qui existe toujours car, un procès n'étant jamais perdu d'avance, il ne peut être exclu qu'un tribunal améliore la situation d'un plaideur qui paraissait pourtant fort compromise au regard d'une analyse objective du droit positif. Une chance ne peut être jugée sérieuse que s'il apparaît au terme d'un examen de l'affaire au fond que le demandeur pouvait raisonnablement espérer un résultat favorable ; à défaut de quoi le préjudice demeurerait trop hypothétique. Si des arrêts font preuve d'une certaine retenue quant à l'admission de la perte de chance dans ces circonstances (V. pour des refus, Cass., ass. plén., 3 juin 1988, RTD. civ. 1989. 81 - Civ. 1^{re}, 8 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 164 - Civ. 1^{re}, 21 mars 2006, n° 05-16.447 - Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, n° 08-12.848, D. 2009. 1142  ; Bull. civ. I, n° 72 ; RCA 2009. comm. 179 ; JCP 2009, n° 248, obs. Ph. Stoffel-Munck - Civ. 1^{re}, 26 mai 2011, n° 10-30.922), d'autres se montrent plus laxistes. Certains admettent en effet la réparation de la perte de chance tant que n'est pas établi l'absence de toute probabilité du succès du procès (Civ. 1^{re}, 8 juill. 1997, Bull. civ. I, n° 224 ; RCA 1997. comm. 338). Récemment un arrêt a même admis, dans d'autres circonstances, qu'une perte de chance de 5 % était réparable (Civ. 2^e, 1^{er} juill. 2010, Bull. civ. I, n° 128 ; RDC 2011. 83, obs. S. Carval, pour la perte d'une chance de souscrire une garantie d'assurance complémentaire par suite d'un défaut de conseil). Le présent arrêt se situe dans la droite ligne de cette tendance jurisprudentielle peu exigeante sur la vérification du caractère sérieux de la chance perdue. Il s'en évince en effet que la réparation ne serait refusée qu'en l'absence totale de chance, c'est-à-dire en cas d'échec certain de l'appel manqué.

Ensuite, le contrôle qu'exerce la Cour de cassation par la censure de l'arrêt attaqué peut surprendre. L'appréciation de la réalité et du sérieux des chances perdues ne devrait-elle pas relever de l'appréciation souveraine des juges du fond ? Une réponse affirmative s'imposerait si l'on considère qu'il s'agit là d'une pure question de fait. Mais l'on pourrait rétorquer à cela que si cette appréciation s'appuie sur un motif erroné, le Cour régulatrice retrouve son pouvoir de contrôle ; ce qui est le cas si elle se contente désormais de l'existence de chances réelles sans exiger qu'elles fussent

également sérieuses. Dans ces conditions, une décision ayant constaté l'existence de chances faibles devait inévitablement encourir la censure.

On peut se demander s'il est bien raisonnable d'indemniser de telles pertes de chance (V. aussi S. Carval, obs. préc.). On conçoit bien que les juges, par souci d'équité, veuillent éviter au plaideur de repartir bredouille après des années de procédure. Mais, à son niveau de juge du droit, la Cour de cassation ne devrait pas avoir à se préoccuper d'équité. Et cela d'autant moins que ce louable souci peut avoir pour effet pervers de favoriser le contentieux : si la moindre chance autorise une indemnisation, pourquoi le plaideur déçu ne tenterait-il pas de mettre en cause la responsabilité de l'avocat dès lors que celui-ci a commis quelque faute ? Plus grave, la réparation des « faibles » pertes de chance affecte les principes qui régissent les conditions de la responsabilité civile. A l'incertitude qui pèse déjà sur le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice final, s'ajoute celle qui affecte le préjudice de perte de chance. En outre, l'extrême approximation qui règne dans l'appréciation du quantum des chances perdues est de nature à rendre totalement fictif le préjudice allégué lorsque ces chances n'atteignent pas un certain degré de probabilité. On ne peut en effet nourrir aucune illusion sur la valeur scientifique des pourcentages de chances établies par les experts et par les juges ; ils ne sont le plus souvent qu'une estimation imprécise et grossière qu'aucune donnée objective ne peut fonder. Aussi nous semblerait-il préférable de se montrer plus exigeant sur la preuve de la condition de certitude d'un préjudice dont la reconnaissance de principe est déjà une faveur pour les victimes que beaucoup lui contestent et que la plupart des systèmes juridiques ignorent (V. aussi, S. Carval, obs. préc. ; rappr. M. Bacache, note préc., favorable à l'exigence d'un seuil de gravité, mais en cas de préjudice matériel seulement).

On retiendra de cet arrêt qu'il s'inscrit dans un vaste mouvement d'extension de la réparation de la perte d'une chance. Des décisions récentes l'exprimaient déjà d'autres façons (V. Civ. 1^{re}, 14 oct. 2010, n° 09-69.195, D. 2010. 2682, obs. I. Gallmeister  , note P. Sargos  ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout  ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude  ; RTD civ. 2011. 128, obs. P. Jourdain  , perte d'une chance retenue malgré de lourdes incertitudes sur la cause du dommage - Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10.935, D. 2012. 877  ; RTD civ. 2012. 529, obs. P. Jourdain  , perte d'une chance déduite de la faute médicale d'abstention - Civ. 2^e, 28 juin 2012, RCA 2012. comm. 258, obs. S. Hocquet-Berg, pour la perte d'une chance de recueillir des donations - *adde*, pour la perte de chance de succès d'un pourvoi en cassation appréciée indépendamment des chances de gain du procès devant la juridiction de renvoi, Civ. 1^{re}, 6 oct. 2011, Bull. civ. I, n° 157 ; RDC 2012. 433, obs. S. Carval ; Gaz. Pal. 8-9 févr. 2012, obs. M. Mekki). Cette fois, c'est par la disparition de l'exigence autonome du caractère sérieux de la chance perdue que le laxisme se manifeste. Ces tendances posent la question des limites qu'il faudrait tout de même fixer à la réparation de ce préjudice : jusqu'à quel point peut-on s'abstraire de l'incertitude dans laquelle il beigne ?

Mots clés :

RESPONSABILITE CIVILE * Réparation du préjudice * Perte d'une chance * Faible chance