

**La perte de chance,
illustrée par la responsabilité civile de l'avocat
par Yves AVRIL**

Dans le droit de la responsabilité, envahissant et protéiforme, des caractéristiques essentielles doivent être abordées, la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Encouragée par la jurisprudence, la doctrine prête moins d'attention à la *summa divisio*, la différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Pour le fondement de la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle, la situation reste identique. En effet, il a été jugé, à propos de la responsabilité civile de l'avocat, que peut être mis en cause le conseil qui aurait commis à l'encontre d'un tiers une faute qui lui aurait personnellement causé un préjudice (Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2012, n° 11-25.254). Cette exception au principe de l'effet relatif des contrats a été reconnue plus récemment avec une certaine solennité par la Haute Juridiction (Cass. ass. plen., 13 janvier 2020, n° 17-19.963 ; à publier au Bulletin).

Dans les traits déterminants de la responsabilité civile figure le préjudice et ses caractères (Ph. Le Tourneau (Dir.) Droit de la responsabilité et des contrats – Régime d'indemnisation, 10^e éd., Dalloz Action 2021, § 2123 s.). Selon une formule de la jurisprudence le préjudice doit être direct, actuel et certain. Le caractère direct relève du lien de causalité qui doit unir le dommage au fait générateur de la responsabilité.

L'exigence d'actualité du préjudice doit être relativisée, car un préjudice futur est indemnisable s'il est certain. En réalité la caractéristique essentielle du préjudice est la certitude de son existence. L'évolution de cette notion voit apparaître la probabilité, voire la possibilité qui constituent des conditions suffisantes pour la réparation du préjudice (L. Cadiet, « *Les métamorphoses du préjudice* » dans les métamorphoses de la responsabilité, P.U.F. 1998, p. 37-64).

I. Considérations historiques. L'histoire d'un concept.

On peut penser que la perte de chance, posant le principe de la réparation du préjudice virtuel, a été reconnue de longue date par la jurisprudence. On peut citer une décision du 19^e siècle (Cass. Req., 17 juillet 1889) qui envisage l'indemnisation d'un client lésé par la faute d'un huissier de justice sur le fondement de la perte de chance. Trois arrêts de la Cour de cassation de 1932 (Cass. Req. 1^{er} juin 1932, D. 1933, I, 102 ; S. 1933, 1, 49, note H. Mazeaud) posaient sans ambiguïté le principe de la réparation du préjudice virtuel : « *Attendu que, s'il n'est pas possible d'allouer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate* ».

Cette appréciation du préjudice virtuel, de la perte de chance, ne se limite pas aux juridictions civiles. On en retrouve la relation devant des juridictions administratives jusqu'au Conseil d'État et la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne fait pas exception (Crim. 18 mars 1975, n° 74-92.118, Bull. crim., n° 79). « *La disparition, par l'effet d'un délit, de la probabilité d'un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* ».

II. Les applications variées de la théorie de la perte de chance.

1. En droit des assurances.

Civ. 2^e, 24 septembre 2020, n° 18-12.593, publié au Bulletin. Il s'agit du manquement au devoir d'information et de conseil.

Un client assigne en responsabilité un installateur de panneaux photovoltaïques. La Cour de cassation se prononce sur la globalisation du sinistre au sens de l'art. L. 124-1 du Code des assurances et aborde l'indemnisation de la perte de chance.

2. En droit médical

Civ. 1^{ère}, 13 juillet 2014 n° 15-18.370.

La Cour de cassation aborde la perte d'une chance de survie et indique qu'elle peut entrer, lorsque le demandeur est décédé, dans le patrimoine de ses héritiers.

3. Pour les professionnels du droit

- Responsabilité notariale, Civ. 1^{ère}, 14 juin 2013, n° 12-22.022, à publier au Bulletin.

- Responsabilité de l'avocat, Civ. 3^e, 16 novembre 2022, n° 21-20.438.

Il s'agit de la prescription de l'action en réduction du prix pour erreur sur la surface lors d'une acquisition immobilière (Loi Carrez). Perte de chance évaluée à 60%, soit 158.300 €.

La cassation intervient parce que la cour d'appel n'a pas compris dans le préjudice l'impossibilité d'obtenir un dégrèvement partiel des droits d'enregistrement.

La perte de chance dans le contentieux de la responsabilité civile de l'avocat représente plus de la moitié des actions et donc interviennent à ce titre plusieurs centaines de décisions par an (R. Bigot, l'indemnisation par l'assurance de responsabilité civile professionnelle. L'exemple des professions du chiffre et du droit, Defrénois 2014).

4. En droit bancaire.

Les exemples sont fréquents. On peut citer : Com. 19 janvier 2010, 09-14.438.

La Cour de cassation légitime un préjudice consommé alors que le pourvoi cherchait à obtenir la reconnaissance d'une perte de chance.

On va s'arrêter davantage sur un arrêt récent qui fait déjà l'objet de commentaires doctrinaux : Civ. 2^e, 15 septembre 2022, n° 21-13670, publié au Bulletin (Dalloz

actualité, 23 septembre 2022, C. Hélaïne, « *Toute perte de chance est réparable, bis repetita* » ; JCP 2022, n° 1324 « *Perte de chance et manquement à l'obligation d'information du banquier distributeur d'assurance : quand la Cour de cassation se contente de peu* », A. Vignon-Barrault.

- l'arrêt rappelle que « *toute perte de chance est réparable* ».
- l'arrêt rappelle la charge de la preuve de la perte de chance. C'est au demandeur de démontrer le caractère sérieux, raisonnable, etc... de la chance perdue.
- l'arrêt rappelle que si l'on exige la preuve que de manière certaine la victime aurait souscrit une assurance complémentaire, on exige la preuve d'un préjudice consommé. Or il s'agit d'évaluer une perte de chance. Au passage cette décision aide à faire la distinction entre le préjudice consommé et la perte de chance.

III. Des distinctions à effectuer.

1. L'exclusion du préjudice hypothétique.

Celui-ci ne répond pas aux caractéristiques du préjudice certain. La distinction vient régulièrement devant la Cour de cassation et l'on citera deux exemples à ce titre :

- Responsabilité médicale.

Civ. 1^{ère}, 28 juin 2022, n° 11-19.265, à publier au Bulletin.

Les juges du fond ont indemnisé à hauteur de 3.000 € un préjudice extra patrimonial « *atypique ou exceptionnel* ». Celui-ci aurait été constitué par l'anxiété que la victime de l'erreur médicale aurait éprouvé à subir une autre intervention chirurgicale. Ce préjudice n'est qu'éventuel. On ne sait pas si le demandeur subira un jour une autre intervention chirurgicale. Dès lors il ne peut être pris en compte.

- Troubles du voisinage.

Civ. 3^e, 11 mai 2022, n° 21-14.589.

Une personne est condamnée pour troubles du voisinage, ceux-ci étant constitués par des entraves à un droit de passage.

Les juges du fond condamnent également à une indemnité pour une éventuelle infraction si une récidive était constatée à nouveau dans des entraves apportées au passage. C'est un préjudice éventuel, hypothétique, qui ne peut être indemnisé car rien ne prouve que le défendeur n'ait pas mesuré toute la portée de la leçon qu'il a reçue.

2. Les problèmes posés par une indemnisation forfaitaire.

- Responsabilité médicale.

Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2000, n° 98-20.430, Bull. Civ. I, n° 224.

Les juges ne doivent pas céder aux facilités d'une indemnisation forfaitaire. Elle ne permet pas au tiers payeur d'exercer leur recours puisque certains préjudices personnels y échappent.

- Responsabilité de l'avocat.

L'indemnité forfaitaire avait la faveur des juges. Ainsi une somme de 9.000 € est allouée pour une perte de pièces (Paris, 1^{ère} Ch., 30 septembre 2002, JurisData 191561) ou par une absence de représentation devant la juridiction pénale qui a entraîné la condamnation du client (Rouen, 1^{ère} Ch., 20 février 2002, JurisData 196672).

Si la demande comportait plusieurs postes, ce qui est le plus souvent le cas, cette méthode sera censurée par la Cour de cassation par un moyen imparable : l'art. 455 du Code de procédure civile qui oblige le juge à répondre aux conclusions.

Enfin il y a une autre limite qui affecte l'évaluation forfaitaire. La Cour de cassation doit toujours être en mesure d'exercer son contrôle et de juger si l'indemnisation relève de la perte de chance ou du préjudice consommé. Si la Cour de cassation ne peut exercer son contrôle, sa censure est encourue (Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2003, n° 01-61.080).

3. Préjudice consommé et perte de chance.

- Le critère de l'aléa.

S'il y a un aléa le préjudice relève de la perte de chance. A l'inverse le préjudice sera qualifié de préjudice « *entier* » ou de, préjudice « *consommé* » lorsqu'il n'y a aucun aléa.

« En l'absence d'aléa, l'introduction du concept de perte de chance est une erreur, car elle fausse le mécanisme normal du droit de la responsabilité consistant à réparer l'entier préjudice... Dans d'autres cas il n'y a pas davantage une perte de chance, mais bien un préjudice financier, intégralement consommé ». (Ph. Le Tourneau (Dir.), Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, 8^e éd., Dalloz Action 2014).

- Observations destinées aux praticiens.

Depuis l'arrêt CESAREO (Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. ass. plén. n° 8, nombreux commentaires). La jurisprudence s'oriente vers un principe de plus en plus net de concentration substantielle des demandes et des moyens. Si l'on hésite entre la demande de réparation d'un préjudice consommé ou d'une perte de change, l'on pensera impérativement à prévoir un principal et un subsidiaire, bien caractérisé dans le dispositif des écritures judiciaires.

La Cour de cassation vient en appoint aux parties maladroites en requalifiant de préjudice consommé ce qui est évoqué comme perte de chance.

Malgré des maladroites de la pratique, la Cour de cassation sait faire preuve de mansuétude en requalifiant une demande comme il convient : « *En dépit de l'usage non approprié ou inopportun du mot chance tant dans les conclusions d'appel que dans l'arrêt, il résulte néanmoins de ces écrits que la Caisse a sollicité non pas l'indemnisation d'une perte de chance, mais celle d'un préjudice, né actuel, direct et certain, alloué à bon droit par la cour d'appel, que le moyen n'est donc pas fondé* » (Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, n° 11-19.202).

Des cassations récurrentes interviennent pour un préjudice consommé reconnu à tort comme perte de chance et inversement (Civ. 1^{ère}, 9 juin 2017, n° 16-19.067). En l'espèce

la perte de chance retenue par la cour d'appel était de 60%. Il s'agit d'un syndicat de copropriétaires qui actionnait l'assureur dommage-ouvrage. La Cour de cassation retient qu'à l'issue du délai de 105 jours l'assuré était autorisé à demander les sommes nécessaires à la réparation des dommages selon sa propre évaluation, devenu indiscutable par les silences de l'assurance. Le préjudice consommé doit être retenu. Il est ici de 105.991,13 et non 60% de cette somme. (Civ. 1^{ère}, 9 juin 2017, n° 16.19.067).

Le juge peut inciter les parties à faire le partage entre perte de chance et préjudice consommé, mais c'est une simple faculté, peu employée. Pour un exemple voir : Com. 29 novembre 2011, n° 10-25.657 ; JCP 2012, 530, §1, obs. Ph. Stoffel-Munck. Une cassation intervient ici au visa de l'article 16 du Code de procédure civile car les juges auraient dû inviter les parties à conclure sur le préjudice consommé, moyen relevé d'office.

Dans tous les cas le critère de la Cour de cassation est l'existence d'un aléa. Si, comme les premiers juges, elle reconnaît l'existence d'un aléa, elle écartera le pourvoi formé sur un arrêt qui a retenu la perte de chance (Com. 18 mars 2014, n° 12-28.784).

Ici la faute de conseil de l'avocat dans la rédaction d'un acte était avérée. Il a été retenu que le préjudice était constitué par la perte d'une chance de renégocier la convention. Les dommages-intérêts sont fixés à hauteur de 90.000 €.

4. La méthode contemporaine d'appréciation.

Quand il y a perte de chance on déplace un curseur. Il va de 5% à 95%. Ce taux est rarement atteint mais l'on peut néanmoins citer un exemple. L'avocat avait laissé passer une prescription pour demander une indemnité d'éviction au profit d'un commerçant. Cette indemnité d'éviction avait été fixée par un expert judiciaire et l'on pouvait penser que le juge aurait homologué son rapport (CA Paris, 11 janvier 2022, n° 19/15.153).

Quand il s'agit d'apprécier les conséquences de la faute d'un avocat dans une mission, judiciaire, la perte de chance ne peut se faire qu'en reconstituant **fictivement** le procès qui n'a pas pu avoir lieu par la faute de l'avocat. Cela n'est pas forcément aisé pour le juge civil. Il peut par exemple supputer les chances d'un recours de droit fiscal devant

le tribunal administratif, les chances d'un contentieux de permis de conduire devant la même juridiction. Cette reconstitution s'impose. La Cour de cassation va exercer sa censure si elle n'est pas faite (Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n° 08-12.848 ; Civ. 1^{ère}, 12 septembre 2019, n° 18-20.526).

C'est au demandeur de prouver la consistance ou à tout le moins la réalité de la chance perdue. Il peut arriver que la Cour de cassation, en exerçant sa censure, rappelle le principe : le moyen qui tend à inverser la charge de la preuve pour les salariés concernés de retrouver un emploi si le liquidateur avait correctement rempli son obligation de reclassement, cette charge de la preuve reposant sur les salariés, ne peut être accueillie (Com., 17 février 2021, n° 19-22.052).

IV. Des distinctions à effectuer.

1. La variété des qualifications de la chance perdue.

Toute chance perdue ouvre un droit à réparation (Civ. 2^e, 20 mai 2020, n° 18-25.440).

Parfois la doctrine croit voir dans une décision de la Cour de cassation un renversement de jurisprudence. Ce fut le cas en 2014 quand la Cour de cassation estima que pour être réparée la chance devait être **raisonnable** (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2014, n° 12-22.567).

En réalité il n'y a jamais eu de renversement de jurisprudence mais des appellations diverses qui, lors d'un examen complet, paraissent cohérentes et compatibles les unes avec les autres.

- Chances **nulles** (Civ. 1^{ère}, 12 octobre 2016, n° 15-23.230 et 15-26.147). La faute de l'avocat aux Conseils était retenue mais refaisant le procès la Cour de cassation considère que le pourvoi ne pouvait conduire qu'à l'échec.

- Chances **hypothétiques** (Civ. I, 12 mai 2016, n° 16-17.062).

- Chances **faibles** ou chances **minimes** (indemnissables) (Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2013, n° 12-14.439).
« *La perte certaine d'une chance, même faible, est indemnissable* ».
- Chances **réelles** et **sérieuses** (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2014, n° 12-22.567).
- Probabilité **raisonnable** (Civ. 1^{ère}, 7 avril 2016, n° 15-14.888).
- Chances **sérieuses** (Civ. 1^{ère}, 8 février 2017, n° 16-28.684).
- Caractère « **réel et certain** » de la chance (Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2018, n° 17-21.492).
- Perte de **chance consistante** (Com. 21 octobre 2020, n° 19-15.829 ; D. 2021, p. 46, obs. Ph. Brun, O. Gout et C. Quézec-Ambrunaz).
- « **Forte possibilité** » de censure par la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2020, n° 18-50.069).

V. Une appréciation originale du préjudice certain.

La responsabilité d'un professionnel du droit n'est pas subsidiaire.

Ce principe est applicable tant au notaire qu'à l'avocat. C'est une création prétorienne, favorable aux victimes qui remonte à un renversement de jurisprudence intervenu d'abord pour le notaire, puis pour l'avocat, quelques mois plus tard, il y a une vingtaine d'années.

Ce principe s'énonce de la façon suivante :

« Est certain le dommage subi par une personne par l'effet d'un professionnel droit, quand bien même la victime disposerait contre un tiers, d'une action consécutive à la faute dommageable » (Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2013, n° 13-11.807, Bull. Civ. I, n° 254, D. 2014, 256, note Y. Avril).

Ce principe reste méconnu malgré des décisions de la Haute Juridiction et des commentaires réguliers (Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n° 09-65.909, Gaz. Pal. 4/11/2011, p. 15, note Y. Avril, publié au Bulletin ; Civ. 1^{ère}, 22 septembre 2016, n° 15-20.565, Lexbase avocats, n° 255, 13 octobre 2016, note Y. Avril).

* * *

Malgré les apparences la jurisprudence en matière de perte de chance, quoique complexe, est cohérente. L'appréciation de cette cohérence est souvent faite par des groupes de pression, les banques, les assureurs, qui, au gré des solutions, craignent de voir les juges ouvrir une boîte de pandore.

Bibliographie sommaire

Y. AVRIL, *La responsabilité des avocats, civile, disciplinaire, pénale*, Dalloz référence 2021.

La perte de chance, Colloque Orléans, 12 février 2013, LPA 31 octobre 2013, numéro spécial (disponible sur Internet).

R. Bigot. *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité civile professionnelle*. L'exemple des professions du chiffre et du droit, Defrénois 2014.

A. Bénabent, *La chance et le droit*, Préf. J. Carbonnier, LGDJ 1973, Anthologie du droit, LGDJ 2013.

Ph Le Tourneau (Dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10 éd., Dalloz Action, 2021.

N. Nussenbaun, *Perte de chance, comment évaluer le préjudice ?*, JCPG, 2010, 1152.

F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, 13 éd., Dalloz col. « Précis », 2022.

L. Vitale, *La perte de chance en droit privé*, Préf. P. Jourdain, LGDJ 2020.

Site www.yvesavril.com, voué à la responsabilité de l'avocat (civile, disciplinaire, pénale), la déontologie et l'organisation professionnelle.