



**AVIS DE M. CHAUMONT,
AVOCAT GÉNÉRAL**

avec le concours d'Annabelle Grosjean, attachée de justice

Arrêt n° 682 du 27 juin 2025 (B+R) – Assemblée plénière

Pourvoi n° 22-21.146

Décision attaquée : Cour d'appel de Limoges du 23 juin 2022

La SCI Les Baobabs

C /

La Société Immaction

**La SCP Cassou de Saint-Mathurin, Meynard, Drappeau-Passarini et
Maitrehut**

1. Faits et procédure

La société Immaction, qui était propriétaire d'une unité foncière de 69 332 m² à [Localité 1] (Charente-Maritime) en a détaché deux lots, dont l'un, cadastré AY [Cadastre 6], d'une superficie de 1398 m² comprenant un terrain ainsi qu'une ossature métallique.

Suivant acte notarié établi le 22 mai 2008 par M. [G], notaire associé d'une société civile professionnelle titulaire d'un office notarial à [Localité 1] (la société notariale), la société civile immobilière Les Baobabs (la SCI) a acquis le lot AY

[Cadastre 6] au prix de 358 800 euros, sur lequel elle projetait d'édifier un bâtiment à usage de bureaux destinés à la location.

Le prix a été financé par un emprunt bancaire de 795 000 euros qui a été entièrement libéré.

En l'absence d'exécution des travaux d'aménagement du lotissement et d'obtention par le vendeur d'une autorisation de procéder à la vente des lots avant cette exécution, la SCI n'a pu obtenir de permis de construire à l'issue de la vente.

Par ailleurs, le 10 avril 2013, le plan de prévention des risques technologiques (PPRT) a été modifié interdisant d'une part tout nouveau projet, sauf à réaménager ceux existants, et, d'autre part des installations recevant en permanence du public.

Après diverses et vaines tentatives pour obtenir la régularisation de la situation, la SCI a assigné, le 27 octobre 2015, la société Immacion et la société notariale en responsabilité et indemnisation.

La cour d'appel de Poitiers a constaté que la société notariale n'avait ni vérifié que le vendeur était autorisé à vendre en l'absence de réalisation des travaux d'aménagement du lot, ni informé la SCI, dont elle connaissait le projet, de la nécessité d'achever ces travaux et des risques inhérents à la vente, et qu'elle avait manqué à son devoir de conseil.

Cependant, elle a débouté la SCI de sa demande en retenant que celle-ci avait attendu le 16 octobre 2009 pour déposer un permis de construire et le 25 novembre 2013 pour assigner le vendeur aux fins de réalisation des travaux de viabilisation après avoir reçu un commandement de payer délivré par la banque, et que son inertie délibérée et prolongée était constitutive d'une faute rompant tout lien causal entre les préjudices allégués et les fautes imputées à la société notariale.

Par arrêt du 30 juin 2023 (pourvoi n°20-10.472), la Cour de cassation a cassé cette décision pour défaut de base légale au visa de l'article 1382, devenu 1240 du code civil selon lequel la société notariale ne peut être exonérée de toute responsabilité pour faute à l'égard de l'acquéreur d'un bien immobilier que si celui-ci a lui-même commis une faute qui est la cause exclusive de son dommage, en relevant que la cour d'appel avait constaté qu'à la suite de son acquisition et de la faute commise par la société notariale, l'acquéreur avait été contraint d'agir contre le vendeur pour tenter d'obtenir la réalisation des travaux.

L'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Limoges devant laquelle la SCI a sollicité l'indemnisation de l'intégralité de son préjudice décomposé et justifié de la façon suivante dans ses conclusions d'appel :

. 45 985 euros HT au titre des huisseries et 30 000 euros HT au titre d'autres aménagements « *pour que le hangar puisse être exploité, mais seulement comme hangar, conformément aux règles édictées par le PPRT* » (p. 40) ;

. 1 360 429,91 euros au titre du préjudice financier comprenant notamment trois postes : les frais de remboursement des apports de deux associés, les frais d'avocat et le coût du prêt (p. 32 à 40) ;

. 921 000 euros HT au titre de la perte d'exploitation correspondant aux loyers de 16 lots comprenant des bureaux, des espaces communs et de stockage qui n'ont pas été perçus de 2009 à 2021 (p. 43 et 44).

Par arrêt du 23 juin 2022, la cour d'appel a déclaré la société notariale exclusivement responsable du préjudice subi par la SCI et débouté cette dernière de ses prétentions.

2. Le pourvoi

La SCI a formé un pourvoi contre cet arrêt et propose, par l'intermédiaire de la SCP Claire Leduc et Solange Vigand, deux moyens.

Le premier moyen fait grief à l'arrêt, en trois branches, d'avoir rejeté sa demande au titre des frais d'huissierie et des travaux de mise en conformité.

Première branche : « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; en retenant, pour débouter la société Les Baobabs de ses demandes au titre des huisseries et des travaux de mise en conformité que celle-ci ne démontre pas tant la réalisation des travaux que le paiement de leur prix, quand la société notariale se bornait à contester le lien de causalité entre la faute qui lui était reprochée et la nécessité des aménagement en cause, sans nullement se prévaloir de leur absence de réalisation ou de leur absence de paiement, la cour d'appel, qui n'a pas invité préalablement les parties à présenter leurs observations sur ce moyen qu'elle a relevé d'office, a violé l'article 16 du code de procédure civile* ».

Deuxième branche : « *en retenant, pour débouter la SCI Les Baobabs de ses demandes au titre des huisseries et des travaux de mise en conformité que celle-ci ne démontre ni la réalisation des travaux ni le paiement de leur prix, quand de tels motifs étaient impropres à exclure la certitude du préjudice subi par la SCI Les Baobabs, contrainte de procéder à des aménagements afin de permettre l'exploitation du bien qu'elle avait acquis, d'une autre manière que celle initialement envisagée et rendue impossible du fait du manquement du notaire à son obligation d'information et*

de conseil concernant les règles d'urbanisme, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du code civil ».

Troisième branche : « en retenant, s'agissant de la demande au titre des frais d'huissier, qu'à la date du devis de l'entreprise PMA, soit le 18 juillet 2011, la SCI n'ignorait pas que son projet immobilier était compromis et que si elle a engagé des frais au titre des huissiers c'est en parfaite connaissance de cause, en sorte que ces dépenses doivent rester à sa charge, sans rechercher si, comme le soutenait la SCI Les Baobabs, ces frais n'étaient pas nécessités par la transformation de la structure existante en hangar, seule exploitation envisageable à la suite de la modification du plan de prévention des risques technologiques (cf. conclusions p. 40, antépénultième §), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu, 1240 du code civil ».

Le second moyen reproche à l'arrêt, en deux branches, d'avoir dit que le préjudice de la société Les Baobabs s'analyse en une perte de chance, constaté que celle-ci n'a formé aucune demande indemnitaire sur ce fondement, et d'avoir rejeté en conséquence ses demandes à l'encontre de la société notariale au titre du remboursement d'apports d'associés et des honoraires d'avocats.

Première branche : « le juge qui constate l'existence d'une perte de chance et requalifie ainsi le préjudice, ne peut le laisser sans réparation, après avoir invité les parties à s'expliquer de ce chef ; en retenant, pour débouter la société Les Baobabs de ses demandes indemnitaires au titre de son préjudice financier et de sa perte d'exploitation, que ces demandes ne peuvent prospérer que sur le fondement de la perte de chance, la faute du notaire ayant privé cette société de la possibilité de renoncer à son acquisition, mais qu'aucune demande n'a été formée sur un tel fondement, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble l'article 12 du code de procédure civile » ;

Seconde branche : « l'objet du litige est déterminé par les prétentions

respectives des parties et le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ; qu'il en résulte que le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée ; qu'en retenant, pour débouter la SCI Les Baobabs de ses demandes indemnitaires au titre de son préjudice financier et de sa perte d'exploitation, que ces demandes ne peuvent prospérer que sur le fondement de la perte de chance, la faute du notaire l'ayant privée de la possibilité de renoncer à son acquisition, mais qu'aucune demande n'a été formée sur un tel fondement, la cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ».

En défense, la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret a produit un mémoire dans l'intérêt du notaire et conclut au rejet du pourvoi.

3. Analyse

3.1 Observations liminaires

Au regard de l'arrêt de cassation de la première chambre civile du 30 juin 2021, des conclusions d'appel de la SCI, de l'arrêt attaqué, et de l'absence de pourvoi incident du notaire, les éléments suivants peuvent être considérés comme acquis :

- . la société notariale a manqué à son obligation de conseil et d'information ;
- . ce manquement est exclusivement à l'origine du préjudice subi par la SCI ;
- . ce préjudice consiste à avoir privé cette dernière d'une éventualité favorable consistant à renoncer à l'acquisition du bien immobilier ou de l'acquérir à des conditions différentes ;
- . la SCI n'a pas sollicité la réparation d'une perte de chance mais de l'intégralité de son préjudice tel qu'il a été décomposé plus haut.

Mais, à ce stade, trois lectures de l'arrêt sont possibles.

Selon la première la cour d'appel a entendu appliquer à tous les postes de préjudice (frais d'huissierie, travaux de mise en conformité (appelés « autres aménagements » dans les conclusions d'appel) préjudice financier et perte d'exploitation) le dernier alinéa du paragraphe intitulé « *sur la réparation du préjudice de la SCI* » (p. 6).

Ce paragraphe est libellé ainsi : « *En tout état de cause, il s'avère que l'indemnisation de la SCI, y compris en ce qui concerne la perte d'exploitation, ne peut prospérer que sur le fondement de la perte de chance. En effet, la faute du notaire, qui consiste, ainsi que précédemment retenu, à un manquement à ses devoirs de vérification, de conseil et de mise en garde, a privé la SCI de la possibilité de renoncer à son acquisition du lot immobilier ou d'acquérir celui-ci à des conditions -notamment financières- différentes. Il s'ensuit que ce préjudice s'analyse en une perte de chance. Or, la cour d'appel n'est saisie d'aucune demande sur ce fondement juridique* ».

La seconde lecture est littérale.

Il en ressort que la cour d'appel a opéré des distinctions entre :

- . les frais d'huissierie et les travaux de mise en conformité qu'elle a rejetés pour défaut de lien de causalité et de preuve ;

. le préjudice financier au sein duquel elle a opéré une sous-distinction entre, d'un côté, le remboursement des apports d'associés et les frais d'avocat qu'elle a rejetés respectivement pour défaut de preuve et confusion avec les frais irrépétibles, et d'un autre côté, le coût du prêt ;

. la perte d'exploitation.

Selon cette seconde lecture, seuls sont rattachables à la perte de chance, le coût du prêt et la perte d'exploitation.

Le dispositif de l'arrêt énonce en effet :

. « *Dit que le préjudice subi par la SCI Les Baobabs s'analyse en une perte de chance et constate que cette société n'a formulé aucune demande indemnitaire sur ce fondement ;*

. *REJETTE les demandes indemnitaires formées par la SCI Les Baobabs à l'encontre de la SCP Cassou de Saint Mathurin, Meinard, Passarini et Maitrehut, notaire, au titre de frais d'huissier, de travaux de mise en conformité, de remboursement d'apports d'associés et d'honoraires d'avocats* », soit les quatre postes qui ont été rejetés pour des motifs particuliers.

Pour compliquer encore les choses, si le premier moyen s'attaque clairement aux motifs de l'arrêt relatifs aux frais d'huissier et aux travaux de mise en conformité, le second moyen est moins lisible.

Celui-ci reproche en effet à l'arrêt d'avoir rejeté les demandes indemnitaires à l'encontre de la société notariale « *au titre du remboursement des apports d'associés et des honoraires d'avocats* » tout en lui faisant grief, ensuite, dans ses deux branches, d'avoir débouté la SCI de ses demandes indemnitaires « *au titre de son préjudice financier et de sa perte d'exploitation* ».

Pour sortir de cette difficulté, et pour concilier le dispositif de l'arrêt et les moyens, je vous propose d'adopter une troisième lecture qui revient à distinguer, d'une part, les frais d'huissier et les travaux de mise en conformité, qui font l'objet du premier moyen et, d'autre part, le préjudice financier correspondant au coût du prêt, ainsi que la perte d'exploitation qui sont visés par le second.

Il convient, sous le bénéfice de ces observations, d'examiner le bien-fondé des moyens proposés, seul le second était de nature à retenir votre attention.

3.2 Sur le premier moyen

3.2.1 Sur la première branche

Pour les raisons parfaitement expliquées dans le rapport initial, qui n'ont pas fait l'objet d'observations, il n'y a lieu à statuer par une décision spécialement motivée sur la première branche du premier moyen, celle-ci n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

3.2.2 Sur les deuxième et troisième branches

A l'appui de ses demandes en indemnisation au titre des frais d'huissier et de travaux de mise en conformité, la SCI a fait valoir que :

« pour que le hangar puisse être exploité, mais seulement comme hangar, conformément aux règles édictées par le PPRT, la SCI devrait encore procéder à des aménagements complémentaires dont notamment la mise en place d'huissieres dont le coût est de 49 985 euros HT selon devis établi par la société PMA outre 30 000 euros HT pour des aménagements nécessaires » (conclusions p. 40).

S'agissant des frais d'huissier, la cour d'appel énonce qu' « en tout état de cause (...) la SCI n'ignorait pas que son projet immobilier était compromis et si elle [les] a engagés, c'est en parfaite connaissance de cause, en sorte que ces dépenses doivent rester à sa charge » (p. 5, avant dernier alinéa).

Concernant les travaux de mise en conformité, elle relève que « la SCI verse aux débats une attestation non datée de Mme [B] [H], architecte, par laquelle celle-ci indique que le prix de l'aménagement de la salle de confinement nécessité par le plan de prévention des risques technologiques, dépense non prévue à l'origine, s'élève à environ 30 000 euros HT » (p. 5 dernier alinéa).

Je vous invite à juger que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a pu déduire de ses constatations que les préjudices allégués n'étaient pas consécutifs aux manquements imputables à la société notariale, et à écarter ainsi les deuxième et troisième branches.

3.3 Sur le second moyen

Ce moyen pose la question de savoir si le juge est tenu, ou non, de réparer le préjudice résultant d'une perte d'une chance dont il constate l'existence, alors qu'il n'est pas saisi d'une demande d'indemnisation sur ce fondement.

Avant de proposer une réponse, il convient d'examiner les notions, d'une part, de perte de chance, et, d'autre part, d'office du juge et de principe dispositif.

Les paragraphes 3.3.1 et 3.3.2 qui suivent sont communs aux paragraphes 3.2.1 et 3.2.2 de l'avis sur le pourvoi n° 22-21.812.

3.3.1 La perte d'une chance

La perte d'une chance, d'origine prétorienne, est une « *curiosité française* »¹, même si des notions voisines sont également en usage dans d'autres systèmes juridiques ², y compris de common law ³.

Elle est reconnue par le droit de l'Union et a été définie, en droit interne, par la jurisprudence et par la doctrine qui a mis en évidence sa nature composite.

3.3.1.1 La jurisprudence de l'Union

La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît l'existence de la perte d'une chance en matière de marchés publics et laisse à chaque Etat membre le soin d'en définir le régime juridique.

Ainsi : CJUE, 6 juin 2024, *Ingsteel*, affaire n° C-547/22 :

« (...) si un préjudice peut résulter de la non-obtention, en tant que telle, d'un marché public, il y a lieu de constater que, dans un cas tel que celui identifié au point précédent, il est possible pour le soumissionnaire ayant été illégalement évincé de subir un préjudice distinct, lequel correspond à l'opportunité perdue de participer à la procédure de passation concernée en vue d'obtenir ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2023, *United Parcel Service/Commission*, C-297/22 P, EU:C:2023:1027, point 69) (...) » (point 39).

« Partant, l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que les dommages et intérêts que les personnes lésées par une violation du droit de l'Union en matière de marchés publics peuvent demander au titre de cette disposition sont susceptibles de couvrir le préjudice subi du fait d'une perte de chance » (point 44).

« Il convient, toutefois, de relever que, si cet article 2, paragraphe 1, sous c), impose que des dommages et intérêts puissent être accordés aux personnes lésées par une violation du droit de l'Union en matière de marchés publics, il appartient, en l'absence de dispositions de l'Union en ce domaine, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères sur la base desquels le dommage résultant de la perte d'une chance de participer à une procédure de passation d'un marché public en vue d'obtenir ce dernier doit être constaté et évalué, pour autant que les principes

¹ Selon l'expression de P. Jourdain, RTD Civ. 2013, p. 380

² Belgique, Suisse, Pologne cités par J. Boré, JCP G 1974, I, 2620

³ Canada, Grande-Bretagne et Etats-Unis. Plus particulièrement, le juge anglais admet la perte de chance de gains économiques à la suite de la faute commise par un avocat (voir les décisions *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] 1 WLR 563 et *Allied Maples v Simmons and Simmons* [1995] 1 W LR 1602) mais ne la reconnaît pas en matière médicale où prévaut la logique du « tout ou rien » (voir *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] AC 750 et *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176)

d'équivalence et d'effectivité sont respectés (voir, en ce sens, arrêt du 9 décembre 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a., C-568/08, EU:C:2010:751, point 90 ainsi que jurisprudence citée) » (point 45).

Aucun arrêt significatif de la Cour européenne des droits de l'homme n'a été trouvé dans le domaine de la perte de chance, laquelle semble cependant admise implicitement ⁴.

3.3.1.2 La jurisprudence interne

La perte de chance trouve sa place entre le dommage futur certain, qui est réparable, et le dommage éventuel, qui ne l'est pas ⁵, et permet ne pas laisser au bord du chemin les victimes qui ont subi un préjudice qui se situe dans cet espace intermédiaire.

Elle emprunte à la réparation intégrale et au préjudice final dont elle est à la fois dépendante et autonome.

Qualifiée de protéiforme, d'ambigüe, de complexe ⁶, c'est une notion hybride qui répond à un régime juridique qui lui est propre.

Elle a été adoptée par les deux ordres juridictionnels.

A) La jurisprudence judiciaire

La perte de chance a été introduite dans notre ordonnancement juridique à la fin du 19^e siècle par deux arrêts de la chambre des requêtes du 17 juillet 1889 (S. 1891.1. p. 399) et du 17 juillet 1899 (S.1899,1, p. 272), seul le second employant le mot chance ⁷.

La Cour de cassation en a ensuite progressivement défini les contours.

Elle l'a ainsi distinguée du préjudice éventuel et hypothétique (2^e Civ. 13 juillet 1961, B.579), l'a soumise aux exigences du dommage certain et actuel, apprécié au jour de la décision qui fixe la réparation mise à la charge du responsable (1^{re} Civ. 11 mai 1964, B.245, Crim., 23 novembre 1971, pourvoi n° 71-92.943, Bull. 317 et 1^{re} Civ.,

⁴ CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, n°21497/93

⁵ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédé, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 14^e éd. n° 219-2

⁶ Cité par C. Corgas-Bernard, perte de chance et responsabilité médicale, Petites Affiches, 31 octobre 2012, n°218, p. 38

⁷ « la faute de l'huissier qui, par une signification irrégulière de l'arrêt d'admission entraîne la déchéance du pourvoi, prive son client d'une chance de cassation de l'arrêt attaqué, et lui occasionne un préjudice actuel et certain, dont le quantum seul reste à déterminer »

19 décembre 2013, pourvoi n° 13-11.807, Bull. 2013, I, n° 254), et qui, bien que futur, présente un degré de certitude suffisant pour être susceptible d'évaluation (2^e civ. 20 décembre 1966, B.979).

Par un arrêt du 18 mars 1975 (pourvoi n° 74-92.118, B.079), la chambre criminelle a jugé que :

« L'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine ».

Cette formule a été affinée ensuite par la première chambre civile qui, le 21 novembre 2006 (pourvoi n° 05-15.674, Bull. 2006, I, n° 498), a donné de la perte de chance la définition suivante, adoptée depuis par les autres chambres de la Cour : « Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ».

Si la faute n'a pas fait perdre, de façon certaine, à la victime une éventualité favorable (même arrêt) ou si cette éventualité favorable est nulle (1^{re} Civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 11-14.234, Bull. 2012, I, n° 47), la perte de chance est inexistante.

C'est ce que signifie la formule négative suivante : *« une réparation ne peut être allouée au titre d'une perte de chance d'éviter le dommage qu'en l'absence de certitude que, si la faute n'avait pas été commise, le dommage ne serait pas survenu »* (1^{re} Civ., 1 juin 2022, pourvoi n° 20-18.595, 20-16.909).

Il en est de même si l'aléa cède à la certitude, autrement dit si, même en l'absence de faute, le dommage se serait de toute façon produit.

C'est le cas à propos d'un manquement d'un notaire à son obligation d'information, ou de l'avocat à son obligation de conseil lorsqu'il apparaît que même dûment informés le client aurait renoncé à l'opération et n'aurait pu bénéficier d'une solution alternative favorable (1^{re} Civ., 11 janvier 2023, pourvoi n° 21-18.247 ; 1^{re} Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-13.014).

C'est ce qu'avait fait valoir, en l'espèce, M. Onraed, à titre principal dans ses conclusions d'appel.

A l'inverse, lorsqu'il est certain que, dûment informé ou conseillé, le client aurait certainement pris la décision lui permettant d'éviter le préjudice, c'est l'intégralité du préjudice qui doit être réparé (1^{re} Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-11.374, Bull. 2009, I, n° 43 ; 1^{re} Civ., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-29.758, Bull. 2015, I, n° 323 ; 3^e Civ., 2 février 2022, pourvoi n° 21-10.193).

C'est ce qu'avait fait valoir, en l'espèce, la société Unipatis, dans ses conclusions d'appel.

La perte de chance, admise dans les domaines contractuel et délictuel, allie donc certitude et incertitude.

La faute ou le manquement doivent avoir causé, de façon certaine, la perte de la possibilité d'un évènement favorable ou d'éviter un évènement défavorable, la survenance de cet évènement étant affectée, en revanche, d'un aléa, autrement dit, d'une chance.

Jusqu'à une période récente, la Cour de cassation retenait que la chance perdue devait être réelle et sérieuse pour être indemnisable.

Mais cette jurisprudence était critiquée au regard de la difficulté d'appréciation de ces critères qui provoquait des divergences et des contradictions entre les cours d'appel.

Désormais, toute perte de chance, même faible, ou minime, ouvre droit à réparation (1^{re} Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-14.439, Bull. 2013, I, n° 2 ; Com., 13 mai 2014, pourvoi n° 13-11.758 ; 1^{re} Civ., 12 octobre 2016, pourvoi n° 15-26.147, 15-23.230, Bull. 2016, I, n° 191).

Les domaines d'application sont multiples.

Deux peuvent être mis en exergue : la responsabilité médicale et le manquement des professionnels du droit à leur obligation de conseil et d'information.

Ajoutons que la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (voir notamment : 1^{re} Civ., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.314, Bulletin civil 2002, I, n° 116 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-42.741, Bull. 2011, V, n° 119 ; Com., 21 juin 2017, pourvoi n° 15-17.059).

Les juges du fond apprécient souverainement :

. les éléments de preuve et de fait dont ils déduisent l'existence, le quantum du préjudice, et la part de responsabilité qui incombe à chacun dans la production du dommage (1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-20.755, 08-21.692, Bull. 2010, I, n° 19) ;

. la quotité de perte de chance subie par la victime, c'est à dire le degré de l'aléa, (1^{re} Civ., 12 novembre 1985, pourvoi n° 84-12.759, Bulletin 1985 I n° 298 ;

1^{re} Civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-10.909, Bull. 2005, I, n° 400 ; 1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-10.935, 11-11.237, Bull. 2012, I, n° 68 ; 1^{re} Civ., 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-24.126, 13-12.236), ainsi que l'évaluation de l'indemnité qui doit lui être

accordée, selon la méthode de calcul qu'ils choisissent (2^e Civ., 3 octobre 1990, pourvoi n° 89-15.929).

Mais la Cour de cassation exerce un contrôle sur le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage (1^{re} Civ., 17 juin 2015, pourvoi n° 13-19.762; 1^{re} Civ., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-14.375) ainsi que sur la caractérisation de la disparition de l'éventualité favorable (1^{re} Civ., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-17.757).

B) La jurisprudence administrative

Le Conseil d'Etat a admis, à son tour, la notion de perte de chance au début des années 1920 dans le contentieux des permis de stationnement et des permissions de voirie (CE, 14 janvier 1921 *Sieur Rabé*, p. 49 ; 10 mars 1933, *Sieur Rouasse* p. 301) puis dans celui de la fonction publique (CE, 3 septembre 1928 *Bacon* p. 1035) avant d'en ouvrir le champ à de nombreux domaines de la responsabilité administrative (CE, 13 mai 1970 *Monti*, p. 322 ; 18 juin 2003 *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, n° 249630, aux tables)⁸.

Mais la jurisprudence du juge administratif diffère sensiblement de celle de son homologue judiciaire en ce qu'elle renonce à procéder à un « *calcul probabiliste* » pour mesurer l'ampleur de la chance perdue au profit d'une logique binaire selon laquelle soit la chance est sérieuse d'éviter un dommage, et l'indemnisation porte alors sur l'entier préjudice (ex. réparation de l'intégralité du manque à gagner : CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, n° 314075, au recueil), soit elle ne l'est pas, et le dommage n'est qu'éventuel, de sorte que la victime ne peut prétendre à aucune réparation (ex. CE 25 novembre 1998, *Mme [X...]*, n° 181664, aux tables).

Mme Grossholz, magistrat administratif, souligne que « *traditionnellement, en droit administratif, lorsque la chance perdue est jugée suffisamment sérieuse, c'est la non-réalisation de la situation favorable ou, au contraire, la réalisation de la situation défavorable, qui fait l'objet de la réparation. La réparation, intégrale, porte non pas sur la chance perdue, mais sur la situation dommageable subie. Réciproquement, si la chance perdue n'est pas jugée suffisamment sérieuse, toute réparation est exclue. Cette méthode diverge d'avec celle suivie par le juge judiciaire en présence d'une perte de chance, qui repose sur un raisonnement probabiliste aboutissant à une réparation pour la fraction correspondant à la probabilité de réalisation de la chance perdue (...). Le juge administratif est en effet traditionnellement réfractaire à un tel raisonnement probabiliste, auquel il préfère la logique du " tout ou rien ", selon que la chance est jugée sérieuse ou non* »⁹.

⁸ cités dans les conclusions de T. Olson, CE, 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, n° 289328, au recueil

⁹ C. Grossholz, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Evaluation du préjudice, n° 88

Un domaine particulier échappe à ce raisonnement dualiste, celui de la responsabilité hospitalière lorsqu'un accident médical résulte d'un défaut d'information du patient sur les risques d'un traitement ou d'une information (CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, au recueil) ou d'un défaut ou d'un retard dans le diagnostic ou les soins (CE 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, n° 289328, au recueil).

Le Conseil d'Etat juge dans ce cas que « *le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel survenu, mais la perte d'une chance d'éviter ce dommage. La réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée en fonction de l'ampleur de la chance perdue* » (voir encore : CE 3 avr. 2009, *Centre hospitalier d'Avallon*, n° 301663, inédit et 12 juill. 2023, *Mme [D...]* n° 461819, inédit).

L'explication tient à ce qu'« *en matière hospitalière, la situation finale est connue et le seul point en débat est de savoir si la faute médicale a effectivement privé le malade de la possibilité de voir son état s'améliorer. La notion de perte de chance a donc un contenu spécifique en matière médicale* »¹⁰

3.3.1.3 La doctrine

A) Celle-ci explicite le concept de perte d'une chance de la façon suivante :

. « (...) sont ainsi indemnisables, en fonction de leur probabilité, les avantages dont la victime aurait peut-être pu bénéficier si elle n'avait pas été affectée par le dommage. Alternativement, elle sera indemnisée des pertes qu'elle aurait peut-être pu éviter si la faute n'avait pas été commise, ce qui est souvent invoqué en cas de manquement à une obligation précontractuelle d'information ; encore faut-il que le risque se soit réalisé entre-temps, à défaut de quoi la chance de l'éviter n'est pas encore perdue »¹¹ ;

. « (...) Il doit surtout, comme tout autre préjudice, répondre à l'exigence de certitude. Or celle-ci implique 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 »¹² ;

¹⁰ Conclusions N. Escaut, CE 25 déc. 2009, commune de Courtenay, n° 298918, aux tables

¹¹ P. Stoffel-Munck, L. Aynès, Ph. Malaurie, *Droit des obligations*, 13^e éd. Lextenson, n° 160

¹² P. Jourdain, *RTD Civ.* 2013, p. 380

. « La distinction précédente entre préjudice futur certain entièrement réparable et préjudice éventuel aucunement réparable apparaît quelquefois brutale dans des hypothèses où l'éventualité est trop sérieuse pour être négligée mais pas assez pour être tenue pour certitude. Aussi, pour éviter ce système du « tout ou rien », la jurisprudence a-t-elle introduit une notion permettant de prendre une décision intermédiaire : la notion de « perte d'une chance ». Cette notion est utilisée lorsque l'existence ou l'étendue du préjudice dépendait d'un événement aléatoire auquel la victime n'a pu participer : par exemple le propriétaire d'un cheval empêché de courir par un accident ; le candidat à un examen empêché de se présenter ; le plaideur empêché de soutenir son procès par une erreur de procédure de son avocat ; le parieur privé des chances de gagner par la faute du jockey.

Si la chance perdue était très incertaine, on disait traditionnellement que le préjudice était éventuel et non réparable : ainsi un enfant de 9 ans accidenté ne peut invoquer la perte d'une chance d'accéder à une situation rémunératrice. L'idée que soit réparable une chance même faible, qui était parfois avancée, parfois repoussée au profit de l'exigence d'une chance « raisonnable », a gagné du terrain jusqu'à inclure la chance « même minime » ou « non hypothétique » : c'est désormais « toute perte de chance » qui doit être réparée » ¹³.

B) La doctrine met aussi en lumière la nature composite de la perte de chance

Plusieurs auteurs soulignent l'autonomie et la dépendance à la fois de la perte d'une chance par rapport au préjudice final dont elle constitue une réparation partielle.

Ainsi Mme Viney décrit son caractère « spécifique et autonome par rapport au dommage final » tout en relevant que « l'indemnisation de la perte de chance est soumise au principe de la réparation intégrale, mais, comme celui-ci oblige à tenir compte de tous les éléments du dommage, les juges ne peuvent éviter de prendre en considération l'aléa qui affecte la réalisation de la chance perdue » ¹⁴.

Mme Carval, commentant l'arrêt du 18 septembre 2008 (pourvoi n° 06-17.859, Bull. 2008, I, n° 204), estime également que « la notion de chance, théoriquement distincte de la perte ou du gain auxquelles elle se rapporte, possède avec eux des liens si étroits qu'elle n'est jamais qu'une fraction de ces mêmes préjudices. Son autonomie est donc très relative (...) » ¹⁵.

¹³ A. Benabent, Droit des obligations, Lextenso, 20^e éd., n° 677

¹⁴ G. Viney, traité de droit civil, LGDJ, 2^e éd. n° 284

¹⁵ S. Carval, revue des contrats, janvier 2009, n° 1 p.104

De même Mme Corgas, dans son commentaire sur l'arrêt 1^{re} Civ., 6 octobre 2021, pourvoi n° 20-13.526, écrit que « *la réparation intégrale n'est pas antinomique de la perte de chance. Indemniser une perte de chance équivaut à réparer entièrement le préjudice subi* » ajoutant, comme Mme Viney, que « *la perte de chance est un préjudice autonome, au même titre que d'autres préjudices, bien qu'original puisque ses contours et son quantum sont une portion des préjudices subis par le demandeur (...); il n'en conserve pas moins une existence propre* »¹⁶ .

Elle ajoute, à propos de la perte de chance dans le domaine de la responsabilité médicale que « *la perte de chance ne peut se concevoir sans le dommage final. Son existence, comme son régime, sont entièrement tributaires de ce dernier. Il est topique à cet égard que la perte de chance ne figure pas comme un préjudice à part entière dans la nomenclature de préjudices dite Dintilhac. Elle n'apparaît que secondairement dans le cadre du poste incidence professionnelle* »¹⁷ .

L'office du juge s'est adapté à la nature hybride de la perte de chance, laquelle a également des conséquences procédurales.

3.3.2 L'office du juge

Si le juge est libre de requalifier une demande de réparation de l'intégralité du préjudice en celle de perte d'une chance, dans les limites toutefois du principe dispositif, il a l'obligation de réparer cette dernière dès lors qu'il en a constaté l'existence

3.3.2.1 L'office du juge et le principe dispositif

Le principe dispositif, ou principe de la libre disposition, mis en lumière par le professeur Motulsky au début des années 1960, et dont la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu l'importance dans un arrêt du 14 décembre 1995¹⁸, signifie que les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse, en ce qu'elles fixent les éléments du litige composés de l'objet, des faits, et de la preuve de ceux-ci.

Le juge, à qui il appartient de dire le droit en vertu du principe hérité du droit romain de la juridiction (*juris-dictio*)¹⁹, est tenu de trancher « *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » comme le lui prescrit l'article 12, alinéa 1^{er} du code de procédure civile.

¹⁶ C. Corgas, semaine juridique notariale et immobilière, n° 29, 22 juillet 2022, 1197

¹⁷ Article paru dans les Petites Affiches cité dans la note 9

¹⁸ CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel*, C-430/93 et C-431/93

¹⁹ Selon ce principe le juge connaît le droit (*jura novit curia*),

Plus précisément, aux termes de l'alinéa 2 de ce même article « il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

Il doit toutefois veiller à fonder sa décision que sur les faits qui sont dans le débat (article 7, alinéa 1^{er} du code de procédure civile), sachant que « *parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* », appelés faits adventices (même article, alinéa 2).

Dans son arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007, dit *Dauvin*, (pourvoi n° 06-11.343, Bull. 2007, Ass. plén., n° 10), la Cour a jugé que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

Dans son rapport, D. Loriferne vous invitait à adopter cette décision en s'interrogeant dans ces termes :

« *Peut-on alors imposer au juge une obligation de relever d'office le "bon moyen" de droit que n'a pas présenté l'avocat, ce qui suppose de la part du magistrat une infaillibilité qui n'est pas exigée du conseil, et que dément l'existence des voies de recours précisément ouvertes pour réparer ses éventuelles erreurs ?*

Et s'il s'avère qu'il ne l'a pas fait, pourra-t-on engager la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire ? ».

Il citait le professeur Normand : « *En droit, les parties ont toute latitude de situer leurs prétentions sur le terrain juridique de leur choix, d'invoquer, en demande ou en défense, les moyens de droit judiciaire ou de droit substantiel qu'elles croient justifiés.*

D'exercice tantôt obligatoire, tantôt facultatif, le pouvoir d'initiative du juge remplit à la vérité une fonction de suppléance. Là où l'exercice de ce pouvoir étant facultatif, le juge s'abstient d'en faire usage, la partie que cela dessert parce qu'elle se trouve, de ce fait, déboutée ou condamnée, peut-elle lui reprocher sérieusement de n'avoir pas vu ce qu'elle n'avait pas elle-même remarqué ?²⁰ .

²⁰ M. Normand : « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »; RTD Civ. 1996, p. 689

La Cour a donc distingué actes et faits d'une part, et objet d'autre part, en retenant que la requalification des premiers étaient obligatoire, tandis que celle du second était facultative.

Aux termes de l'article 4 du code de procédure civile « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

Cet objet peut être défini comme « la fin vers laquelle tend la demande en justice, le résultat recherché (Motulsky parlait du résultat économique et social). Peu importe que le demandeur habille juridiquement sa demande par des notions juridiques connues (...) ; il recherche un certain résultat et l'objet de la demande, c'est cela, rien de plus, car il revient au juge de qualifier et de requalifier au besoin les faits et actes litigieux à condition (...) de ne pas modifier le résultat recherché, de ne pas modifier les faits, et de soumettre ses initiatives au respect de la contradiction »²¹.

« La notion d'objet est assez souple, en jurisprudence, pour permettre des accommodements avec les dispositions des articles 4 et 5, tant en ce qui concerne les pouvoirs des juges du fond que le contrôle exercé par la Cour de cassation. L'essentiel, pour qu'il n'y ait pas de modification de l'objet du litige, est que le juge ne modifie pas le résultat économique et social recherché par les parties (...) »²².

3.3.2.2 Les conséquences du caractère hybride de la perte de chance sur l'office du juge

A) Le juge judiciaire a la faculté de requalifier l'objet de la demande d'indemnisation en perte d'une chance

1) Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que :

. la demande en réparation intégrale du préjudice et celle en indemnisation de la perte d'une chance ont le même objet, au sens de l'article 4 du code de procédure civile, en ce qu'elles tendent aux mêmes fins, ce qui illustre la dépendance de la perte de chance par rapport au préjudice final ;

. lorsque le juge décide de réparer la seconde alors que seule la première lui a été demandée il opère une requalification, au sens de l'article 12, alinéa 2, du même code, du préjudice.

Dans ce cas, il ne méconnaît pas l'article 12 mais, au cas où il ne sollicite pas les observations des parties, l'article 16 sur lequel nous reviendrons et qui démontre, cette fois, l'autonomie de la perte de chance sur certains points.

²¹ S. Guichard, F. Ferrand, C. Chainais, procédure civile, précis Dalloz, 29^e éd. n°633

²² S. Guichard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, procédure civile, Lefevre Dalloz, 8^e éd. n° 744

Quatre arrêts l'illustrent :

. 1^{re} Civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 06-17.859, Bull. 2008, I, n° 204 :

« Attendu que X fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir partiellement accueilli sa demande principale en condamnant Z à l'indemniser au titre d'une perte de chance » ;

« Mais attendu que la cour d'appel, statuant sur les demandes et éléments de fait qui étaient dans le débat, a décidé que si le manquement de Z à son devoir de conseil pour n'avoir pas informé X de ce que l'assurance assortissant le prêt ne garantissait pas le risque invalidité permanente l'avait privée de la possibilité de s'adresser à d'autres assureurs, ceux-ci, s'ils avaient accepté de garantir ce risque, lui auraient alors réclamé un supplément de prime qui aurait pu lui faire renoncer à cette garantie ; qu'ainsi, sans méconnaître l'objet du litige ni le principe de la contradiction, elle a considéré que le préjudice imputable s'analysait en une perte de chance qu'elle a souverainement évalué (...) » ;

. Com., 8 juillet 2014, pourvoi n° 12-25.754 : *« Vu l'article 16 du code de procédure civile ;*

Attendu que pour limiter le montant des dommages-intérêts alloués à la société X, l'arrêt retient que celle-ci a été privée d'une chance de percevoir les loyers dont elle aurait pu bénéficier si un bail commercial avait été conclu pour l'exploitation du second fonds de commerce créé dans les locaux loués par la société Z ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'était pas soutenu que le préjudice subi par la société X consistait en la perte d'une chance, la cour d'appel, qui a relevé d'office le moyen tiré de l'existence d'un tel préjudice, sans inviter au préalable les parties à s'expliquer sur ce point, a violé le texte susvisé » ;

. 1^{re} Civ., 17 février 2016, pourvoi n° 15-10.009 : *« Vu l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;*

Attendu que, pour rejeter la demande dirigée contre les notaires, l'arrêt retient que ceux-ci ont manqué à leur devoir d'information et de conseil à l'égard des consorts X (...) mais qu'aucun des postes de préjudice qu'ils invoquent (...) ne présente de lien de causalité avec la faute retenue, laquelle n'a fait perdre aux demandeurs qu'une chance de renoncer à l'acquisition de l'immeuble litigieux ou de l'acquérir à moindre prix ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant requalifié le préjudice, elle avait constaté l'existence d'une perte de chance qu'elle ne pouvait laisser sans réparation, après avoir invité les parties à s'expliquer de ce chef, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ;

.1^{re} Civ., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-18.585 : « Vu les articles 4, premier alinéa, et 5 du code de procédure civile :

Aux termes de ces textes, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties et le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ;

Il en résulte que le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée ».

2) La faculté de requalification laissée au juge judiciaire se distingue de l'obligation qui pèse sur son homologue administratif :

. CE, 25 mars 2016, Mme [A...], n° 386199, aux tables :

« Qu'en se bornant ensuite à affirmer, pour rejeter les conclusions indemnitaires de Mme [A...], que le préjudice qu'elle aurait subi ne pouvait être regardé comme la conséquence du vice dont ces décisions étaient entachées, sans rechercher si l'irrégularité de la procédure de promotion n'avait pas entraîné pour Mme [A...] de perte de chance sérieuse d'être nommée à la classe exceptionnelle des professeurs de l'ESPCI, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit » ;

. CE, 14 déc. 2023, Communauté de communes de la vallée d'Ossau, n° 466747, inédit :

« Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Paris s'est bornée à affirmer que la communauté de communes de la vallée d'Ossau n'avait pas subi de perte de chance de percevoir une fraction de la redevance au motif, d'une part, qu'une personne publique peut renoncer à conclure une concession dont elle a engagé la procédure de passation pour un motif d'intérêt général ou lorsqu'aucune offre acceptable n'a été présentée et, d'autre part, que le taux de redevance mentionnée à l'article L. 523-2 du code de l'énergie dépend de l'équilibre économique de la concession. En statuant ainsi, sans rechercher si, au regard de l'ensemble des faits propres à l'espèce, la communauté de communes avait perdu une chance sérieuse de percevoir une part de cette redevance, la cour a commis une erreur de droit ».

M. Roussel, rapporteur public de la décision CE 20 janv. 2023, M. et Mme [B...] n° 68190, aux tables, explique que cette jurisprudence « découle de la circonstance que devant le juge judiciaire, le procès est davantage que devant vous la chose des parties, qui peuvent en fixer plus librement les termes. En vertu du principe de l'indisponibilité du litige, désormais posé à l'article 5 du code de procédure civile, le juge doit ainsi " se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ".

3) Les limites de la faculté de requalification du juge judiciaire

Si le juge a le pouvoir de changer la dénomination de la demande, il ne peut y procéder qu'en respectant « les limites factuelles de la prétention ». Il doit donc « veiller à ce que la nouvelle qualification s'accorde avec les faits allégués »²³.

Ceci explique le sens de plusieurs arrêts, dont certains sont cités par le mémoire en défense, qui peuvent apparaître contradictoires avec la jurisprudence qui laisse au juge la faculté de requalification, alors qu'en réalité ils ne le sont pas.

S'agissant de cassations pour modification de l'objet du litige au visa de l'article 4 du code de procédure civile, signalons celles :

. d'une décision qui, pour allouer une indemnité à un automobiliste victime d'un accident de la circulation provoqué par l'éclatement d'un pneu, avait retenu que « *la faute de la société de contrôle technique lui avait perdu une chance d'éviter d'acquérir le véhicule présentant un vice caché* », alors que cet automobiliste « *demandait la réparation des préjudices résultant de l'accident en faisant valoir que celui-ci était la conséquence de la faute commise par [cette] société* » (2^e Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-17.128) ;

. d'un arrêt, qui, pour condamner un avocat au paiement d'une somme de dommages-intérêts énonce que, par la faute de l'avocat, son client « *avait perdu la chance d'obtenir une indemnité en compensation de son préjudice moral et financier* » alors que « *l'intéressé invoquait à titre de préjudice moral et financier, non une simple perte de chance, mais les difficultés économiques et personnelles rencontrées à l'occasion des procédures, nombreuses et coûteuses, qui ont été engagées* » (1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-15.112) ;

. d'un arrêt qui « *pour condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour perte de chance d'évolution professionnelle* » a retenu que « *celui-ci a manqué à l'engagement de tenir des entretiens annuels d'évaluation, entretiens à l'issue desquels la salariée aurait pu obtenir l'attribution de points d'évolution et entretiens qui doivent pourtant être également tenus alors que l'agent est en détachement dans une autre administration, en fonction des appréciations faites par les autorités extérieures* », alors que « *la salariée demandait une reconstitution de carrière et le paiement de rappels de salaire* » (Soc., 2 novembre 2016, pourvoi n° 15-22.043).

S'agissant, à l'inverse, du rejet d'un pourvoi, citons :

. Soc., 15 février 2023, pourvoi n° 21-17.455 (cité par le mémoire en défense) : « *Le salarié ayant demandé le paiement d'un rappel de salaire au titre du bonus et des*

²³ Rapport de S. Brinet sur le pourvoi n° 15-22.043

congrés payés afférents, c'est sans méconnaître les termes du litige que la cour d'appel a retenu qu'il ne sollicitait pas l'allocation de dommages-intérêts en réparation de la perte d'une chance de percevoir un élément de rémunération ».

De la même façon, l'absence de lien de causalité entre la faute reprochée et la perte de chance alléguée peut justifier le rejet des demandes de ce chef :

. 1^{re} Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 12-21.395 : « la cour d'appel, qui ne pouvait aller au-delà des demandes dont elle était saisie, a légalement justifié sa décision en retenant que le préjudice dont les époux X demandaient réparation, lequel correspondait à la différence entre le prix d'acquisition de leur fonds et le prix auquel ils l'avaient revendu, ne découlait pas du manquement de la banque à son devoir de mise en garde contre le risque d'endettement »;

. 3^e Civ., 16 mars 2023, pourvoi 21-18.731 (cité par le mémoire en défense) : rejet non spécialement motivé, le conseiller rapporteur ayant écrit, dans son avis, que la cour d'appel a pu déduire de ses constatations, « sans modifier l'objet du litige, ni, en dépit de la maladresse d'expression critiquée par la cinquième branche, refuser de réparer un préjudice dont elle aurait constaté l'existence, que, faute de lien de causalité entre la faute reprochée à l'architecte et les préjudices allégués, les demandes de la société X ne pouvaient être accueillies ».

B) Le juge judiciaire qui a requalifié l'objet de la demande d'indemnisation en perte d'une chance doit réparer le préjudice qui en découle

Par l'effet du principe de la réparation intégrale, la victime d'un préjudice a droit à son entière réparation, laquelle doit être ordonnée par le juge saisi dès lors que la l'existence du dommage est constatée en son principe ²⁴.

La jurisprudence est constante tant en matière contractuelle que délictuelle et se fonde sur les articles 1382 devenu 1240, ou 1147 devenu 1231-1, ou 4 du code civil lequel interdit au juge de refuser de juger, « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » sauf à « être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Ainsi, peuvent être cités :

. Sur l'article 4 : 3^e Civ., 6 février 2002, pourvoi n° 00-10.543, Bulletin civil 2002, III, n° 34 ; 2^e Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-13.845 ; Com., 26 septembre 2006, pourvoi n° 04-18.413 ; 2^e Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-14.964, Bull. 2007, II, n° 76 ; Y_f_Ô! 3^e Civ., 9 mars 2023, pourvoi n° 21-13.646; 1^{re} Civ., 19 avril 2023, pourvoi n° 22-14.376 ;

²⁴ Rapport d'Y. Breillat sur le pourvoi n° 0820312, p. 8

. Sur l'article 1382 ancien du code civil : 2^e Civ., 17 mars 1993, pourvoi n° 91-17.345, Bulletin 1993 II N° 118 ; 3^e Civ., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.775

. Sur les articles 4 et 1382 ancien : 2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.312;

. Sur l'article 1147 : 2^e Civ., 4 janvier 2006, pourvoi n° 04-15.280, Bull. 2006, II, n° 2 ; 3^e Civ., 10 mai 2011, pourvoi n° 10-15.405 ;

. Sur les articles 4 et 1147 : Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 04-16.574 ; 1^{re} Civ., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-17.113 ; Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 04-16.574.

L'obligation d'indemniser le préjudice dont le juge a constaté l'existence s'applique à la perte d'une chance :

. Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 04-16.574

. 3^e Civ., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.775 : « *en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que X avait perdu une chance de réaliser sa garantie, la cour d'appel qui a ainsi refusé d'évaluer le dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe, a violé* [l'article 1382 du code civil] ;

. 1^{re} Civ., 3 février 2021, pourvoi n° 19-17.740 : « *en statuant ainsi, en refusant d'indemniser le préjudice des acquéreurs tiré de la perte de chance de bénéficier d'un avantage fiscal dont elle avait constaté l'existence en son principe, la cour d'appel a violé* [l'article 4 du code civil] ».

L'office du juge va même au-delà car, depuis dix ans, la Cour de cassation décide qu'il est tenu par l'obligation de réparation dans une telle hypothèse même si la victime a seulement demandé la réparation intégrale de son préjudice, sans solliciter, à titre subsidiaire, celui issu de la perte d'une chance :

. 1^{re} Civ., 17 juin 2015, pourvoi n° 14-17.440, au visa, classique, des articles 4 et 1382 du code civil :

Dans cette espèce, les époux X avaient réclamé au notaire qui avait manqué à son obligation de conseil et d'information, la différence de prix entre celui de la promesse de vente correspondant à la valeur d'un terrain à construire dont ils s'étaient portés acquéreurs, et celui, réel, du terrain qui ne pouvait qu'être à usage de jardin.

La cour d'appel les avait déboutés après avoir constaté que le préjudice résultant de la faute du notaire ne pouvait consister qu'en la perte d'une chance pour les époux X d'avoir renoncé à l'achat des parcelles ou de les avoir acquises à un moindre prix s'ils avaient été avertis de leur inconstructibilité, au motif que le préjudice en lien avec la faute du notaire ne correspondait pas à la différence de prix entre celui de la promesse de vente et la valeur réelle du terrain.

L'arrêt est cassé au motif que « la cour d'appel, qui a refusé d'évaluer le dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe, a violé les textes susvisés ».

. Com., 9 novembre 2022, pourvoi n° 21-11.753 : « Vu les articles 4 et 1147, devenu 1231-1, du code civil :

Il résulte de ces textes que le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée ;

Pour rejeter la demande d'indemnisation de X, l'arrêt, après avoir retenu que le préjudice résultant du manquement de la banque à son obligation d'information et de mise en garde s'analyse en une perte de chance d'échapper aux risques qui se sont réalisés et que la perte de chance est un préjudice distinct de celui qui résulte de la perte en raison des opérations effectivement réalisées, relève que X ne se prévaut d'aucun préjudice de perte de chance.

En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ;

. 1^{re} Civ., 1 mars 2023, pourvoi n° 21-25.868 : même principe au visa des articles 4 et 1382, devenu 1240, du code civil :

« Il résulte de ces textes, en premier lieu, que le juge ne peut refuser d'indemniser un préjudice dont il constate l'existence en son principe en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties, en second lieu, qu'il ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée » ;

. 1^{re} Civ., 25 septembre 2024, pourvoi n° 23-15.925 : même principe au visa des articles 4, alinéa 1er, du code de procédure civile et 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

« Il résulte de ces textes que le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée ».

3.3.2.3 Les conséquences de la nature hybride de la perte d'une chance sur le principe du contradictoire

L'identité d'objet entre demande de réparation intégrale et celle de perte d'une chance explique les hésitations de la jurisprudence sur l'application de l'article 16 du code de procédure civile.

Dans un premier temps, jusqu'en 2015, certains arrêts ont jugé que la requalification d'office n'imposait pas que soient recueillies les observations des parties : 1^{re} Civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-10.909, Bull. 2005, I, n° 400 (énonçant, en réponse au premier moyen, que les demandes et éléments de faits étaient dans le débat) ; 1^{re} Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.300 ; 3^e Civ., 2 juillet 2013, pourvoi n° 12-15.605 (énonçant que les circonstances de fait étaient dans le débat) ; Com., 31 mars 2015, pourvoi n° 14-11.012).

Ensuite la Cour, dans la totalité de ses décisions, a censuré les cours d'appel ayant requalifié d'office les demandes sans inviter les parties à présenter leurs observations (par exemple : 1^{re} Civ., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-12.479 ; 1^{re} Civ., 3 avril 2012, pourvoi n° 11-17.990 ; 3^e Civ., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-16.271, 2^e Civ., 7 novembre 2024, pourvoi n° 23-13.819).

Les raisons de cette évolution jurisprudentielle ne sont pas mentionnées dans les arrêts mais il peut être affirmé que le respect du principe du contradictoire impose d'obtenir les explications des parties sur les points qui caractérisent l'autonomie de la perte de chance, tels que l'incertitude de la survenance de l'événement favorable ou défavorable, le degré de l'aléa et les conséquences sur l'évaluation du préjudice.

3.3.2.4 Les conséquences procédurales potentielles de la nature hybride de la perte d'une chance

A) Les demandes nouvelles en appel

Selon les articles 564 et 565 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour d'appel de nouvelles prétentions lesquelles ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent.

Or les prétentions tendant à l'indemnisation de l'intégralité du préjudice et celles tendant à la réparation d'une perte de chance tendent aux mêmes fins et ont le même fondement juridique.

Si le cas se présentait, il devrait être jugé que les unes ne sont pas nouvelles par rapport aux autres, et que les unes sont donc recevables en appel même si les autres n'ont pas été présentées en première instance.

B) La concentration des moyens

La Cour, dans arrêt du 7 juillet 2006 dit *Cesaréo* (Ass. plén., 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.672, Bull. 2006, Ass. Plén., n° 8) a jugé qu'il incombait au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estimait de nature à fonder celle-ci et que le seul changement de fondement juridique

ne lui permettait plus d'engager un nouveau procès tendant aux mêmes fins, à raison des mêmes faits, et contre une même partie, sauf à se heurter à l'autorité de la chose jugée.

Il s'en déduit qu'une partie qui solliciterait la réparation intégrale de son préjudice à l'occasion d'un premier procès serait irrecevable, à l'occasion d'un second, à demander à raison des mêmes faits et contre un même adversaire, l'indemnisation d'une perte de chance et inversement.

3.3.2.5 L'irrecevabilité d'une première demande en cassation

Ajoutons qu'un moyen faisant grief aux juges du second degré de ne pas avoir recherché l'existence d'une perte de chance dont la réparation n'a pas été demandée en appel, est irrecevable comme nouveau et mélangé de fait et de droit en ce qu'il nécessite d'apprécier quelle aurait été la probabilité pour la victime, en l'absence de faute, d'obtenir un avantage ou d'éviter la survenance d'un dommage (Com., 15 février 2023, pourvoi n° 21-15.993; Com., 21 juin 2023, pourvoi n° 21-17.450).

3.3.2.6 La pratique des cours d'appel

L'étude menée sur plus de cinq cents arrêts de cours d'appel prononcés entre le 1^{er} juillet 2024 et le 1^{er} avril 2025 fait apparaître trois situations :

. lorsque le demandeur sollicite la réparation intégrale de son préjudice alors que le défendeur soutient qu'il n'a subi qu'une perte d'une chance, les juges du fond, s'ils retiennent la perte de chance, procèdent directement à son évaluation, considérant qu'elle était dans le débat (ex. Versailles, 6 mars 2025, n° 23/06580; Paris 5 mars 2025, n° 24/02548; CA Nîmes, 23 janvier 2025, n° 23/02033 ; CA Versailles, 21 nov. 2024, n° 22/00896) ;

. lorsque le demandeur sollicite la réparation intégrale de son préjudice, sans réaction du défendeur sur la perte de chance, il arrive que le juge soulève d'office le moyen tiré de cette dernière; il invite alors les parties à présenter leurs observations (ex. CA Paris, 20 mars 2025, n° 22/11818 et 17 janv. 2025, n° 23/01782) puis il indemnise (CA Grenoble, 18 mars 2025, n° 21/04124 ; CA Paris, 5 févr. 2025, n° 24/00343; CA Fort de France 21 janv. 2025, n° 23/00457; CA Pau 21 janv. 2025, n° 23/00733) ;

. lorsque le demandeur sollicite la réparation intégrale de son préjudice sans réaction du défendeur sur la perte de chance, il arrive que le juge d'appel relève la « *possibilité* » d'une perte de chance sans en constater l'existence et qu'il décide de débouter le demandeur en relevant qu'il n'est saisi d'aucune prétention de ce chef (CA

Paris 23 janvier 2025, n° 22/20148 ; CA Paris 20 mars 2025, n°22/16430 ; CA Versailles, 21 nov. 2024, n° 22/05432).

3.3.3 Au cas particulier

Le second moyen fait grief à l'arrêt d'avoir débouté la SCI de sa demande en indemnisation, d'une part, du préjudice financier correspondant au coût du prêt qu'elle a souscrit et, d'autre part, de la perte d'exploitation résultant des loyers non perçus de 2009 à 2021.

S'agissant du second chef de préjudice, la critique paraît vaine car, selon une jurisprudence constante, la victime ne peut obtenir le gain qu'elle escomptait de la conclusion contrat, en raison de l'absence de lien de causalité avec la faute du notaire.

Ainsi :

. En cas de manquement d'un notaire à son devoir de conseil, elle n'est pas fondée « à solliciter la réparation d'un manque à gagner sur une opération à laquelle, mieux informée, elle n'aurait pas donné suite, si ce n'est à ses risques, le préjudice allégué étant ainsi dépourvu de lien de causalité avec la faute du notaire (1^{re} Civ., 20 octobre 1992, pourvoi n° 91-11.554) ;

. « le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus » (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-10.834 ; et Com., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.658) ;

. « Violent les dispositions de l'article 1382 du code civil une cour d'appel qui, à la suite de l'annulation d'une vente, indemnise les acquéreurs au titre d'un manque à gagner et d'une plus-value potentielle alors que si le notaire avait satisfait à son devoir de conseil, les intéressés n'auraient pas donné suite à la vente, si ce n'est à leurs risques, en sorte que le préjudice allégué était dépourvu de lien de causalité avec les manquements relevés à l'encontre de l'officier ministériel » (sommaire de 1^{re} Civ., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-17.894, Bull. 2014, I, n° 119) ;

. « le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par celle d'obtenir les gains attendus » (Com., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.658).

Mais, s'agissant du premier chef de préjudice, la SCI reproche, à bon droit, à la cour d'appel de l'en avoir déboutée en retenant que sa demande indemnitaire « ne pouvait prospérer que sur le fondement de la perte de chance » mais qu'elle n'était « saisie d'aucune demande sur ce fondement juridique ».

En statuant ainsi, alors que, selon la jurisprudence constante précitée, sur laquelle il ne me paraît pas opportun de revenir en l'absence d'élément de droit nouveau, le juge est tenu d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage dont il constate l'existence en se fondant sur le fait que seule la réparation intégrale de ce dommage lui a été demandé, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 4, 1382 devenu 1240 du code civil.

Au regard de ce qui précède, je conclus au rejet du premier moyen et à la cassation de l'arrêt attaqué sur le second.