



**RAPPORT DE Mme BACACHE,
CONSEILLÈRE**

Arrêt n° 683 du 27 juin 2025 (B+R) – Assemblée plénière

Pourvoi n° 22-21.812

**Décision attaquée : Arrêt n° 21/00268 de la 1re chambre - 1re section
de la cour d'appel de Versailles en date du 21 juin 2022**

SARL Unipatis Production

C /

M. [T] [P]

Plan

1- Rappel des faits et de la procédure	p.2
2- Analyse succincte des moyens	p.3
3- Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger	p.4
4- Discussion	p.4
<i>I- Position du problème</i>	p.4
<i>A- Première question : perte de chance et objet du litige</i>	p.4
<i>B- Seconde question : La recevabilité du moyen</i>	p.8
<i>II- Eléments de réponse et pistes de réflexions</i>	p.9
<i>A- La nature de la perte de chance</i>	p.9
1) La jurisprudence	p.10
a) La perte de chance : un préjudice distinct du préjudice final	p.10
b) La perte de chance : un préjudice dépendant du préjudice final	p.16
2) La doctrine	p.19
a) La raison d'être de la perte de chance	p.19
b) La nature de la perte de chance	p.26
<i>B- Les principes relatifs à l'office du juge</i>	p.30
1) Le principe dispositif	p.31
a) Le sens du principe	p.31
b) L'assouplissement du principe	p.34
2) Le principe de juridiction	p.36
a) Le devoir de requalification des actes et faits	p.38
b) Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit	p.38
c) Quid de la requalification de l'objet du litige ?	p.40
<i>C- Application : Les enjeux procéduraux de la nature de la perte de chance</i>	p.42
<i>III- Autres enjeux procéduraux : l'autorité de chose jugée</i>	p.47

1- Rappel des faits et de la procédure

Le 20 août 2007, M. [S] a été embauché au sein de la société Unipatis Production. M. [P], avocat, a été le conseil de celle-ci dans le cadre du licenciement de M. [S].

Le 20 juillet 2017, le conseil de prud'hommes a condamné la société à payer à M. [S] les sommes de 57 983,90 euros au titre de la clause de non concurrence.

Le 18 octobre 2018, la cour d'appel a infirmé ce jugement et fixé au passif du redressement judiciaire de la société Unipatis Production la créance à hauteur de 52 712,64 euros.

Le 7 février 2020, la société a assigné M. [P] en responsabilité et indemnisation.

Le 16 décembre 2020, le tribunal judiciaire a rejeté ses demandes.

Le 21 juin 2022, la cour d'appel de Versailles a :

- Dit que M. [P] a manqué à son obligation d'information et de conseil à l'égard de la société Unipatis aux motifs que : *« M. [P], en tant que professionnel du droit auquel un employeur a recours pour l'organisation d'une mesure de licenciement, doit prendre connaissance du contrat de travail qu'il s'agit de rompre et attirer l'attention de l'employeur sur toutes les conséquences de la rupture du contrat de travail, peu important que cet employeur ait ou non rédigé la clause de non-concurrence litigieuse...La question de l'opportunité de la levée ou de la non levée de la clause aurait dû être abordée par le conseil, l'employeur ayant à peser les avantages et inconvénients de l'une ou l'autre des solutions en termes de comparaison entre le risque réel de concurrence de la part du salarié et le coût de la contrepartie financière en cas de non levée de la clause de non-concurrence...Tenu à une obligation particulière d'information et de conseil, il incombait à l'avocat de rappeler à sa cliente la possibilité de faire l'économie de la contrepartie financière de cette clause lors de la procédure de licenciement ce qui pour la société Unipatis, en dépit de l'utilité de la clause de non-concurrence pour l'employeur pouvait être une option compte tenu de ses difficultés financières dont elle justifie. Il ne saurait en effet être préjugé de la décision de la société Unipatis si l'avocat avait rempli son obligation d'information et de conseil à l'égard de sa cliente ».*

- Elle a néanmoins rejeté l'action aux motifs que :

« Pour autant, le préjudice qui résulte de ce manquement se limite à la perte de chance de ne pas avoir eu la possibilité de faire un choix éclairé sur la levée ou non de la clause. Or, il est constant qu'une perte de chance ne se confond pas avec un préjudice consommé contrairement à ce que la société Unipatis prétend. Cette perte de chance doit ainsi être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. L'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 25 juin 2013 n° RG 12/05032 cité par l'appelante n'est pas transposable au présent litige puisque dans l'espèce soumise à cette cour, le dossier montrait que l'employeur avait entendu renoncer à l'application de la clause de non-concurrence si bien que, en quelque sorte, il était démontré dans cette espèce que la perte de chance de l'employeur était totale. Or, dans la présente affaire, la société Unipatis exclut toute perte de chance et ne demande pas la réparation d'un tel préjudice de sorte que sa demande au titre de la réparation du préjudice constitué selon elle par l'obligation de s'acquitter de toutes les sommes mises à sa charge par l'arrêt définitif de la cour d'appel de Caen du 18 octobre 2018 outre cotisations sociales patronales ne peut qu'être rejetée ».

C'est l'arrêt attaqué.

2- Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comporte un moyen unique

La société Unipatis Production grief à l'arrêt de la débouter de ses prétentions à l'encontre de M. [P], alors :

« 1/ que le préjudice ne peut être analysé comme une perte de chance qu'en l'absence de certitude que, si la faute n'avait pas été commise, le dommage ne serait pas survenu ; qu'en l'espèce, la société Unipatis Production faisait valoir que, compte tenu de sa situation économique à l'époque, il était certain que, si elle avait été correctement informée par son avocat, elle aurait levé la clause de non-concurrence de son salarié ; qu'en jugeant pourtant que, par principe, il ne saurait être préjugé de la décision de la société si l'avocat l'avait correctement informée, de sorte que le préjudice constituerait une simple perte de chance, au lieu de rechercher concrètement quel aurait été le choix exercé par la société au regard des circonstances de fait invoquées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147, devenu 1231-1, du code civil.

2°/ que, à tout le moins, 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 l'espèce, la cour d'appel a constaté que le manquement commis par Me [P] avait causé un préjudice à la société Unipatis Production mais a refusé de l'indemniser en considérant que ce préjudice était une simple perte de chance dont cette dernière ne demandait pas réparation, la société réclamant la réparation intégrale du préjudice subi ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles 4 et 1147, devenu 1231-1, du code civil ».

3- Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Office du juge et perte de chance

4- Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine¹

I- Position du problème

La seconde branche du moyen du pourvoi n° P2221812 et le second moyen du pourvoi n° Q2221146 posent la même question juridique :

Le juge peut-il refuser d'indemniser une perte de chance dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale du dommage lui a été demandée ? Autrement dit, dans l'hypothèse où la demande porte sur la réparation de l'entier dommage, le juge s'écarte-t-il de l'objet du litige s'il répare la seule perte de chance de l'éviter ? (Première question)

¹Cette partie du rapport est commune aux deux pourvois P2221812 et Q2221146

La seconde branche du moyen du pourvoi n° P2221812 pose également une question supplémentaire préalable, celle de la recevabilité du moyen : dans l'hypothèse particulière où le demandeur avait, dans ses conclusions, expressément exclu la réparation de la seule perte de chance, le moyen peut-il être jugé contraire devant la Cour de cassation et dès lors irrecevable ? (Seconde question)

Quel est l'état de la jurisprudence ?

A- Première question : perte de chance et objet du litige

Rappelons, au préalable, selon la jurisprudence, que le juge a l'obligation de réparer le préjudice dont il constate l'existence et qu'il ne peut refuser de le réparer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties. La jurisprudence, constante sur ce point, est partagée par toutes les chambres de la Cour de cassation. Au visa de l'article 4 du code de procédure civile, les arrêts énoncent que : « *le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* » ou que « *le juge ne peut refuser d'évaluer un dommage dont il constate l'existence dans son principe motif pris de l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* » : (3^e Civ., 6 février 2002, pourvoi n° 00-10.543, Bull. n° 34 ; 2^e Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-17.224, Bull. N°174 ; 2^e Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-14.964, Bull. n° 76 ; 3^e Civ., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-15.741, publié ; Voir également dans le même sens, inédit : notamment 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2020, pourvoi n° 19-18.323 ; 3^e Civ., 7 septembre 2020, pourvoi n° 19-15.503 ; 3^e Civ., 17 février 2022, pourvoi n° 21-11.038 ; 2^e Civ., 16 juin 2022, pourvoi n° 20-23.349 ; 2^e Civ., 25 mai 2022, pourvoi n° 21-10.053 ; 3^e Civ., 13 avril 2022, pourvoi n° 20-21.997 ; 1^{re} Civ., 15 juin 2022, pourvoi n° 21-14.574 ; 3^e Civ., 22 juin 2022, pourvoi n° 21-12.022 ; 1^{re} Civ., 31 août 2022, pourvoi n° 20-19.990 ; 2^e Civ., 9 février 2023, pourvoi n° 20-17143 ; 1^{re} Civ., 19 avril 2023, pourvoi n° 22-14.376 ; 1^{re} Civ., 15 novembre 2023, pourvoi n° 22-16.737 ; 2^e Civ., 12 octobre 2023, pourvoi n° 22-16.508 ; 2^e Civ. 21 septembre 2023, pourvoi n° 21-24.992.

Le même principe est parfois énoncé au visa d'autres textes (1382 devenu 1240 : 2^e Civ., 17 mars 1993, pourvoi n° 91-17.345, B. II n° 8 ; 3^e Civ., 2 févr. 2011, pourvoi n° 10-30.427 ; 1147 code civil : 2^e Civ., 4 janvier 2006, pourvoi n° 04-15.280, Bull. N° 2 ; 1^{re} Civ., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-17.113)

Cette jurisprudence est appliquée, y compris pour le préjudice de perte de chance dont la réparation a été demandée. Les juges du fond ne peuvent refuser d'évaluer un préjudice de perte de chance dont ils ont constaté l'existence en son principe en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties (Com., 23 septembre 2008, pourvoi n° 07-14285 ; 3^e Civ., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.775 ; 3^e Civ., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.045 ; 3^e Civ., 8 avril 2014, pourvoi n° 13-10.581 ; Soc., 13 avril 2022, pourvoi n° 20-21.501).

Ceci étant rappelé, le juge peut-il dès lors refuser d'indemniser une perte de chance dont il constate l'existence, mais en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale du dommage lui a été demandée ? Cette réparation heurterait-elle l'article 4 du code de procédure civile en s'écartant de l'objet du litige ?

Autrement dit, le respect du principe dispositif interdit-il au juge de réparer la perte de chance qu'il constate ? Dans l'hypothèse où la demande porte sur la réparation de l'entier dommage, le juge s'écarte-t-il de l'objet du litige s'il répare la perte de chance de l'éviter ?

Quelle est la position de la jurisprudence ?

Sur cette question, la quasi-totalité des arrêts des chambres civiles et de la chambre commerciale se prononcent dans le même sens : si le juge constate le préjudice de perte de chance, il doit le réparer, même lorsque la perte de chance n'a pas été demandée, à condition de respecter le principe du contradictoire. Autrement dit, la réparation de la perte de chance non invoquée respecte l'objet du litige.

- En effet, un certain nombre d'arrêts inédits ont ainsi censuré les décisions ayant refusé d'indemniser la perte de chance qu'ils avaient constatée au motif qu'elle n'avait pas été demandée. La cassation est faite au visa de l'article 4 ou 12 du code de procédure civile, combinés avec des articles propres au fond du litige (notamment pour les arrêts les plus récents : 1^{re} Civ., 17 juin 2015, pourvoi n°14-17.440 ; 1^{re} Civ., 17 février 2016, pourvoi n°15-10.009 ; Com., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-16.511 ; 1^{re} Civ., 3 février 2021, pourvoi n° 19-17.740 ; 3^e Civ., 8 juin 2023, pourvoi n° 22-12.394 ; 2^e Civ., 22 juin 2023, pourvoi n° 22-18.393).

Certains arrêts énoncent même expressément un véritable principe selon lequel « *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* » (not : 1^{re} Civ., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-18.585 ; 1^{re} Civ., 6 octobre 2021, pourvoi n° 20-13.526 : Com., 9 novembre 2022, pourvoi n° 21-11.753 ; 1^{re} Civ., 1^{er} mars 2023, pourvoi n° 21-25.868).

Le même attendu de principe résulte de deux arrêts récents publiés (la publication était justifiée par un autre problème tranché par l'arrêt : 3^e Civ., 7 novembre 2024, pourvoi n° 23-12.315 publié ; 1^{re} Civ., 25 septembre 2024, pourvoi n° 23-15.925 publié).

- On peut également ajouter, implicitement dans le même sens, toute une série d'arrêts de l'ensemble des chambres, qui imposent au juge, lorsqu'il constate une perte de chance non demandée, de respecter le principe du contradictoire et qui cassent pour non respect de ce principe, l'article 16 du code de procédure civile lui imposant alors d'inviter les parties à présenter leurs observations. Cela signifie, en amont, que la possibilité pour le juge de réparer la perte de chance qu'il constate n'est pas contraire à l'article 4 et ne modifie pas l'objet du litige. En effet, la

possibilité de requalifier la demande trouve d'abord sa limite dans le respect de l'objet du litige, le principe du contradictoire intervenant après.

Selon la Cour, « *en fondant sa décision sur un tel moyen qu'aucune des parties n'avait invoqué, sans inviter au préalable celles-ci à présenter leurs observations à cet égard, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé* » ou « *en statuant ainsi sur le principe de l'existence d'une perte de chance, sur laquelle elle avait constaté que les parties n'avaient pas conclu, sans les avoir invitées à présenter préalablement leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (not.

1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.101, Bull. N°257 ; 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.709 ; 2^e Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-16.387 ; Com., 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.657 ; 3^e Civ., 18 février 2016, pourvoi n° 14-22.777 ; Com., 12 juillet 2017, pourvoi n° 16-14.765 ; Soc., 12 juin 2019, pourvois n° 17-22.418, n° 17-23.035 ; 1^{re} Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-15.796 ; Com., 9 janvier 2019, n° 17-28.725 ; 3^e Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-16.453 ; 2^e Civ., 25 juin 2020, pourvoi n° 18-24.402 ; Soc., 12 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.231 ; 1^{re} Civ., 25 mai 2022, pourvoi n° 20-22.741 ; 1^{re} Civ., 1 mars 2023, pourvoi n° 21-21.951).

Selon la Cour, « *en fondant sa décision sur un tel moyen qu'aucune des parties n'avait invoqué, sans inviter au préalable celles-ci à présenter leurs observations à cet égard, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé* » ou « *en statuant ainsi sur le principe de l'existence d'une perte de chance, sur laquelle elle avait constaté que les parties n'avaient pas conclu, sans les avoir invitées à présenter préalablement leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (not.

1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.101, Bull. N°257 ; 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.709 ; 2^e Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-16.387 ; Com., 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.657 ; 3^e Civ., 18 février 2016, pourvoi n° 14-22.777 ; Com., 12 juillet 2017, pourvoi n° 16-14.765 ; Soc., 12 juin 2019, pourvois n° 17-22.418, n° 17-23.035 ; 1^{re} Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-15.796 ; Com., 9 janvier 2019, n° 17-28.725 ; 3^e Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-16.453 ; 2^e Civ., 25 juin 2020, pourvoi n° 18-24.402 ; Soc., 12 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.231 ; 1^{re} Civ., 25 mai 2022, pourvoi n° 20-22.741 ; 1^{re} Civ., 1 mars 2023, pourvoi n° 21-21.951).

Cependant, l'analyse des faits révèle que la cour d'appel a réparé la perte de chance d'un autre préjudice que celui qui avait été demandé, la perte de chance d'un préjudice qui n'avait pas été demandé.

- Néanmoins, le sens de certains arrêts peut prêter à confusion.

Il en est ainsi des décisions qui ont rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui n'avait pas réparé la perte de chance, sans que la lecture de ces arrêts ne permette de confirmer que la cour d'appel l'avait d'abord constaté. Ces arrêts pourraient dès lors être interprétés comme ne mettant pas à la charge du juge l'obligation de rechercher une perte de chance non demandée quand il écarte la réparation de l'entier préjudice :

1^{re} Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 12-21.395 :

« Mais attendu que 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 ».

Soc., 15 février 2023, pourvoi n° 21-17.455 :

« Le salarié ayant demandé le paiement d'un rappel de salaire au titre du bonus et des congés 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 ».

Rappelons en effet que selon la jurisprudence, les juges du fond n'ont pas l'obligation de rechercher d'office si la victime a subi une perte de chance d'éviter le dommage dont elle demande réparation. Il s'agit d'une simple faculté pour le juge.

En témoignent les arrêts qui rejettent le pourvoi qui reproche à la cour d'appel d'avoir rejeté la demande de réparation sans examiner l'existence d'une perte de chance, au motif que celle-ci n'avait pas été demandée (3^e Civ., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-26.705 ; 1^{re} Civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19.761 ; Crim. 9 septembre 2020 n° 19-80.175).

En témoignent aussi les arrêts qui rejettent le moyen présenté devant la Cour de cassation comme étant nouveau et mélangé de fait. L'existence d'une perte de chance ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen étant nouveau, mélangé de fait et de droit et partant, irrecevable (1^{re} Civ., 13 mars 2019, pourvoi n° 18-13.732).

- peuvent également prêter à confusion certains des arrêts qui ont censuré les juges du fond pour avoir réparé un préjudice de perte de chance alors que seule l'indemnisation de l'entier dommage leur était demandée, en raison du constat qu'il n'est pas certain que les juges du fond se soient d'abord prononcés sur cette demande. En effet, le juge doit d'abord se prononcer sur la réparation de l'entier dommage demandé et l'écarter avant de s'interroger sur la perte de chance de l'éviter (2^e Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-17.128 ; 1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-15.112 ; Soc., 2 novembre 2016, pourvoi n° 15-22.043).

B- Seconde question: La recevabilité du moyen

Dans l'hypothèse spécifique où, dans les conclusions d'appel, le demandeur avait expressément exclu la réparation de la seule perte de chance pour ne réclamer que la réparation de l'entier dommage, le moyen selon lequel le juge ne peut laisser sans réparation la perte de chance qu'il constate est-il recevable devant la Cour de cassation ou doit-il être jugé contraire (question soulevée dans le pourvoi n°P2221812) ?

Un arrêt inédit de la première chambre juge irrecevable comme « contraire à la thèse par lui développée devant les juges du fond » un tel moyen (1^{re} Civ., 3 février 2016, pourvoi n° 14-20.201).

Si les termes de l'arrêt paraissent clairs, l'analyse du dossier jette le doute sur son interprétation. La victime demandait en appel la réparation du préjudice consistant dans l'impossibilité de revendre le bien. La cour d'appel rejette cette demande faute de lien de causalité entre la faute et le dommage. Cependant, elle constate la perte de chance de ne pas avoir conclu l'acte de vente, mais ne la répare pas au motif que seule était demandée la réparation du préjudice issu de l'impossibilité de vendre le terrain. La victime demandait en appel la réparation d'un autre préjudice que celui dont la cour d'appel a constaté la perte de chance. Bien plus, elle excluait le préjudice de perte de chance de ne pas contracter pour demander réparation de l'entier préjudice de ne pas pouvoir revendre.

On peut signaler également des arrêts qui pourraient être cités dans le même sens, mais qui paraissent moins probants. La raison en est qu'il n'est pas certain dans ces espèces que la cour d'appel ait constaté un préjudice de perte de chance qu'elle aurait refusé de réparer. Le moyen reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché et réparé une perte de chance non demandée pourrait s'analyser dès lors en un moyen nouveau irrecevable (1^{re} Civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 13-10.117 ; Com., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-23.048 ; Com., 6 octobre 2015, pourvoi n° 14-10.606).

On peut enfin relever en sens contraire l'interprétation implicite de certains arrêts. Il en est ainsi des deux décisions qui ont cassé des arrêts qui avaient constaté l'existence d'une perte de chance sans la réparer alors qu'il résultait des faits que les demandeurs avaient dans leur conclusions clairement exclu une tel préjudice (2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.312 ; 2^e Civ., 22 juin 2023, pourvoi n° 22-18.393). Or, dans ses conclusions (relevées par l'avis de l'avocat général), la victime soutenait expressément que ses préjudices étaient « certains et définitivement consommés » et que « l'avantage fiscal n'était pas une simple éventualité favorable qui aurait été perdue puisqu'il avait été effectivement obtenu, avant d'être repris. Un préjudice entièrement consommé ne peut pas être réparé sous la forme d'une perte de chance ».

Face à ces quelques hésitations jurisprudentielles et pour lever les doutes que peuvent susciter certains arrêts, une clarification semble utile.

II- Éléments de réponse et pistes de réflexions

Pour répondre aux questions posées, il convient d'examiner la nature de la perte de chance, avant de préciser l'étendue de l'office du juge.

A- La nature de la perte de chance

La question relative à la nature et à la légitimité de la perte de chance est une question délicate qui intéresse depuis longtemps la doctrine². Qualifiée de « *curiosité française* »³, la perte de chance fait partie de ces sujets sur lesquels les juristes, « *préfèrent souvent glisser rapidement, pressentant que derrière la présentation classique qui en est faite se dissimulent de redoutables problèmes* »⁴.

La perte de chance est une création jurisprudentielle. Il conviendra dès lors d'analyser la jurisprudence avant d'en exposer les différentes approches doctrinales.

1) La jurisprudence

La perte de chance ne bénéficie d'aucune définition légale. Selon la Cour de cassation, « *l'élément de préjudice constitué par la perte de chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet d'un délit, de la possibilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »⁵. La définition qu'en propose la Cour de cassation depuis 2006, et fréquemment rappelée depuis, la présente comme « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »⁶.

Selon la jurisprudence, la perte de chance est fondée sur la reconnaissance d'un préjudice autonome qu'il convient de bien distinguer du préjudice final qui n'est pas réparable. Pour autant, l'analyse du régime auquel ce préjudice obéit révèle qu'il est fortement dépendant du préjudice final.

a) La perte de chance : un préjudice distinct du préjudice final

La Cour de cassation a adhéré à la thèse de l'existence propre du préjudice de perte de chance. La perte de chance est ainsi qualifiée de « *préjudice distinct* ».

² V. notamment : A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 1973, préf. J. Carbonnier ; J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP* 1974. I.2620 ; I. Vacarie, « La perte d'une chance », *RRJ* 1987, p.903 ; C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », *RRJ* 1999, p. 729 ; « La perte de chance », *LPA* 31 octobre 2013, actes du colloque Orléans 12 février 2013 ; L. Vitale, *La perte de chances en droit privé*, LGDJ, 2020, préf. P. Jourdain.

³ P. Jourdain, « La perte de chance, une curiosité française », in *Mélanges Wessner*, 2011, p.167.

⁴ J.S Borghetti, « Rapport introductif », in *La perte de chance*, *LPA* 31 octobre 2013, préc. p.3.

⁵ Not. Crim., 18 mars 1975, Bull. crim., n°79 ; Crim., 6 juin 1990, pourvoi n° 89-83.703, Bull. crim. n° 224 ; 4 déc. 1996, n° 96-81.163, Bull. crim. n° 445.

⁶ 1re Civ., 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 498 ; 1re Civ., 4 juin 2007, pourvoi n° 05-20.213, Bull. civ. I, n° 217 ; 1re Civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-15.335 ; 1re Civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 11-14.234, Bull. civ. I, n° 47 ; 1re Civ., 17 oct. 2012, pourvoi n° 11-25.252 ; 1re Civ., 6 février 2013, pourvoi n° 11-20.654 ; 2e Civ., 7 novembre 2013, pourvoi n° 12-27.946 ; 1re Civ., 11 janv. 2017, pourvoi n° 15-28.428 ; 1re Civ. 22 juin 2017, pourvoi n° 16-21.296 ; 1re Civ., 6 sept. 2017, pourvois n° 16-17.175 et 16-18.917 ; Com. 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-18.528.

Notamment dans un arrêt du 12 novembre 1985, la première chambre civile a cassé pour manque de base légale un arrêt qui avait simplement constaté l'absence de lien de causalité entre le retard dans les soins donnés et les séquelles conservées par un patient, sans rechercher s'il n'existait pas un lien de causalité entre ce retard et la perte des chances de guérison du malade, « *préjudice distinct de celui que constituent lesdites séquelles* »⁷. De même, elle a énoncé que le médecin « *qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération* »⁸. La chambre commerciale a également énoncé « *qu'en manquant à son obligation d'éclairer son client sur les risques éventuels résultant de son choix d'effectuer des opérations spéculatives sur le marché boursier, la société de bourse le prive seulement d'une chance d'échapper, par une décision plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations qu'il a effectuées* »⁹.

L'avant-projet Catala proposait de consacrer cette jurisprudence par une disposition selon laquelle « *la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* » (art. 1346). L'affirmation du caractère distinct du préjudice de perte de chance ne se retrouve pas expressément dans le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017. Son article 1238 propose de disposer que « *Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* ». Cependant, ce caractère distinct s'infère des modalités de réparation prévues au second alinéa en vertu duquel l'évaluation du préjudice de perte de chance doit être à la mesure des chances perdues et ne peut être égal à l'avantage que celles-ci auraient procuré si elles avaient prospéré.

La perte de chance étant un préjudice distinct, il en découle un certain nombre de conséquences.

- Tout d'abord, l'autonomie de la perte de chance justifie la règle selon laquelle l'indemnité accordée en réparation d'une perte de chance ne peut jamais équivaloir au préjudice final. « *La réparation d'une 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* »¹⁰. La réparation ne

⁷ 1^{re} Civ., 12 novembre 1985, pourvoi n° 84-12.759, Bull. civ. I, n° 298.

⁸ 1^{re} Civ., 7 février 1990, Jugnet c. Hérard et a., pourvoi n° 88-14.797, Bull. civ. I, n° 39.

⁹ Com., 12 février 2008, pourvoi n° 06-21.974.

¹⁰ 1^{re} Civ., 16 juillet 1998, Bull. civ. I, n°260 ; 1^{re} Civ., 9 avril 2002, Bull. civ. I, n°116 ; 1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n°09-10.352 ; 1^{re} Civ., 9 décembre 2010, Bull. civ. I, n°255 ; Com., 20 octobre 2009, pourvoi n°08-20.274 ; cassation de l'arrêt qui avait condamné la banque coupable d'un manquement à l'obligation d'information à l'égard de la caution à réparer l'entier préjudice, en faisant face au remboursement du prêt à concurrence du montant de l'engagement de celle-ci, alors que seule est réparable la perte de chance de ne pas

peut correspondre au montant du préjudice corporel réellement subi ou au montant du gain espéré et non obtenu. L'indemnisation accordée au titre de la perte de chance est nécessairement inférieure. La raison en est que le préjudice final n'est pas réparable en tant que tel parce qu'il est incertain ou parce que le lien de causalité qui le relie au fait générateur est incertain. En revanche, le préjudice de perte de chance, causé par le fait générateur, vaut en lui-même quelque chose et donne lieu à réparation. Notamment en matière de dommage corporel, le dommage réparable n'équivaut pas à l'intégralité des préjudices subis par la victime mais consiste simplement dans la perte d'une chance d'y échapper, dont l'évaluation est nécessairement inférieure.

Il convient de noter que l'admission d'une réparation partielle ne porte pas pour autant atteinte au principe de la réparation intégrale, car le préjudice constitué par la perte de chance est bien réparé intégralement. Le principe de la réparation intégrale est respecté puisque la perte de chance, seul préjudice indemnisable, est intégralement réparée, même si, concrètement, la réparation du dommage corporel subi n'est que partielle. Ce résultat est juridiquement inéluctable, le dommage final n'étant pas réparable.

-Ensuite, étant un préjudice juridiquement distinct du préjudice final, la perte de chance est soumise ce titre aux conditions de réparation de droit commun. Notamment, la perte de chance doit être elle-même certaine pour être réparable. Ce dommage distinct et spécifique est son tour soumis l'exigence de certitude. *« seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »*¹¹. La Cour de

contracter, consécutive à la violation de l'obligation de mise en garde d'un établissement de crédit à l'égard de la caution ; Com., 15 févr. 2011, pourvoi n° 10-11.614 ; Com., 3 mai 2012, pourvoi n°11-16.979 ; 2^e Civ., 12 septembre 2012, pourvois nos 11-15.534 et 11- 19.371; 2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n°10-17.179 : cassation de l'arrêt qui avait accordé au demandeur *« une indemnisation de son préjudice économique, au titre de la perte d'une chance, correspondant à l'intégralité des droits de mutation dont il aurait pu être exonéré s'il avait pu s'associer avec son père »*; Com., 4 février 2014, pourvoi n° 13-10.630 : cassation de l'arrêt qui avait condamné une société de bourse à payer une somme correspondant au montant des pertes financières subies par l'investisseur *« alors que le manquement de la société de bourse aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil auxquelles elle peut être tenue à l'égard de son client prive seulement celui-ci d'une chance de mieux investir ses capitaux »*; 2^e Civ.,s20 13 janvier 2012, n° 11-11.703 : cassation de l'arrêt qui avait pris en compte, pour évaluer le préjudice de perte de revenus d'une victime de dommage corporel, un revenu actualisé compte tenu de l'accession certaine de celle-ci au grade de major au motif que *« l'impossibilité pour un militaire du grade de sous-officier d'accéder à un grade supérieur constitue une perte de chance dont la réparation doit être mesurée à la chance perdue »* ; 1^{re} Civ., 5 mai 2021, pourvoi n°19-17.053 ; 3^e Civ., 19 janvier 2022, pourvoi n°20-21.422.

¹¹ Ass. plén., 3 juin 1988, B n°6 (refus de réparer la perte de chance de gagner un procès en cas d'omission par l'avocat de former un pourvoi, le plaideur n'ayant aucune chance d'obtenir la cassation); 1^{re} Civ., 16 juin 1998, B. I n° 216 ; 2^e Civ., 14 octobre 1992, B II n° 241 ; 1^{re} Civ., 4 avril 2001, Bull. I n° 107 ; 1^{re} Civ., 4 juin 2007, n° 05-20.213 ; 2^e Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n°09-72.393 ; 1^{re} Civ., 8 mars 2012, pourvoi n°11-14.234 ; 7 mai 2008, pourvoi n°06-14.836 ; 4 juin 2007,

cassation ne cesse de l'affirmer et exerce son contrôle de qualification sur le caractère réel de la chance perdue. Cette condition de certitude est en réalité double, car « *elle s'applique la chance ainsi qu' sa perte* »¹². La certitude de la perte signifie qu'une chance qui peut encore être courue n'est pas certaine¹³. Quant à la certitude de la chance, elle signifie que la probabilité d'éviter le dommage doit être réelle.

S'il est donc certain qu'en l'absence de faute le dommage aurait néanmoins été le même, la responsabilité sera nécessairement écartée, la faute n'ayant fait perdre à la victime aucune chance d'éviter le dommage. Notamment, la responsabilité de l'avocat est écartée si le client n'avait aucune chance d'obtenir la réformation du jugement ou la cassation de l'arrêt, le juge devant reconstituer « *fictivement, au vu des conclusions des parties et des pièces produites aux débats, la discussion qui aurait pu s'instaurer* » si l'avocat n'avait commis aucune faute¹⁴. De même, dans le domaine médical, la responsabilité du médecin ne peut être engagée pour défaut d'information lorsqu'il résulte des faits que, même informé des risques liés à l'acte, le patient n'aurait pas refusé l'opération ou les soins. Ce dernier ne souffre d'aucun préjudice distinct consistant dans la perte d'une chance de refuser l'opération, s'il avait été correctement informé. Cette hypothèse peut être illustrée par un arrêt de la première chambre civile du 20 juin 2000¹⁵. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du médecin ayant perforé l'intestin du patient lors de l'exérèse d'un polype, après avoir constaté que même informé des risques complets de l'opération, ce dernier y aurait probablement consenti, de crainte que le polype ne dégénère en cancer, eu égard aux antécédents familiaux. Ce principe est constamment affirmé par la jurisprudence¹⁶. L'impossibilité de

pourvoi n°05-20.213 ; 2^e Civ., 28 juin 2012, pourvoi n°10-28.423 ; 9 décembre 2010, pourvoi n°09-72.393 ; 22 janvier 2009, pourvoi n°08-10.673 ; Soc., 1^{er} décembre 2009 n° 08-40.512 ; 1^{re} Civ., 29 mars 2023, pourvoi n°22-13.630 ; la même règle est reprise par le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 à l'article 1238 al.1.

¹² A. Guégan, « Les conditions de réparation de la perte de chance », in *La perte de chance*, LPA 31 octobre 2013, préc., p.15.

¹³ 1^{re} Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n°05-15.674.

¹⁴ Ass. plén., 3 juin 1988, préc. B n° 6 ; 1^{re} Civ., 26 mai 2011, pourvoi n°10-30.922 ; 6 octobre 2011, pourvoi n°10-24.554 ; 21 mars 2006, pourvoi n°05-16;447 ; 1^{re} Civ., 2 avril 2009, pourvoi n°08-12.848 ; 1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n°09-15.112 ; *Adde* pour la responsabilité du notaire : 1^{re} Civ., 20 mars 2014, pourvoi n°13-12.287 : « *qu'après avoir retenu le manquement du notaire à son obligation d'information sur les risques d'annulation de la vente en cas de vil prix, la cour d'appel a souverainement estimé que, même si elles avaient été informées, les parties, qui entretenaient des relations étroites et privilégiées et souhaitaient permettre au vendeur de payer ses dettes et de demeurer à son domicile tout en bénéficiant d'un revenu, auraient contracté aux mêmes conditions, et a ainsi caractérisé l'absence de lien de causalité certain entre la faute commise par le notaire et le préjudice dont il lui était demandé réparation* ».

¹⁵ 1^{re} Civ., 20 juin 2000, B I n° 193 .

¹⁶ 1^{re} Civ., 13 novembre 2002, Bull. civ. I, n° 265 et 266 : en l'espèce, les juges relèvent que même informé du risque exceptionnel de la lésion d'un nerf récurrent, le patient aurait probablement accepté l'opération, l'acte chirurgical consistant dans l'ablation d'un nodule situé dans la glande

constater un préjudice certain de perte de chance, voue nécessairement à l'échec l'action en responsabilité intentée par la victime¹⁷.

-De même, comme tout préjudice, la perte de chance est réparable quelle que soit sa gravité ou son importance. « *La perte certaine d'une chance même faible est indemnisable* ». En le soumettant ainsi aux conditions de droit commun, la Cour de cassation dénie au préjudice de perte de chance toute spécificité et en accentue le caractère autonome¹⁸.

-Ajoutons que ce qui a été jugé au pénal à propos de l'infraction d'homicide involontaire n'a pas autorité de chose jugée sur une action tendant, au civil, la réparation de la perte de chance¹⁹.

- Le caractère distinct du préjudice de perte de chance par rapport au dommage corporel trouve également à s'illustrer dans le domaine des accidents médicaux. Il a permis à la Cour de cassation de contourner l'obstacle de l'article L.1142-1, I, du code de la santé publique, attribuant la compétence de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) un caractère subsidiaire. Selon ce texte, l'intervention de l'ONIAM obéit une condition préalable négative, l'absence de responsabilité d'un professionnel de santé. Cette condition négative attribue la compétence de l'ONIAM dans le domaine des accidents médicaux un caractère subsidiaire par rapport à la responsabilité. En effet, la victime ne peut prétendre l'indemnisation par la solidarité nationale que si aucune responsabilité ne peut être mise en jeu l'encontre d'un acteur de santé. Cependant, lorsque le responsable n'est tenu qu' réparer la seule perte de chance d'éviter le dommage, la jurisprudence a assoupli l'interprétation du texte pour permettre

thyroïde étant nécessaire, compte tenu du danger inhérent à sa présence. Selon la Cour, « *la violation d'une obligation d'information incombant au praticien ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte un préjudice dont l'existence est souverainement constatée par les juges du fond* » ; 1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.572.

¹⁷ La victime peut néanmoins dans cette hypothèse réclamer réparation du préjudice moral dont elle souffre du fait du défaut d'information (1^{re} Civ., 3 juin 2010, pourvoi n°09-13.951) perçu comme un préjudice d'impréparation aux risques réalisés (1^{re} Civ., 23 janvier 2014, pourvoi n°12-22.123 ; 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-27.898).

¹⁸ 1^{re} Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n°12-14.439.

¹⁹ 1^{re} Civ., 24 mars 1981, pourvoi n° 79-16.118, Bull. civ. I, n° 98 ; Crim., 28 sept. 1999, pourvoi n° 97-82.353, Bull. crim., n° 198 ; Crim., 20 mars 1996, pourvoi n° 95-81.168, Bull. crim., n° 119 ; Crim., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-86.503: « *la juridiction répressive peut, après relaxe du prévenu du chef d'homicide involontaire, retenir une faute contractuelle en relation de cause à effet avec le dommage résultant de la perte de chance de survie de la victime* » ; J. Penneau, note sous 1^{re} Civ., 24 mars 1981 préc., D. 1981, p. 547: « *Il ne peut plus être contesté que, pour la première chambre, la perte de chances de guérison ou de survie constitue un préjudice spécifique totalement indépendant du préjudice final représenté par le décès ou l'invalidité du patient* » ; cependant la jurisprudence la plus récente permet la caractérisation du délit d'homicide involontaire dans des hypothèses où le médecin n'a fait que perdre au patient des chances de survie, permettant de relativiser le principe de distinction des dommages : Crim. 29 juin 2021, pourvoi n° 19-84.011 ; Crim., 6 novembre 2018, pourvoi n° 17-82.973.

la victime d'obtenir de l'ONIAM un complément d'indemnisation. La jurisprudence a progressivement réduit le domaine de la subsidiarité au profit d'une complémentarité entre la responsabilité du professionnel de santé et la solidarité nationale. Ce cumul des deux modes de réparation présente un intérêt lorsque la responsabilité n'est que partielle, en contemplation du dommage corporel subi par le patient, autrement dit, lorsque la responsabilité ne permet de réparer que la seule perte de chance d'éviter le dommage.

La première hypothèse, à propos de laquelle la Cour de cassation avait initié le mouvement est celle où le professionnel de santé n'a pas informé le patient des risques d'accidents médicaux liés à l'acte, lui faisant ainsi perdre une chance de refuser l'intervention²⁰. La deuxième hypothèse est celle où l'accident médical a été suivi d'une faute dans sa prise en charge faisant perdre au patient une chance de se soustraire à ses conséquences²¹. La troisième hypothèse, plus délicate est celle de la faute technique qui a fait perdre au patient une chance d'éviter l'accident. Cette hypothèse a donné lieu à une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Si le Conseil d'Etat a accepté d'élargir le domaine de la complémentarité en donnant à la victime la possibilité d'obtenir un complément d'indemnisation par l'ONIAM²², en revanche, la Cour de cassation avait affirmé dans un arrêt du 16 novembre 2016 « *que lorsqu'une faute a été commise lors de la réalisation de l'acte médical qui est à l'origine du dommage, cette faute est exclusive d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale, fondée sur les risques que comportait cet acte* »²³. Cependant, dans un arrêt du 24 avril 2024 la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence pour s'aligner sur la position déjà retenue et affirmée à plusieurs reprises par le Conseil d'Etat en énonçant qu'il y lieu « *de juger désormais que, dans l'hypothèse où un accident médical non fautif est à l'origine de conséquences dommageables mais où une faute a augmenté les risques de sa survenue et fait perdre une chance à la victime d'y échapper, un tel accident ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale si ses conséquences remplissent les conditions posées au II de l'article L. 1142-1 du même code, l'indemnité due par l'ONIAM étant réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance* »²⁴.

La solution s'appuie sur l'autonomie du préjudice de perte de chance par rapport au dommage corporel. La perte d'une chance d'éviter l'accident ou

²⁰ 1^{re} Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11.270, Bull. 2010, I, n°63 ; Elle a été suivie par le Conseil d'Etat : CE, 24 septembre 2012, n°339285 ; CE, 28 novembre 2014, n° 366154.

²¹ CE, 30 mars 2011, ONIAM c. [A], n° 327669, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 12 décembre 2014, ONIAM c. [B...], n° 355052, publié au *Recueil Lebon* ; 1^{re} Civ., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-24.769 ; 1^{re} Civ., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-23.210.

²² CE, 9 novembre 2018, n° 409287 ; CE, 31 décembre 2018, n° 414615 ; CE, 10 juin 2020, n° 418166 ; CE, 8 juillet 2020, n° 425229 ; CE, 15 octobre 2021, n° 431291, publié ; CE, 27 avril 2023, n° 460136.

²³ 1^{re} Civ., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-20.611, Bull. 2016, I, n° 222.

24 1^{re} Civ., 24 avril 2024, pourvoi n° 23-11.059, publié.

d'en limiter les conséquences constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'acte. La distinction des préjudices permet alors de réinterpréter l'article L.1142-1, II, du code de la santé publique pour limiter la subsidiarité qu'il instaure aux seules responsabilités fondées sur des fautes en rapport de causalité avec le dommage corporel, à l'exclusion de celles ayant causé la seule perte de chance de l'éviter. Les responsabilités fondées sur des fautes reliées au seul préjudice de perte de chance échappent au principe de subsidiarité et peuvent entretenir avec la solidarité nationale des rapports de complémentarité. Seule la faute à l'origine de l'entier dommage exclut l'accident médical et la compétence de l'ONIAM.

b) La perte de chance : un préjudice dépendant du préjudice final

Si le préjudice de perte de chance est conceptuellement distinct du dommage final, il en est cependant fortement dépendant. Ce lien de dépendance en fait un préjudice particulier.

Cette dépendance se manifeste à plusieurs égards.

-Tout d'abord, le préjudice de perte de chance est évalué en fonction du dommage final. L'indemnisation correspond à un pourcentage du dommage final, une fraction de celui-ci²⁵. L'évaluation de la perte de chance est dès lors indissociable du dommage final, elle en est un miroir déformé²⁶. Notamment, en matière corporelle, l'indemnisation de la perte de chance correspond à une fraction des différents chefs de préjudices subis par la victime et qui auraient pu être évités. Ce principe résulte notamment en présence d'une faute d'information médicale de deux arrêts du 8 juillet 1997²⁷. Il est également appliqué par le Conseil d'État²⁸. Pour l'évaluer, les juges se livrent à un raisonnement fictif, à un calcul de probabilités. Ils évaluent notamment les chances qu'aurait eues le patient de refuser l'opération s'il avait été correctement informé des risques. Plus ces chances sont grandes et plus le montant de la réparation est élevé et se rapproche du dommage corporel réellement subi.

-Ensuite, l'aggravation du préjudice final justifie l'augmentation de l'indemnité allouée au titre de la perte de chance d'éviter le dommage²⁹. En toute rigueur, la perte de chance étant distincte, seule devrait être prise en compte l'augmentation du pourcentage retenu.

²⁵ Not : 1^{re} Civ., 8 juillet 1997, Bull. civ. I, n°238 ; 1^{re} Civ., 18 juillet 2000, Bull. civ. I, n° 224 ; 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.314, Bulletin civil 2002, I, n° 116 ; 1^{re} Civ., 7 décembre 2004 : Bull. civ. I, n° 302.

²⁶ C. Corgas, « Perte de chance et responsabilité médicale » in *La perte de chance*, LPA 31 octobre 2013, précité p.38

²⁷ 1^{re} Civ., 8 juillet 1997, B I n°238 et 239.

²⁸ CE, 5 janvier 2000, arrêt [T], Rec. CE p.5.

²⁹ 1^{re} Civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 88-11.675, B I n°230.

-Le lien de dépendance explique également que les responsables de ces deux préjudices soient tenus in solidum à l'égard de la victime. L'hypothèse envisagée est celle où, en matière médicale, l'un des professionnels de santé est tenu de réparer l'entier dommage corporel alors que l'autre n'est tenu d'indemniser que le préjudice de perte de chance de l'éviter. L'obligation in solidum ne peut jouer que si les deux responsables ont causé le même dommage. En revanche, si les faits ont provoqué des dommages distincts, l'obligation in solidum n'a plus lieu d'être, chaque auteur n'étant responsable que du seul dommage qu'il a causé³⁰. L'affirmation du caractère distinct du préjudice de perte de chances devrait par conséquent faire obstacle au jeu de l'obligation in solidum. Cependant, la Cour de cassation retient la responsabilité in solidum du responsable de l'entier dommage et de celui de la perte de chance de l'éviter, dans un arrêt du 17 février 2011³¹. En l'espèce, les fautes d'une sage-femme qui avait débranché le monitoring et n'avait pas appelé le médecin à temps avait été la cause de l'entier dommage corporel, alors que les fautes du médecin postérieures à la naissance avaient simplement contribué à faire perdre à l'enfant des chances d'éviter les séquelles de l'atteinte corporelle. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de n'avoir pas condamné les responsables in solidum « *hauteur de la perte de chance ainsi subie* » et d'avoir opéré au stade de l'obligation la dette le partage de responsabilité³². Seul le lien de dépendance permet d'expliquer l'entorse ainsi faite au domaine de l'obligation in solidum : si les deux responsables ont causé des dommages juridiquement distincts, l'entier dommage corporel d'une part, et la perte de chance de l'éviter de l'autre, ces dommages sont fortement liés, ce qui justifie d'édulcorer la condition relative à l'identité des préjudices et de faire jouer l'obligation in solidum à hauteur du préjudice le moins élevé, c'est-à-dire hauteur de la perte de chance.

-La même dépendance se vérifie dans la détermination de l'assiette du recours des tiers payeurs. Les règles de détermination de l'assiette du recours des tiers payeurs impliquent que soient recouvrables les seules indemnités réparant l'atteinte à l'intégrité physique de la victime imputable un tiers (L. 376-1 du Code de la sécurité sociale). Ainsi, a priori, les indemnités allouées en réparation du préjudice de perte de chances ne répondent pas à cette exigence puisqu'elles n'ont pas pour objet de réparer les préjudices découlant du dommage corporel, mais un préjudice distinct. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation autorise les caisses de sécurité sociale à agir contre le tiers responsable en vue d'obtenir le remboursement des prestations qu'elles ont versées à la victime sur « l'ensemble des indemnités concourant à la réparation de l'atteinte portée

³⁰ 3^e Civ., 13 janvier 1981, *JCP* 1981. IV. 110 ; Com., 6 octobre 1992, *B IV* n° 296.

³¹ 1^{re} Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-10.449, *Bull.* 2011, I, n° 29.

³² Même sens : 1^{re} Civ., 8 février 2017, pourvoi n° 15-21.528 : cassation de l'arrêt qui avait condamné le responsable d'une perte de chance à la réparation de l'entier dommage : « *qu'en présence de coresponsables dont l'un répond du dommage corporel et l'autre d'une perte de chance, il ne peut être prononcé une condamnation in solidum qu'à concurrence de la partie du préjudice total de la victime à la réalisation duquel les coresponsables ont l'un et l'autre contribué* ».

l'intégrité physique de la victime », y compris sur les indemnités versées au titre du préjudice de perte de chance³³.

- La même dépendance s'observe s'agissant du droit de préférence de la victime. La Cour de cassation a assimilé l'hypothèse de la réparation d'une perte de chance celle d'un partage de responsabilité³⁴. La règle de priorité de la victime partiellement indemnisée par les prestations sociales sur le tiers-payeur subrogé permet concrètement à la victime de cumuler les prestations versées par le tiers-payeur et l'indemnité de perte de chance mise à la charge du responsable dans la limite du montant du dommage final. Cette solution consiste à assimiler la réparation de la perte de chance à une simple indemnisation partielle du dommage final³⁵.

-Notons également que tout en permettant à la victime d'un accident médical d'être indemnisée par l'ONIAM en dépit de l'existence d'une faute d'un professionnel de santé à l'origine d'une perte de chance, la Cour de cassation déduit de l'indemnité mise à la charge de la solidarité nationale les sommes allouées au titre de la perte de chance, alors que l'autonomie des préjudices aurait dû conduire à un cumul de réparation de la perte de chance et de l'entier dommage corporel³⁶.

- Enfin une dépendance peut également être relevée dans l'évolution de la jurisprudence relative au point de départ de la prescription de l'action en réparation d'une perte de chance en cas de défaut d'information de conseil ou de mise en garde.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait retenu comme point de départ de la prescription la date de la conclusion du contrat, source de l'obligation d'information ou de conseil inexécutée. Le préjudice résultant du manquement à l'obligation de conseil et d'information étant analysé comme une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions différentes, la jurisprudence considérait que le dommage se réalisait au jour même de la signature du contrat. Elle jugeait ainsi que le point de départ de l'action en réparation de la perte de chances précédait la date à laquelle le préjudice final est effectivement subi par la victime. Notamment, le préjudice

33

Soc., 16 novembre 1983, pourvoi n° 82-11.271, Bull. civ. IV, n° 560 ; même sens : 2^e Civ., 13 novembre 1985, pourvoi n° 84-11.450, Bull. civ. II, n° 172 ; 1^{re} Civ., 20 juillet 1988, pourvoi n° 87-12.373, Bull. civ. I, n° 260 ; 1^{re} Civ., 30 janvier 1996, pourvoi n° 93-19.948 et n° 94-10.320, Bull. civ. I, n° 56 ; Soc., 17 décembre 1998, Bull. civ. V, n° 577 ; 1^{re} Civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-20.430, Bull. civ. I, n° 224 ; 1^{re} Civ., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-17.076, Bull. 1997, I, n° 239.

34

2^e Civ., 24 septembre 2009, n° 08-14.515, Bull. 2009, II, n° 227 ; CE, 24 octobre 2008, n° 290733.

35

J. Bourdoiseau, *in La perte de chance*, LPA 31 octobre 2013 précité.

36

1^{re} Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11.270, Bull. 2010, I, n° 63 ; 1^{re} Civ., 24 avril 2024, pourvoi n° 23-11.059, publié préc.

résultant du manquement du prêteur à son obligation de mise en garde à l'égard de l'emprunteur, consistant dans la perte de chances de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits et non à la date à laquelle les sommes dues au titre du prêt étaient exigibles ou à laquelle l'emprunteur présentait des difficultés de paiement³⁷.

Cependant, depuis un arrêt du 18 mai 2017 relatif à l'obligation d'information et de conseil portant sur la couverture d'assurance, la Cour de cassation a évolué, énonçant que « *le dommage résultant d'un manquement au devoir de conseil dû à l'assuré sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins se réalise au moment du refus de garantie opposé par l'assureur* » de sorte que cette date constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité exercée par l'emprunteur³⁸. De même, l'action en responsabilité de l'emprunteur à l'encontre du prêteur au titre d'un manquement à son devoir de mise en garde « *se prescrit par cinq ans à compter du jour du premier incident de paiement permettant à l'emprunteur d'appréhender l'existence et les conséquences éventuelles d'un tel manquement* »³⁹.

La date de connaissance du dommage final constitue le point de départ de la prescription de l'action en réparation de la perte de chance de l'éviter.

2) La doctrine

La doctrine a tenté d'identifier la raison d'être de la consécration de la perte de chance en droit français, avant d'en examiner la nature.

a) La raison d'être de la perte de chance

Depuis sa première reconnaissance, le domaine de la perte de chance s'est considérablement élargi en jurisprudence. Pour rendre compte de cet élargissement, la doctrine a observé que la perte de chance répondait toujours au besoin de réparer un préjudice final non réparable, soit en raison de son incertitude, soit en raison de l'incertitude qui affecte le lien de causalité le reliant au fait générateur. « *Le problème de la réparation de la perte de chance ne va se poser que pour autant que ce préjudice final ne peut pas être indemnisé... Reste à déterminer pourquoi le dommage final ne peut pas être indemnisé. Le fait générateur de responsabilité étant tenu pour acquis, il n'y a que deux réponses possibles : parce que le préjudice*

³⁷

Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.354, Bull. 2010, IV, n° 21 ; Com., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.934 ; Com., 17 mai 2017, pourvoi n° 15-21.260 ; Com., 25 octobre 2017, pourvoi n° 16-15.116 ; 1^{re} Civ., 12 septembre 2019, pourvoi n° 18-16.844.

³⁸

2^e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-17.754, Bull. 2017, II, n° 102 ; même sens : Com., 6 janvier 2021, pourvoi n° 18-24.954, publié ; 1^{re} Civ., 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.031 publié ; 2^e Civ., 10 mars 2022, pourvoi n° 20-16.237 publié.

³⁹

1^{re} Civ., 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-18.893 : publié ; même sens : Com., 22 janvier 2020, pourvoi n° 17-20.819 ; 1^{re} Civ., 5 janvier 2022, pourvoi n° 19-24.436 ; *adde* : 3^e Civ., 26 octobre 2022, pourvoi n° 21-19.898, publié.

final ne constitue pas un préjudice certain ou parce qu'il n'est pas en relation causale avec le fait du défendeur. En d'autres termes, la perte de chance peut servir à pallier soit l'incertitude du dommage final soit l'incertitude du lien causal entre le fait du défendeur et le dommage final »⁴⁰.

L'incertitude du dommage final est l'hypothèse historiquement la plus ancienne. La perte de chance a été accueillie pour la première fois dans un arrêt de la chambre des requêtes rendu le 17 juillet 1889 dans une hypothèse où la faute d'un huissier avait fait perdre à l'appelant une chance de voir réexaminer l'affaire en cassation⁴¹. La Cour de cassation a depuis admis, outre la réparation de la perte d'une chance de mener à bien une procédure et de gagner un procès, provoquée par la faute d'un auxiliaire de justice⁴², la perte d'une chance de participer à une course ou de gagner une compétition⁴³, de se présenter à un examen ou à un concours ou de réussir une carrière professionnelle⁴⁴, de recouvrer une créance⁴⁵ ou de conclure un contrat⁴⁶. S'agissant plus particulièrement de la faute de l'avocat, la Cour de cassation se contente de la perte de chance d'exercer un pourvoi, quelles que soient les chances de succès de l'action devant les juges du fond⁴⁷, évitant à la victime « l'effet cumulé des aléas susceptibles d'affecter les divers stades de la procédure »⁴⁸. Dans ces hypothèses, la doctrine relève que le dommage final est un gain manqué et consiste

⁴⁰ F. Leduc, « La perte de chance, rapport de synthèse », in *La perte de chance*, LPA 31 octobre 2013, actes du colloque Orléans 12 février 2013, préc.p.51 ; *adde* : C.Sintez, « La perte de chance, une notion en quête d'unité », *ibid.* p. 9 : « Autrement dit, la doctrine se divise sur l'objet de l'incertitude l'objet de l'assouplissement de la certitude change. Il porte tantôt sur le préjudice tantôt sur le lien de causalité ».

⁴¹ Req., 17 juill. 1889 : S. 1891, 1, 399.

⁴² 1^{re} Civ., 8 juillet 1997, *B I* n°234 ; 8 juillet 2003, *B I* n° 164 ; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 05-15.139 : cassation de l'arrêt qui avait rejeté la demande alors «*qu'il appartenait aux juges du fond de rechercher la probabilité pour cette société d'obtenir une décision plus favorable sans la faute retenue contre son avocat puis d'évaluer le montant du préjudice résultant de cette perte de chance*» ; 1^{re} Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n°08-16.760 : cassation de l'arrêt qui rejette la demande alors qu'il avait constaté l'existence d'une perte de chance consécutive à la faute professionnelle d'un notaire.

⁴³ Crim., 6 juin 1990, *Bull. crim.* n°224 (perte d'une chance pour un éleveur de faire participer un cheval à une course).

⁴⁴ 1^{re} Civ., 22 juillet 1985, *B I* n° 232 ; 2^e Civ., 15 mai 1992, *B II* n°143 (perte d'une chance de présenter un successeur) ; 20 septembre 2005, *B II* n° 225 (perte de chance pour un praticien hospitalier de développer au sein d'une clinique privée une activité à temps plein, à la suite de sa contamination par le virus de l'hépatite C résultant d'une blessure lors d'une intervention chirurgicale).

⁴⁵ 1^{re} Civ., 21 février 1995, *B I* n° 101.

⁴⁶ 2^e Civ., 18 décembre 1963, *B II* n°635 (perte d'une chance de vendre un bien) ; Com., 3 mai 1979, *B IV* n°137 (perte d'une chance de conclure un marché).

⁴⁷ 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n°10-24.554, *RDC* 2012. 433, obs. S. Carval ; 1^{re} Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n°06-10.120 (faute d'un huissier) ; S. Hoquet-Berg, « Les dommages réparables par l'avocat fautif », *RCA* 2012, ét. 1 ; CE, 27mars 2015, n°382156.

⁴⁸ S. Carval, obs. préc.

dans la non-obtention d'un avantage escompté⁴⁹. Or ce dommage est incertain de sorte qu'il n'est pas juridiquement réparable. En revanche, une chance d'obtenir ce gain à laquelle une valeur propre peut être reconnue n'a pas pu être tentée. La chance représentant en soi une valeur, sa perte peut être analysée comme un dommage certain.

La deuxième catégorie correspond à des hypothèses où le dommage final est certain, le processus aléatoire étant allé jusqu'à son terme et s'étant avéré dommageable. Cependant, ce dommage final certain ne peut pas être indemnisé parce que sa relation causale avec le fait générateur imputable au défendeur reste incertaine. Pour pallier cette incertitude causale, la jurisprudence a consacré un nouveau dommage qui est en rapport causal certain avec le fait du défendeur : la perte d'une chance d'éviter le premier.

C'est surtout dans le domaine médical que cette approche s'est illustrée. Il en est ainsi de la perte de chance de guérison ou de survie à la suite d'une erreur de diagnostic⁵⁰. Le Conseil d'État s'est sur ce point aligné sur la jurisprudence judiciaire en cassant un arrêt ayant réparé l'entier dommage corporel alors que l'erreur de diagnostic et le retard de traitement qui en est résulté avaient seulement fait perdre au patient une chance d'éviter la cécité⁵¹. Selon le Conseil d'État « *le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu ; que la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue* ».

L'incertitude causale justifiant le recours à la perte de chance est exacerbée dans une hypothèse particulière, celle de la faute d'information. La raison en est que l'information est destinée à éclairer et à aider le créancier à faire un choix déterminé, de sorte qu'entre la faute et le dommage final s'intercale nécessairement une cause intermédiaire, la décision du créancier victime, fragilisant le lien de causalité. Une incertitude particulière affecte alors le lien de causalité entre la faute et le dommage, car il n'est pas sûr que, dûment informée, la victime aurait fait un choix propre à éviter le dommage. Il en est ainsi de la perte de chance d'éviter l'accident médical résultant d'une information incorrecte sur les risques d'une opération ou d'un traitement. Le principe de la réparation de la perte de chance dans cette hypothèse résulte d'un arrêt de la première chambre civile du 7 février 1990 selon lequel le

⁴⁹ Le concours n'a pas été obtenu, la course à laquelle un cheval devait participer n'a pas été remportée, le procès auquel le demandeur était partie n'a pas été gagné...

⁵⁰ Not : 1^{re} Civ., 14 décembre 1965 : Bull. civ. I, n°707 ; 1^{re} Civ., 8 juillet 1997, Bull. civ. I, n° 238 et 239 ; 1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.195 : cassation de l'arrêt qui avait écarté la perte de chance de survie en cas de faute de diagnostic alors que « *la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable* » ; 5 juin 2024 , pourvoi n°23-13.167 ; *adde* : V. Wester-Ouisse, « Causalité incertaine et vraisemblance en matière de responsabilité médicale », in *l'indemnisation des accidents médicaux en Europe*, travaux du GRERCA, Bruylant, 2015, p.521.

⁵¹ CE, 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, n°289328, AJDA 2008, n° 3, p.135 ; même sens : CE, 21 mars 2008, n°266157 ; CE, 15 mars 2013, n°337496 ; CE, 6 février 2013, n° 344188 ; CE 3 avr. 2009, n°301663 ; CE 12 juill. 2023, n°4618.

médecin « *qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération* »⁵². Plus largement, la violation d'une obligation d'information se traduit en principe pour le débiteur de celle-ci, banquier, avocat ou assureur, par l'obligation de réparer la seule chance perdue par le créancier⁵³. Il en va autrement lorsqu'il est certain qu'une information correctement délivrée aurait modifié le choix de la victime⁵⁴.

Pour distinguer ces deux catégories d'incertitudes, certains auteurs opposent les pertes de chance positive et négative, la perte de chance positive servant à pallier l'incertitude du dommage final, la perte de chance négative servant à pallier l'incertitude du lien causal entre le fait du défendeur et le dommage final⁵⁵ ou encore distinguent la perte de chance réparant l'événement réalisé de l'événement défavorable⁵⁶ ou encore distinguent les vraies des fausses pertes de chances pour dénoncer la légitimité de certaines applications de cette notion.

En effet, certains auteurs estiment que le recours à la perte de chance n'est légitime que lorsqu'elle répond à l'incertitude du dommage final. En revanche, lorsque la

⁵² 1^{re} Civ., 7 février 1990, *B.I* n°39 ; cette jurisprudence est également appliquée par le Conseil d'État : CE, 5 janvier 2000 (arrêt *[T]*), *Rec. CE* p.5.

⁵³ Com., 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.274, *B IV* n°127 *préc.* ; 1^{re} civ., 18 septembre 2008, pourvoi n°06-17.859 : RDC 2009, p. 104, obs. S. Carval ; Com., 23 janvier 2007, pourvoi n°05-18.557 : RDC 2007, p. 740, obs. S. Carval ; 1^{re} Civ., 5 mars 2009, n° 08-11.374, Bull. 2009, I, n° 43 : RDC 2009, 1032, obs. O. Deshayes (responsabilité de l'avocat) ; Com. 4 février 2014 pourvoi n° 13-10.630, Bull. 2014, IV, n° 28, *préc.* ; même sens : Com. 28 nov. 2018, pourvoi n° 16-19.363 ; Com., 10 mars 2021, pourvoi n° 19-16.302 : Publié: « *Le manquement d'un assureur ou d'un courtier à son obligation d'informer, à l'occasion d'un arbitrage, le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie libellé en unités de comptes sur le risque de pertes présenté par un support d'investissement, ou à son obligation de le conseiller au regard d'un tel risque, prive ce souscripteur d'une chance d'éviter la réalisation de ces pertes.* »

⁵⁴ Ass. plén., 17 novembre 2000, [X...], pourvoi n° 99-13.701, Bull. 2000, Ass. plén. n° 9 (faute d'information du médecin: il était établi que correctement informée des risques de malformations de l'enfant, la mère aurait procédé sans aucun doute à une interruption de grossesse de sorte qu'est réparé l'entier dommage subi et non la seule perte de chance de l'éviter) ; 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n°08-16.917 ; 2 juillet 2014, pourvoi n°13-17599 (faute d'information du notaire relative à l'avantage fiscal d'une opération immobilière: réparation intégrale de la perte de la réduction d'impôt escomptée, étant établi que correctement informés, les clients auraient procédé à un autre placement plus avantageux) ; 1^{ain} 1^{re} Civ., 6 juin 2018, n° 16-26.852.

⁵⁵

F. Leduc, art.*préc.*

⁵⁶

C.Sintez, art. *préc.* : « *La perte de chance de guérison ou de survie répare un événement déjà réalisé. Dans ces cas, la chance est réellement perdue mais on ne sait pas si le fait dommageable en est véritablement la cause. La perte de chance assouplit ici la certitude de la causalité et non celle du préjudice en se contentant d'une certitude possible et non d'une certitude probable* ».

perte de chance est utilisée pour répondre à une incertitude causale entre le dommage final et le fait générateur de responsabilité, elle serait artificielle, qualifiée de fausse perte de chance et sa légitimité est dès lors contestée. Ces auteurs dénoncent l'avènement d'une « fausse » théorie de la perte de chances, qu'il faudrait combattre, alors qu'il faudrait préserver la « vraie »⁵⁷. Cette perte de chance négative utilisée pour pallier l'incertitude du lien de causalité entre le fait du défendeur et le dommage final constituerait un dévoiement de ce préjudice. La perte de chance ne saurait être utilisée pour masquer une causalité douteuse de sorte que la causalité devrait être intégrale ou écartée.

Dans le même esprit, la légitimité de la perte de chance est également contestée par certains auteurs dans l'hypothèse particulière de la faute d'information, en raison du constat que la chance est un événement aléatoire qui dépend du hasard, sur lequel il est possible de forger des statistiques et qui doit représenter un certain degré d'objectivité, condition non vérifiée lorsqu'il s'agit de savoir ce qu'aurait décidé le créancier s'il avait reçu l'information⁵⁸. La perte de chance est alors utilisée pour éluder la création d'un risque et empêcher la réparation de l'entier dommage. « Lorsqu'un individu est exposé à un risque par la faute d'un autre, il ne disposait d'aucune chance précise, c'est-à-dire d'aucune probabilité quantifiable d'obtenir un gain ; mais par la faute d'un tiers, il a désormais un risque (qu'il n'avait pas auparavant) de subir un préjudice »⁵⁹. Or lorsqu'une personne expose une autre à un risque ou lui tait fautivement l'existence d'un risque, elle devrait réparer intégralement le dommage subi, en cas de réalisation du risque. Dès lors que l'information transmise est erronée, le professionnel devrait être tenu d'indemniser

57

F. Chabas, « La perte d'une chance en droit français », in *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Centre d'études européennes Genève, 1991, pp. 131 et s., spéc. p. 133 ; R. Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé », D. 1970, ch. p. 123 ; C. Ruellan, art. préc. ; J.-S. Borghetti, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », RDC 2008, p. 776 ; J. Penneau, D. 1991, p. 357 : « *ce n'est plus un problème de préjudice, mais un problème de causalité (...). La solution doit être celle du tout ou du rien* » ; *adde* : A. Bénabent, « La perte de chance, nouvelle « bonne à tout faire » du droit de la réparation ? », *Mélanges C. Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p.9.

58

M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 620 et s. ; *Droit des obligations, responsabilité civile et quasi contrats*, 6^e éd., PUF, n° 186 ; « le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP 2016, p. 706 ; Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010-2011, n° 1425 ; I. Vacarie, art. préc. : « *Le rôle de la volonté du demandeur dans la production de l'événement qui lui aurait été bénéfique exclut la chance.... La chance évoque au contraire un fait échappant à la volontéIl n'y a de chance pour une personne que lorsqu'un événement est pour elle-même aléatoire, ce qui sous-entend que la réalisation de cet événement s'il est heureux, ou au contraire sa non-réalisation s'il est préjudiciable, sont indépendantes de son propre fait, de sa propre volonté... ..chance et volonté sont antinomiques.* » ; V. Mazeaud, « Le refoulement de la perte de chance en présence d'un manquement à une obligation d'information », D. 2015, p. 2155 ; *contra* : D. Sindres « Exposition à un risque et perte de chance : un couple mal assorti ? », RTD.civ. 2016, p. 25.

59

M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, préc. n°218.

son cocontractant de toutes les conséquences dommageables de sa décision et pas seulement de la perte de chance de les éviter⁶⁰.

La jurisprudence a pu être sensible à cette théorie. Certains arrêts ont ainsi relevé pour accorder une réparation intégrale que la violation de l'information a exposé le créancier à un risque qui s'est réalisé⁶¹. Notons également qu'une jurisprudence particulière s'est développée concernant la faute d'information du diagnostiqueur en cas de vente immobilière. Dans un arrêt rendu en chambre mixte le 8 juillet 2015, la Cour de cassation a permis à l'acheteur, mal informé par un diagnostic termite, d'obtenir une indemnisation correspondant aux coûts des travaux de réparation et non à la seule perte de chance de les éviter⁶². Néanmoins, pour justifier la réparation intégrale du préjudice, la chambre mixte n'invoque pas la notion d'exposition à un risque qui ne préexistait pas et qui s'est réalisé mais se fonde sur la garantie attachée par la loi au dossier de diagnostic technique annexé à la promesse de vente⁶³.

Notons enfin que certains auteurs estiment qu'il n'y pas lieu de distinguer conceptuellement entre ces deux raisons d'être de la perte de chance, le préjudice de perte de chance répondant toujours à une incertitude causale entre le dommage et le fait générateur. La raison en est qu'il n'est pas toujours évident de distinguer le préjudice incertain du préjudice indirect de sorte que l'éventualité favorable pourrait être entendue largement, comme « autant l'événement heureux qu'on pouvait légitimement espérer que l'événement malheureux qu'on voulait légitimement éviter », ce dernier relevant souvent de « l'envers » du premier⁶⁴. Dans toutes ces hypothèses, le demandeur a bien subi un dommage certain: le plaideur a perdu sa cause, le patient n'est pas guéri ou a subi un dommage dû à la réalisation des

⁶⁰ Même sens :I. Vacarie préc.: « *Par son silence, le professionnel a contribué, peut-être même incité à la création d'une situation contractuelle présentant des risques pour son client. Il paraît dès lors juste que le professionnel en supporte les conséquences préjudiciables.* »

⁶¹ 1^{re} Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.531, Bull. 2010, I, n° 254 ; 1^{re} Civ., 2 juillet 2014, pourvoi n° 12-28.615, Bull. 2014, I, n° 123 (faute d'information du notaire qui a omis d'informer les acheteurs de l'existence de recours contre le permis de construire) ; *contra* : Com., 14 juin 2016, pourvoi n° 14-19.742, Bull. 2016, IV, n° 85.

⁶² Ch. mixte, 8 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.686, Bull. 2015, Ch. mixte, n° 3.

⁶³ La même référence à cette idée de garantie figure dans le communiqué diffusé par la Cour selon lequel « *l'état parasitaire annexé à l'acte de vente garantit l'acquéreur contre le risque de présence de termites et autres insectes xylophages* » ; Même sens : 3^e Civ., 8 décembre 2016, pourvoi n° 15-20.497 ; 7 janvier 2016, n° 14-18.561 ; 30 juin 2016, pourvoi n°14-28.839 (amiante) ; 7 avril 2016, pourvoi n°15-14.996 ; Cette analyse est confortée par un arrêt du 21 novembre 2019 (3^e Civ., 21 novembre 2019, n° 18-23.251, P+B+I : D. 2019, p. 2384, avis P. Brun) qui a limité la réparation en cas de diagnostic erroné relatif à la performance énergétique à la perte de chance d'obtenir une réduction de prix en écartant la demande d'une indemnité correspondant au coût de l'isolation nécessaire, le DPE n'ayant qu'une valeur informative, à la différence des autres documents constituant le dossier de diagnostic technique.

⁶⁴

A. Guégan, « Les conditions de réparation de la perte de chance », *in La perte de chance*, LPA 2013 préc. p.15.

risques de l'opération. Cependant ce dommage actuel et certain n'est pas en relation de causalité certaine avec la faute commise en raison du constat que d'autres causes incertaines se sont intercalées entre la faute et le dommage : il en est ainsi de la volonté du patient de procéder ou non à l'opération s'il avait été correctement informé ; il en va de même de la solidité du dossier du plaideur s'il avait intenté le procès ou de la réactivité du patient face à un traitement correctement prescrit. En d'autres termes, même en l'absence de faute, le dommage aurait peut-être quand même été subi : le patient n'aurait pas guéri, aurait subi l'accident médical, le plaideur aurait perdu son procès. Face à l'incertitude du lien de causalité entre le dommage final actuel et certain et la faute commise, la perte de chance apparaît comme un dommage de substitution, en relation de causalité certaine avec la faute commise. La faute a privé la victime d'une chance d'éviter le dommage final dont elle souffre⁶⁵. À défaut de lien de causalité établi entre le fait envisagé et le dommage réellement subi, la victime pourra se contenter d'un lien de causalité certain entre ce même fait et la perte de chance d'éviter ce même dommage. Il s'agit en d'autres termes de déplacer le lien causal vers un préjudice distinct, à savoir la perte de chance d'éviter le premier. Palliant l'incertitude relative au lien de cause à effet entre le fait invoqué et le dommage réellement subi, le déplacement du lien causal consiste à établir un lien de causalité entre le fait générateur et un dommage distinct, succédané du préjudice réellement subi, le préjudice de perte de chance. De la sorte la question relative à la perte de chance concerne aussi bien le dommage que le lien de causalité⁶⁶.

Quoiqu'il en soit, qu'il réponde à une incertitude du préjudice final ou à une incertitude causale entre le fait générateur et ce dernier, le préjudice de perte de chance a la même raison d'être en jurisprudence : permettre à la victime d'un dommage non juridiquement réparable d'obtenir réparation. La théorie de la perte de chance constitue ainsi un palliatif face à l'incertitude affectant soit le dommage final soit le lien de causalité entre ce dommage et le fait générateur, par la consécration d'un nouveau dommage, la perte de chance d'éviter le premier. Le préjudice de perte de chance est une création, destinée à venir en aide aux victimes qui se heurtent aux difficultés de preuve soit du lien causal soit de la certitude du préjudice. Le caractère distinct de la perte de chance par rapport au dommage final résulte

⁶⁵

M. Bacache, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2021, n°383 ; D. 2008, p.1908, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention, quelles sanctions ? » ; « la réparation de la perte de chance, quelles limites », D. 2013, p. 619 ; En ce sens également : L. Vital, *La perte de chance en droit privé*, Thèse Paris 1, 2018, n° 82 : « le préjudice dit « final » ne saurait être réparé dans la mesure où le lien de causalité entre le fait générateur imputé au défendeur et la situation que connaît effectivement la victime ne peut être établi [...] Afin de dépasser cette difficulté obligeant à laisser une victime sans aucune indemnisation, les juridictions judiciaires ont découvert une technique d'endiguement de l'incertitude causale, à savoir la considération des chances » ; P.Jourdain, *Mélanges préc.* : la perte de chance « ne joue que pour permettre de reconnaître la certitude du lien causal avec le fait générateur de responsabilité et accorder ainsi une certaine indemnisation à la victime ».

⁶⁶ M. Bacache, « Le lien de causalité et le projet de réforme de la responsabilité civile », in *La réforme de la responsabilité civile, comparaison franco-roumaine*, Editions IRJS, 2018.

ainsi de la raison d'être de ce préjudice : cette autonomie constitue une condition nécessaire à l'indemnisation des victimes. C'est un préjudice qui peut être perçu comme un préjudice de substitution, dans la mesure où le préjudice auquel il se substitue ne peut être réparé car non juridiquement réparable. La perte de chance revêt ainsi un caractère fonctionnel ⁶⁷. En raison de son caractère fonctionnel, c'est donc nécessairement et conceptuellement un préjudice distinct du préjudice final, non réparable.

b) La nature de la perte de chance

Deux conceptions doctrinales de la perte de chance peuvent être identifiées.

- La première consiste à analyser la perte de chance comme un nouveau préjudice, distinct du dommage final, mais pour autant intimement lié au premier. Opérant une synthèse de la jurisprudence, une grande partie de la doctrine considère que la perte de chance constitue un préjudice distinct du dommage final mais fortement dépendant de celui-ci. Compte tenu de la raison d'être de la perte de chance, la doctrine française majoritaire souscrit ainsi à la thèse de la distinction des préjudices, tout en soulignant les liens particuliers qui les unissent.

La théorie de la perte de chance est d'abord fondée sur la reconnaissance d'un préjudice spécifique qu'il convient de bien distinguer du préjudice final. Les auteurs retiennent que « la perte de chance constitue un dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final »⁶⁸, une « valeur indépendante du gain espéré »⁶⁹, « un préjudice autonome, distinct de la perte de l'avantage qui aurait pu être obtenu »⁷⁰ ou encore que, par son entremise, « il n'est pas question de réparer le dommage final, mais un préjudice distinct, situé en amont »⁷¹.

⁶⁷

A. Guégan, art. préc. : « la perte de chance fait, là encore, figure de préjudice particulier : il est pensé comme un moindre mal ou un remède, d'où les qualificatifs de préjudice de substitution ou de palliatif. Il a vocation à satisfaire les conditions de la réparation. Il est tout entier tendu vers un résultat, celui d'obtenir la réparation d'une partie du « préjudice final » qui ne remplit pas ces conditions » ; L. Vitale, thèse préc. n°82 : « la révélation de ce nouvel intérêt constitué par les chances permet avec évidence d'assurer une indemnisation au profit de la victime alors que, à défaut, celle-ci en aurait été tout à fait privée [...] la victime se voit offrir une possibilité de réparation alors qu'elle en était tout à fait privée à défaut de ce raisonnement alternatif. [...] En ce sens, la protection des chances présente indéniablement un caractère fonctionnel puisqu'elle offre la possibilité d'allouer une indemnisation à une victime qui, à défaut, en serait tout à fait privée »

⁶⁸

G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, n° 284.

⁶⁹

P. Jourdain, « Sur la perte d'une chance », RTD civ.1992, p. 109.

⁷⁰

O. Deshayes, « Perte de chance », RDC 2009, p. 1032.

⁷¹

L. Raschel, « La délicate distinction de la perte de chance et du risque de dommage », note sous 1^{re} Civ., 14 octobre 2010, JCP G 2010, p. 413 ; Ph. le Tourneau, note sous 1^{re} Civ., 24 février 1970,

Cependant, cette reconnaissance d'un préjudice distinct n'est pas synonyme d'indépendance ou d'autonomie. La même doctrine souligne à cet effet le caractère particulier de ce préjudice, faisant ainsi état du lien ambigu qui l'unit au dommage final, la perte de chance restant marquée du sceau de l'ambivalence⁷². La doctrine souligne à cet effet le caractère particulier de ce préjudice, qualifié parfois d'intermédiaire⁷³, son autonomie « relative »⁷⁴, « très imparfaite »⁷⁵, « artificielle et fonctionnelle », dont l'objet est de permettre une indemnisation autrement impossible, et qui se situe quant à sa nature dans un rapport de dépendance nécessaire avec le préjudice final⁷⁶.

La même idée résulte du rapport de la Cour de cassation 2007 selon lequel : « *La jurisprudence est partie du postulat que la perte de chance est indépendante du dommage corporel final. Cette autonomie est cependant une construction de l'esprit. La perte de chance ne peut se concevoir sans le dommage final. Son existence, comme son régime, sont entièrement tributaires de ce dernier* ».

JCP 1970. II. 16456 : « *ce ne sont pas les sommes convoitées qui constituent le dommage mais simplement l'espoir de les gagner* » ; V. Tacchini-Laforest, « Réflexions à propos de la perte de chances », LPA, 19 juillet 1999, n° 142, p. 7, n° 5 : « La perte d'une chance ne doit pas être confondue avec le préjudice final » ; M. Heers, « L'indemnisation de la perte d'une chance », Gaz. Pal., 23 mars 2000, n° 83, p. 7 : « *il faut réparer la perte de la probabilité que les choses se soient mieux passées, ce qui ne doit pas être confondu, sur le plan conceptuel, avec ce qui s'est finalement passé* ».

⁷²

P. Brun, « Perte de chance, les risques de dévoiement », in *La perte de chance*, LPA, 31 octobre 2013, préc. : « *les choses ne sont pas si simples, car il est vrai que la perte d'une chance est marquée du sceau de l'ambivalence : d'un côté, son autonomie par rapport au préjudice final est affirmée avec fermeté mais, d'un autre, cette autonomie se trouve partiellement battue en brèche* » ; L. Vitale, préc., n°577 : « *Le préjudice de perte de chances apparaît alors comme un préjudice ambivalent, caractère rejaillissant sur le régime de sa réparation. Si la perte de chances est conceptuellement distincte du préjudice dit « final », il n'en demeure pas moins placé dans un rapport de dépendance à son égard puisqu'il hérite de sa nature...* ».

⁷³

C. Sintez, art. préc. : « La perte de chance s'analyse alors en un préjudice intermédiaire réparé (l'impossibilité de passer le concours) à défaut de pouvoir réparer le préjudice final qui demeure éventuel (l'impossible succès au concours) »

⁷⁴

F. Leduc, art. préc. In LPA 31 oct. 2013, p.51

⁷⁵

P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, n°185 et s

⁷⁶

L. Vitale préc. n°713 : « *Si les chances constituent un intérêt conceptuellement distinct de l'intérêt dit « final » et sont, en cela, caractérisées par une autonomie à l'égard de ce dernier intérêt, il n'en demeure pas moins qu'elles se trouvent dans un rapport de dépendance quant à leur nature vis-à-vis du préjudice dit final [...] La nature de la perte de chances est donc fonction de la nature de l'éventualité favorable poursuivie par les chances* ».

En d'autres termes, la perte de chance n'étant qu'un préjudice de substitution d'un préjudice non réparable, cette nature empêche de lui reconnaître une existence parfaitement autonome. En tant que substitut du préjudice final, la perte de chance garde la marque du préjudice auquel elle se substitue. Le préjudice de perte de chance ne se suffit pas à lui-même : il convient de savoir de quelle chance la victime a été privée, quel dommage elle était en droit d'éviter. C'est pour la victime un dommage de garantie, qui suppose à la fois l'existence et la défaillance juridique du dommage principal. Son autonomie est artificielle et fonctionnelle puisqu'elle n'est justifiée que par le souci d'accorder une certaine indemnisation à la victime. Étant fonctionnelle, l'autonomie produit pour cela des effets limités en jurisprudence.

- Une autre partie de la doctrine adopte une analyse différente de la perte de chance. Prenant acte de cette forte dépendance relevée en jurisprudence, certains auteurs vont jusqu'à considérer que la perte de chance ne constitue pas conceptuellement un préjudice distinct et autonome, mais une manifestation particulière d'une causalité diminuée, une manière renouvelée d'apprécier la causalité, une simple technique d'appréciation de la causalité. « *La victime de la perte d'une chance n'invoque aucun dommage qui soit distinct en ses éléments du dommage final dont cette chance constitue seulement l'une des possibilités de non-réalisation... Le dommage résultant de la perte d'une chance n'est donc pas distinct du dommage final, si ce n'est sur le plan d'une appréciation purement causale...c'est donc un préjudice raccourci à la mesure du lien de causalité probable qui unit le fait générateur de responsabilité au préjudice final* »⁷⁷. De la sorte, la réparation de la perte de chance est perçue comme une réparation partielle du dommage, évaluée en fonction de la probabilité causale. Elle serait une manifestation d'une sorte de responsabilité proportionnelle, consistant à réparer un dommage à proportion de la probabilité qu'il ait été causé par le défendeur⁷⁸. La réparation est ainsi réduite à la probabilité de l'existence du lien causal.

Cette approche purement causale, tenant à la réparation d'un même dommage, peut s'illustrer dans le contentieux médical devant le Conseil d'Etat, le rapporteur public soulignant sous l'arrêt *Telle* qu'« *il nous semble impossible d'affirmer que le dommage résultant de la perte d'une chance est d'une autre nature que le dommage résultant de l'accident. Évalué en fonction des conséquences de l'accident, il ne peut, en particulier, être regardé comme un préjudice purement moral. En réalité, l'objet d'une indemnité pour perte de chance est bien de réparer partiellement le*

77

J. Boré, «L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable» : JCP G 1974, I, 2620 ;même sens: I. Vacarie, «La perte d'une chance»: RRJ 1987, p. 927 : « *Le juge réduit le préjudice à la mesure du lien de causalité qu'il constate avec la faute du défendeur* » ; S. Carval, RDC 2009 p.104 : Sa prétendue autonomie est donc très relative et il est beaucoup plus juste de présenter sa réparation, comme l'a fait M. Jacques Boré dans un article marquant, comme « *une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable* »;

⁷⁸ G. Stettler, *Discours juridique et discours scientifique en droit de la responsabilité*, Thèse Paris Panthéon Assas, 2024, spéc. N° 800 et s. ; *adde* : F. Leduc, « La responsabilité civile proportionnelle », RTD civ. 2023, p.777.

dommage corporel subi par le patient »⁷⁹. Cette approche est partagée par le droit belge comme en témoigne la réforme récente de la responsabilité civile, la perte de chance étant traitée au sein d'une sous-section intitulée « Pluralité de causes. Responsabilité proportionnelle » et non parmi les dispositions relatives au préjudice⁸⁰. Ajoutons que le projet Terré de réforme de la responsabilité civile proposait une définition nouvelle de la perte de chances, présentée sous l'angle de la causalité comme « l'interruption d'un processus à l'issue incertaine ». (article 9).

Notons enfin que certains systèmes étrangers font appel à la perte de chance pour apprécier le degré de probabilité du lien causal et retenir, non pas une réparation partielle correspondant à une causalité diminuée, mais une réparation intégrale lorsque la chance est jugée importante, conformément à la logique du tout ou rien⁸¹. Le droit anglais se réfère ainsi au concept de vraisemblance causale prépondérante : en vertu de cette théorie de la *balance of probabilities*, pour que la vraisemblance causale soit estimée prépondérante, il faut qu'elle soit suffisamment élevée. Elle donne alors lieu à une réparation intégrale du dommage. Dans le cas contraire, aucune réparation n'est due à la victime. La perte de chance est ainsi utilisée non pas pour évaluer un nouveau préjudice réparable, mais pour mesurer le degré de vraisemblance du lien causal entre la faute et l'entier dommage effectivement subi. Si le Royaume-Uni et les États-Unis connaissent le préjudice de *loss of a chance*, ses modalités de réparation obéissant à la logique de la causalité intégrale du « tout ou rien », selon le degré de probabilité de la relation causale⁸².

Il convient de noter qu'à l'exception du contentieux de la responsabilité médicale⁸³, le Conseil d'Etat adopte une démarche identique. A condition que la chance perdue soit jugée sérieuse, le Conseil d'Etat accorde au demandeur la réparation intégrale de son dommage⁸⁴. La mise à l'écart de cette logique du tout ou rien est limitée au contentieux médical, comme le relève le rapporteur public de l'arrêt du 21 décembre

⁷⁹ CE, 5 janv. 2000, n°181899, concl. D. Chavaux ; *adde* : A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014.

⁸⁰ Art. 6.123 ; V.not : B. Dubuisson et I. Durant, « Quelques traits saillants de la causalité dans le droit belge de la responsabilité civile », in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, Lamy, 2007, p. 77.

⁸¹ Minet, thèse préc n°584 : la perte de chance a alors une dimension probatoire.

⁸² Décision *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* 1987 ; décision *Gregg v. Scott* de 2005 AC 176 (citée par S. Carval, RDC 2012, p. 813) : cet arrêt dénie toute indemnisation à la victime d'erreurs de diagnostic médical qui avait perdu des chances d'éviter les séquelles irrémédiables dont elle souffre en raison d'une prise en charge médicale tardive. Se référant au standard de la vraisemblance causale, la Chambre des Lords déboute le patient puisque les chances perdues par la faute de diagnostic étaient inférieures à 50 %.

⁸³ Jurisp préc. : CE, 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, n°289328, *AJDA* 2008, n° 3, p. 135 ; même sens : CE, 21 mars 2008, n°266157 ; CE, 15 mars 2013, n°337496 ; CE, 6 février 2013, n° 344188 ; CE, 5 janvier 2000 (arrêt [TJ]), *Rec. CE* p.5 ; *contra* antérieurement : CE, 24 avril 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, *Recueil Lebon*, n°259 ; CE, 2 déc. 1977, *Dame [X...]*, *RDSS*, 1978, p. 362, note F. Moderne ; CE, 29 octobre 1980, *Marty*, *Recueil Lebon*, n° 874 ; CE, 20 mars 1991, *Centre hospitalier régional de Toulouse c. Oulié*, n° 53128.

⁸⁴ CE, 13 novembre 1974, n°s 85792 et 85793 ; CE, 25 novembre 1998, n°181664 (délibération illégale qui prive une candidate de chances sérieuses d'être professeur des universités) ; CE, 2 octobre 2006, n°270103 (chances sérieuses d'obtenir la cassation d'un arrêt de cour d'appel) ; CE, 8 février 2010, n°314075 ; CE, 18 juin 2003, n°249630 (chance sérieuse d'obtenir l'attribution de marché public, l'indemnisation du manque à gagner) ; 14 décembre 2023, n°466746.

2007 : « le pas que nous vous invitons à accomplir ne vaudrait que pour l'indemnisation de la perte de chance dans le champ de la responsabilité hospitalière et non pour l'indemnisation des autres pertes de chance. En effet si le recours à un calcul probabiliste trouve tout son sens dans ce domaine, son maniement serait beaucoup plus difficile dans les autres domaines. Ainsi ce que vous jugerez si vous nous suivez ne modifiera pas les règles applicables par exemple pour l'indemnisation du préjudice lié à la perte de chance résultant de l'éviction irrégulière d'un concours ou de la privation de remporter un marché public. Là il y aura toujours adéquation entre la portée de l'avantage escompté et le préjudice indemnisable »⁸⁵.

B- Les principes relatifs à l'office du juge

L'office⁸⁶ du juge désigne au sens large du terme, le rôle ou la mission de ce dernier dans le fonctionnement du service public de la justice. A ce sujet, le juge est amené à trancher les litiges, apaiser les conflits, appliquer la loi, interpréter la règle de droit, ou encore réaliser la justice⁸⁷.

Dans un sens plus étroit, l'office du juge peut être perçu en contemplation du rôle des parties. Il s'agit alors de préciser le rôle respectif du juge et des parties dans la détermination des éléments du litige⁸⁸. Longtemps controversée, cette question a été réglée par le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, inséré aux articles 4 à 16 du code de procédure civile, dans un chapitre consacré aux principes directeurs du procès. Les principes relatifs à l'office du juge traduisent l'influence des thèses de Henri Motulski sur le code de procédure civile⁸⁹. Il résulte de l'ensemble de ces textes que si les parties ont la maîtrise de l'objet de la demande et des faits allégués, conformément au principe dispositif, leur pouvoir quant à la détermination du droit applicable se trouve en revanche concurrencé par le juge. La maîtrise des parties sur l'objet de la demande est solennellement affirmée à l'article 4 selon lequel " *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.*" Elle est confirmée à l'article 5 aux termes duquel « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Les parties disposent de la définition de l'objet du litige, comme de la détermination des faits qui seront dans le débat. Largement écarté dans la détermination de l'objet de la demande et des faits du procès l'office du juge retrouve en revanche toute sa plénitude dans le choix de la règle de droit applicable au litige. En effet aux termes de l'article 12 du code de procédure civile, " *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*" et " *Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et*

⁸⁵ CE 21 déc. 2007, n°289328 préc. Concl. Olson

⁸⁶ Du latin *Officium* qui signifie « devoir ».

⁸⁷ M-A Frison -Roche, « Les offices du juge », *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p.463 ; G. De Leval, « La triple mission du juge (belge) dans le procès civil », *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p.245.

⁸⁸ Not : M.Douchy-Oudot, « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubaux*, LGDJ-Dalloz, 2009 p.99.

⁸⁹

H. Motulski, *Les principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris 1948, rééditée par Dalloz 2002 ; « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1971, chron. 91.

actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée".

Le procès civil repose ainsi sur une articulation entre principe dispositif et principe de juridiction : aux parties la détermination de l'objet du litige et des faits qui s'y attachent ; au juge la détermination du droit applicable. Deux maximes latines rendent compte de cette répartition : *da mihi factum, dabo tibi jus* (donne-moi les faits, je te donnerai le droit)⁹⁰ et *jura novit curia* (le juge connaît le droit).

1) Le principe dispositif

a) Le sens du principe

Le principe dispositif est le principe selon lequel les parties disposent librement de la matière litigieuse⁹¹. La notion de matière litigieuse comprend incontestablement, selon les articles 4, 5 et 7 du code de procédure civile, l'objet et les faits du litige, c'est-à-dire les éléments objectifs du procès. La détermination de la matière litigieuse est le terrain d'élection privilégié du principe dispositif selon lequel, traditionnellement, le procès est la chose des parties. La détermination de la matière litigieuse est essentielle car elle définit l'étendue, le cadre du litige, « la saisine du juge »⁹². Le juge et les parties y trouvent la mesure de leurs pouvoirs respectifs⁹³.

Aux termes de l'article 4 du CPC, :

" L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant."

⁹⁰

V. not : J. Dupichot, « Ladage da mihi factum, dabo tibi jus », *Mélanges J.L. Aubert*, Dalloz, 2005, p.425.

⁹¹

C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 2024, n° 520 et s. ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2023, n° 527 et s. ; J. Héron, T. Lebars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2019 ; G. Bolard et V. Bolard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, chap. 321 « Matière du procès et principe dispositif » ; A. Danet, « Principes directeurs du procès », Répertoire de procédure civile ; C. Bléry et N. Reichling, « Principes directeurs du procès », Jurisclasseur fasc. 500-30 ; G. Bolard, « Les principes directeurs du procès : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP 1993, I, 3693 ; C. Bléry et L. Raschel, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Procédure*, 2012, dossier 4 ; C.Chainais, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, IRJS, 2015, p.9.

⁹²

N. Cayrol, « La saisine du juge », in *Mélanges G. Wiederkehr*, p.99.

⁹³

G. Bolard et V. Bolard, *op. cit.*, Dalloz Action, n°321.05.

En vertu du principe dispositif, ou du principe de libre disposition⁹⁴, les parties ont la maîtrise exclusive de la détermination de l'objet du litige⁹⁵. L'objet du litige est ce sur quoi le juge est tenu de se prononcer.

Traditionnellement au principe dispositif s'ajoutait le principe d'immutabilité du litige, selon lequel les éléments du litige ne pouvaient pas être modifiés en cours d'instance par les parties. Ce principe d'immutabilité du litige a cependant été abandonné par les rédacteurs du code de procédure civile. L'article 4 consacre la possibilité de faire évoluer l'objet initial du litige par l'introduction de demandes incidentes, qu'elles soient additionnelles, reconventionnelles ou en intervention. Il est cependant nécessaire que ces demandes incidentes se « *rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* », lequel est souverainement apprécié par les juges du fond, pour être recevables.

En outre, l'affaiblissement du principe de l'immutabilité du litige s'illustre également au stade de l'appel. En effet, les demandes nouvelles sont admises par le code de procédure civile dans les conditions définies aux articles 564, 566 et 567. L'article 564 pose le principe d'interdiction des demandes nouvelles. Selon ce texte, « *A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait* »⁹⁶. Cependant l'article suivant relativise l'interdiction en définissant la notion. Selon l'article 565, « *Les prétentions 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* »⁹⁷. Enfin les articles 566 et 567 autorisent en appel les demandes qui sont « *l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire* » des prétentions soumises au premier juge ainsi que les demandes reconventionnelles⁹⁸.

94

V. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, Précis Dalloz, 2024, n° 436.

95

L'objet de la demande, l'objet du litige et la prétention peuvent être tenus pour synonymes. La demande traduit procéduralement l'action en justice, en saisissant le juge d'une prétention qui forme l'objet de la demande (*Ibidem* ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc. ; l'objet du litige s'entend également de la somme des prétentions soumises au juge et peut inclure les défenses à la demande, que le juge peut en partie négliger ; G. Bolard et V. Bolard, Dalloz action, préc. n° 321.32).

96

La Cour de cassation a jugé qu'il s'agit pour le juge d'une faculté et non d'une obligation (2^e Civ., 20 janvier 2013, B II n°1).

97

L'identité de fins permettant d'écarter le caractère nouveau de la demande est appréciée largement, not : 3^e Civ., 10 mars 2016, pourvoi n° 16-12.291 (la demande en paiement d'une somme nécessaire à l'accomplissement de travaux n'est pas nouvelle par rapport à une demande d'exécution des travaux en nature).

98

Si le principe dispositif n'implique donc pas l'immutabilité de l'objet du litige, en revanche, il impose l'indisponibilité de l'objet du litige pour le juge⁹⁹. Le juge ne peut modifier les termes du litige dont il est saisi. Le principe de neutralité du juge résulte du principe de l'indisponibilité de l'objet¹⁰⁰. Selon Motulsky, en vertu du principe de neutralité " *le juge ne peut sous peine de commettre un excès de pouvoir, élargir le cadre du procès tel qu'il est tracé par les parties, ni faire état d'éléments de fait non régulièrement introduits dans les débats*". Les parties se voient ainsi conférer une maîtrise absolue dans la définition de l'objet du litige.

Ce principe est directement énoncé à l'article 5 du CPC selon lequel « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Ce texte interdit au juge de statuer *infra petita*, *ultra petita*, ou *extra petita*. Le juge est enfermé dans le cadre de l'instance tracée par les parties et il ne doit ni omettre de statuer sur l'un des chefs de la demande (*infra petita*) ni accorder plus que ce qui lui a été demandé (*ultra petita*) ni se prononcer sur des choses non demandées (*extra petita*). L'*extra petita* consiste à accorder aux parties autre chose que ce qui était demandé, dénaturant l'objet du litige non plus quantitativement, mais qualitativement¹⁰¹. La nuance entre l'*ultra* et l'*extra petita* est fragile, de sorte qu'une partie de la doctrine estime préférable de les regrouper sous le seul terme *ultra petita*, le juge accordant dans les deux cas quelque chose qui n'était pas demandé, que ce soit en plus ou en dehors de la demande¹⁰². Ainsi le juge a-t-il l'obligation de se limiter à l'objet de la demande déterminé par les parties, et de statuer sur cet objet dans son intégralité.

En revanche les moyens nouveaux sont toujours recevables en appel (art.563 CPC: « *Pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves* » ; V. par ex. 1^{re} Civ. , 27 février 2013, pourvoi n° 12-15.308)

⁹⁹

C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op.cit.* n° 525 ; G. Bolard et V. Bolard, Dalloz action, préc: « *l'immutabilité de l'objet supposerait qu'il soit interdit non seulement au juge, mais aux parties, de le modifier en cours de procès. Or, en réalité, le principe dispositif donne même aux parties le pouvoir de modifier l'objet [...] C'est pourquoi la notion d'indisponibilité paraît plus exacte pour définir l'office du juge ; Il est en effet plus rigoureux de parler " d'indisponibilité " de l'objet à l'égard du juge. Le terme " immutabilité »* (J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965 ; J. Miguët, *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, 1977) évoque l'idée que l'objet est déterminé une fois pour toutes au début de l'instance.

¹⁰⁰

H. Motulsky, « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 », in *Écrits, études et notes de procédure civile*, 1973, t. 1, p. 130, spéc. n° 2.

¹⁰¹

G. Bolard et V. Bolard, *op. cit.*, Dalloz action.

¹⁰²

ibid ; J. Héron et T. Le Bars et K.Salhi, *op. cit.*, n° 271, note 16.

Notamment, le juge statue *ultra petita* lorsqu'il accorde une réparation intégrale alors que seul un partage de responsabilité était demandé¹⁰³, lorsqu'il accorde des intérêts, alors que le paiement du capital était seul demandé¹⁰⁴, ou lorsqu'il liquide définitivement des préjudices, alors que seules étaient formulées des demandes d'indemnités provisionnelles¹⁰⁵. Il en va de même lorsque le juge accorde la réparation d'un chef supplémentaire de préjudice ou d'un dommage non demandé¹⁰⁶.

b) L'assouplissement du principe

A défaut d'exceptions, le principe connaît quelques tempéraments qui ne sont en réalité que des nuances, des atténuations, dans la mesure où ils offrent un certain pouvoir au juge d'adapter l'objet du litige, sans qu'ils ne portent véritablement atteinte à l'essence du principe dispositif¹⁰⁷. Outre l'interprétation de la volonté réelle des parties, le juge peut découvrir, derrière la demande explicite, les prétentions qui s'y trouvent virtuellement comprises ou encore retenir de la notion d'objet une conception assouplie.

Le premier tempérament consiste pour le juge à rechercher le véritable objet du litige, à rechercher derrière la lettre des conclusions quelle a été la volonté réelle de leur auteur, à donner à celles-ci en cas d'erreur terminologique la formulation juridique adéquate, à « *restituer aux conclusions des parties leur véritable portée juridique* »¹⁰⁸.

¹⁰³

2^e Civ., 14 avril 1972, Bull. civ. II, n° 100 ; 3^e Civ., 10 juillet 1972, Bull. civ. III, n° 451.

¹⁰⁴

3^e Civ., 21 juin 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 410.

¹⁰⁵

2^e Civ. 21 octobre 2004, n° 02-30.903 B II, n° 470.

¹⁰⁶

1^{re} Civ., 5 janvier 1961, B I n°9 (réparation du préjudice moral alors que le demandeur n'a sollicité que la réparation d'un préjudice matériel) ; 3^e Civ., 4 novembre 1976, Bull. III, n° 378 (allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice lié à l'empiétement, alors qu'il n'était demandé qu'une indemnité pour frais de procédure) ; Soc., 25 novembre 1971, Bull. V, n° 687 ; 3^e Civ., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.823 ; 1^{re} Civ. 10 septembre 2014, pourvoi n° 13-16.752 ; 1^{re} Civ., 14 janvier 2016, pourvoi n°15-13.081 (préjudice d'impréparation en plus de la perte de chance) ; Com., 25 mars 2014, pourvoi n° 13-15.725 (préjudice lié une garantie d'éviction en plus du préjudice résultant de la violation d'une clause de non concurrence).

¹⁰⁷

A. Danet, « Principes directeurs du procès », Répertoire de procédure civile, *préc.*

¹⁰⁸

Soc., 23 mai 1962, Bull. civ. IV, n° 467: retenir l'annulation pour cause de dol au lieu de la résolution pour dol ; 1^{re} Civ., 3 juillet 1962, Bull. civ. I, n° 339 : interpréter une demande en « résiliation » d'un bail pour vice de violence, en demande en nullité ; 1^{re} Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-14.044 : interpréter une demande en restitution du prix en une demande en résolution du contrat ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2001, pourvoi n° 99-16.687, Bull. 2001, I, n° 225 : interpréter une demande en nullité pour vice caché en une demande en résolution pour vice caché.

En agissant ainsi, il ne modifie pas l'objet de la demande¹⁰⁹.

Le deuxième tempérament consiste pour le juge à découvrir, derrière la demande explicite, les prétentions qui s'y trouvent virtuellement ou implicitement comprises. Notamment, selon la jurisprudence, la demande d'expertise aux fins de déterminer les causes de désordres contient implicitement une demande en déclaration de responsabilité¹¹⁰. De même, le juge peut parfois accorder un droit moins étendu que le droit réclamé, cette demande étant virtuellement comprise dans la prétention¹¹¹. Plus généralement, selon certains auteurs, lorsque les effets d'une règle de droit sont hiérarchisés, « le juge statue ultra petita s'il accorde le plus important alors que seul le moins important a été sollicité [alors que] dans le cas inverse, il est raisonnable de penser que l'effet le moins important est implicitement sollicité à titre subsidiaire »¹¹². De même, selon la Cour de cassation, sont virtuellement comprises dans les demandes exprimées, celles qui en sont la " conséquence nécessaire"¹¹³.

Enfin, troisième tempérament, il convient selon certains auteurs de retenir une acception large ou souple de l'objet du litige pour l'application des articles 4 et 5 du code de procédure civile en le comprenant comme les fins, sociales et économiques, vers lesquelles est tendue la demande, le résultat économique et social qui est recherché¹¹⁴.

109

L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, n° 220, p. 762 : « son pouvoir d'interprétation de l'objet du litige [...] permet ainsi [au juge] de contourner les limites formelles de sa saisine pour en respecter l'esprit ». Si le juge recherche la volonté réelle des parties, en interprétant leurs conclusions mal rédigées, c'est seulement en vertu d'un pouvoir et non d'un devoir (V. G. Bolard et V. Bolard, *Procédure civile*, préc. n° 221-31).

110

3^e Civ., 19 mars 1985, pourvoi n° 83-17.217, Bull. civ. 1985, III, n° 58 ; 3^e Civ., 5 février 2013, pourvoi n° 11-25.572 ; 1^{re} Civ., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-19.526 : la demande de désignation d'un expert en vue de donner son avis sur la valeur de l'immeuble et le montant de l'indemnité d'occupation constituait une demande implicite en paiement d'indemnité d'occupation.

111

Not : un droit de passage, au lieu de la propriété d'un couloir (1^{re} Civ., 6 janvier 1959, Bull. I, n° 8), l'interdiction de gérer, administrer, contrôler une personne morale au lieu de la faillite personnelle du débiteur (Com., 26 mai 1971, Bull. IV, n° 141 ; art. L.653-8 code de commerce issu de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008), une indemnité légale de licenciement au lieu d'une indemnité contractuelle (Soc., 12 novembre 1997, n° 94-43.839 : « la demande d'indemnité contractuelle de licenciement formulée par le salarié impliquait nécessairement celle d'une indemnité légale, pour le cas où la première ne pouvait lui être accordée »).

112

J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *op.cit.*, n° 272.

113

1^{re} Civ., 7 avril 1965, Bull. civ. I, n° 262 ; 2^e Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n°07-18.493, Bull. II, n° 212 ; 2^e Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n°07-18.492.

114

H. Motulsky, « Prolégomènes pour futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., n° 32 ; L. Cadiet et E. Jeuland,

La jurisprudence offre un certain nombre d'illustrations de cette approche élargie de l'objet du litige. Notamment, le juge peut, sans changer l'objet du litige, apprécier les modalités de réparation du dommage et substituer à une demande d'indemnisation en capital, le versement d'une rente et réciproquement¹¹⁵. En choisissant une modalité plutôt que celle spécialement demandée, le juge ne modifie pas l'objet de la demande le « résultat économique et social » visé par la demande n'étant autre que la réparation du dommage¹¹⁶. Le juge peut également allouer d'office des intérêts moratoires¹¹⁷ ou encore substituer à une demande en résolution pour inexécution du contrat l'allocation de dommages et intérêts¹¹⁸.

2) Le principe de juridiction

Selon l'article 12 du code de procédure civile :

" Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

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.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ".

L'article 13 ajoute que : *" Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ".*

op. cit., n° 496 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op.cit.*, n°516 ; M.Douchy-Oudot, art.préc.

¹¹⁵

2^e Civ., 21 novembre 1973, Bull. II, n° 304 ; 1^{re} Civ., 28 avril 1986, Bull. civ. 1986, I, n° 107 ; Crim., 10 février 1987, Bull. crim. n° 65.

¹¹⁶

H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, n° 67 et 89.

¹¹⁷

Soc., 17 juillet 1962, Bull. civ. IV, n° 648 ; 1^{re} Civ., 21 juin 1988, pourvoi n° 86-15.356, Bull. civ. I, n° 200 ; Com., 25 mai 1982, pourvoi n° 80-10.108, Bull. civ. IV, n° 196 ; Crim., 3 novembre 1987, Bull. crim. 1987, n° 380 ; 1^{re} Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-11.483 ; Soc., 28 janvier 2004, n° 01-46.447

¹¹⁸

1^{re} Civ., 27 novembre 1950, Bull. I, n° 237 ; Com., 17 janvier 1962, Bull. n° 40 ; une partie de la doctrine estime que cette solution ne méconnaît pas le principe dispositif car l'objet de la demande du créancier n'est pas telle sanction, mais « *une sanction quelconque en réaction à l'inexécution contractuelle* » (J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, n°31 ; T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, n° 355).

Par principe de juridiction, on entend le principe en vertu duquel le juge statue conformément aux règles de droit applicables au litige qui lui est soumis. Dans la répartition des rôles respectifs des parties et du juge, le principe de juridiction confère au juge le rôle prépondérant au regard du droit applicable au litige.

L'alinéa premier du texte selon lequel « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », traduit ce principe en obligeant le juge à faire une application de la règle de droit, lui interdisant de recourir à l'équité. Le juge a le devoir général de statuer en droit. Les alinéas suivants du texte déclinent cet office en tirant des conséquences plus précises relatives à la qualification des faits et au relevé d'office des moyens de droit.

a) Le devoir de requalification des actes et faits

Le devoir de requalification des actes et faits résulte de l'alinéa 2 du texte. Il s'agit là d'une véritable obligation pour le juge. Même lorsque les parties ont déjà procédé à une qualification, il appartient au juge de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux¹¹⁹.

Le devoir de requalification des faits et actes litigieux trouve toutefois une limite résultant du principe dispositif : le juge ne peut requalifier les faits et actes litigieux qu'à la condition que cette opération n'entraîne pas de changement dans l'objet du litige.

b) Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit

Le relevé d'office consiste pour le juge à appliquer une règle de droit qu'aucune des parties ne lui a proposé d'appliquer. Selon l'ancien alinéa 3 de l'article 12 : « *le juge peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* ». Rappelons que cet alinéa a été annulé par le Conseil d'Etat au motif qu'en ne prévoyant pas lors du relevé d'office d'un moyen de droit l'obligation pour le juge de provoquer les observations des parties, le texte privait les plaideurs de la garantie de la contradiction. Cependant, selon la doctrine, la suppression formelle du texte n'a pas fait disparaître la règle sous-jacente, qui trouve une assise suffisante dans l'alinéa 1^{er} de l'article 12. En outre, l'actuel alinéa 3 dispose que, le juge ne peut changer le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Ce qui implique le pouvoir de principe du juge de modifier le fondement de la demande en l'absence d'un tel accord. Par ailleurs, selon l'article 16 alinéa 3 du code de procédure civile : le juge « *ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ». Cela

119

Not : requalification d'un partage en transaction (1^{re} Civ., 7 juillet 1981, B I n°250) ou d'une astreinte conventionnelle en clause pénale (2^e Civ., 3 septembre 2015, pourvoi n° 14-20.431; Ch. mixte, 21 décembre 2007, pourvoi n° Bull. civ. 2007, ch. mixte n° 13.

signifie, a contrario, que le juge dispose du pouvoir de relever d'office un moyen de droit¹²⁰ à condition de respecter le principe de la contradiction¹²¹.

La question qui reste est de savoir si le relevé d'office d'un moyen de droit constitue une obligation ou une simple faculté pour le juge. Le juge est-il tenu de relever d'office les moyens de droit ou bénéficie-t-il à cet égard d'une liberté d'appréciation? L'office du juge se traduit-il en termes de pouvoir ou de devoir ?

Les diverses chambres ayant donné à cette question une réponse différente¹²², la Cour de cassation a fixé la solution dans son arrêt [X] rendu en assemblée plénière le 21 décembre 2007¹²³. Selon l'arrêt: « *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* ».

Autrement dit, contrairement à l'opération de requalification des faits et actes, l'opération consistant à relever d'office un moyen de droit n'est en principe qu'une simple faculté pour le juge. La Cour de cassation a ainsi distingué entre la qualification et la requalification des faits et actes litigieux d'un côté, opérations obligatoires pour le juge, et le changement de fondement juridique de la demande

¹²⁰

Qui n'est plus qualifié « de pur droit ».

¹²¹

V. not : J. Normand, « le juge et le fondement du litige », *Mélanges P.Hébraud*, 1981, p. 595; Ph. Blondel, « Le juge et le droit », in *Le code de procédure civile 20 ans après*, Doc Fr. 1998, p. 103 ; G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 ; R. Martin, « Le juge devant la prétention », D. 1987, chron. 35 ; « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ? », D. 1994, chron. 308 ; « Le relevé d'office d'un moyen de droit », D. 2006, p. 2201.

¹²²

La première chambre se prononçait en faveur de l'obligation (not : 1^{re} Civ., 16 juin 1993, pourvoi n° 91-18.924, Bulletin 1993 I N° 224; 5 novembre 1996, pourvoi n° 94-18280 ; 25 janvier 2005 pourvoi n° 02-12072 ; 15 mai 2007, RDC 2007. 1125, obs. G. Viney), la deuxième et la troisième se prononçaient en faveur d'une simple faculté (2^e Civ., 8 juin 1995, Bull. civ. II, n° 168 . 3^e Civ., 1^{er} juin 2005, Bull. civ. III, n° 118 ; 2^e Civ., 8 novembre 2006, Bull. civ. III, n° 217) ; sur cette jurisprudence, appliquée à la responsabilité civile v. not : L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, IRJS éditions, 2010 préf. L. Cadiet ; M. Bacache, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Héron*, LGDJ 2008 p. 23.

¹²³

Ass. plén., 21 décembre 2007, pourvoi n° 06-11.343 , Bull. ass. plén. n° 10 : O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche de sens », D. 2008, p. 1102 ; RDI 2008. 102, obs. P. Malinvaud ; BICC 15 avr. 2008, p. 18, rapp. Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; JCP 2008. II. 10006, note Weiller ; JCP 2008. I. 138, n° 9, obs. Amrani-Mekki ; Procédures 2008. Comm. 70, obs. R. Perrot ; RCA 2008. Comm. 112, note S. Hoquet-Berg ; Dr. et pr. 2008. 103, note Lefort ; CCC 2008. Comm. 92, note L. Leveneur ; RDC 2008. 435, obs. Y ; M. Serinet ; Bolard,, art. préc., JCP 2008. I. 156.

de l'autre, opération qui ne constitue qu'une simple faculté pour celui-ci. La solution a été réaffirmée depuis¹²⁴.

Cette jurisprudence a été diversement accueillie par la doctrine, favorable dans son ensemble à la thèse du devoir pour le juge de relever d'office les moyens de droit¹²⁵.

On a d'abord observé que la simple faculté postulerait la partialité du juge qui choisit de s'abstenir, renvoyant à son arbitraire¹²⁶.

La doctrine a surtout relevé que les deux opérations de qualification des faits et d'application de la règle de droit étaient intimement liées, une requalification étant le préalable du relevé d'office d'une nouvelle règle de droit¹²⁷. Certes il est

124

Soc., 10 mai 2012, pourvoi n°11-15.183 ; 5 décembre 2011, pourvoi 10-14.618 ; Com., 16 mars 2010 (quatre arrêts), n° 08-20.358, n° 08-20.359, n° 08-20360 et n° 08-20.361 ; Soc., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-21.619 : « *ayant constaté qu'elle était saisie d'une demande de dommages-intérêts, fondée sur la seule responsabilité délictuelle de la société BNP Paribas qu'elle déclarait prescrite, la cour d'appel n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur le manquement de l'employeur à une des obligations résultant du contrat de travail le liant au salarié* ».

125

Not : Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, préf. R. Perrot ; « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges Hébraud*, 1981, p. 595 ; G. Bolard, note sous 1^{re} Civ., 22 avril 1997 (2 arrêts), JCP 1997. II. 22944 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Litec, 2006, n° 537 s ; *contra* : Martin, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », D. 1990, chron. 163 ; « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier », D. 1994. Chron. 308 ; « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », D. 1996. Chron. 20 ; « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée n », D. 2005. Point de vue 1444 ; « Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin) », D. 2006, Point de vue 2201.

126

S. Guinchard, « Prolégomènes pour réformer la procédure civile », D. 2017, p. 2488 : « *à suivre la solution de 2007, le juge n'a pas l'obligation de requalifier, mais il peut le faire, au gré de son humeur ! Il y a donc rupture d'égalité entre les justiciables selon que le juge requalifie ou ne requalifie pas* » ; même sens : G. Bolard, « L'impartialité au risque de la loi », JCP 2015, 1085.

¹²⁷ Not : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op.cit.*, n° 571 : « *comme l'avait montré Motulsky, requalifier c'est d'emblée substituer à une règle de droit invoquée par les parties une autre règle de droit, donc relever d'office un moyen de droit. La qualification [...] n'est qu'une première étape, indissociable de la seconde, à savoir l'application du moyen de droit, du régime juridique associé à la notion juridique ainsi appliquée* » ; G. Bolard et V. Bolard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action chap. 321 : « *La (re)qualification des faits au regard d'une règle de droit non invoquée par les plaideurs équivaut au relevé d'office de cette règle de droit : que le juge relève d'office l'article 1240 C. civ., ou qu'il requalifie une faute contractuelle en faute délictuelle, le résultat est rigoureusement le même. Les deux opérations sont de même nature [...] Énoncée par l'arrêt du 21 décembre 2007, la distinction entre la qualification qui serait obligatoire, et le changement de dénomination ou de fondement juridique qui serait facultatif, est vide de sens* » ; O.

théoriquement possible de distinguer les deux opérations, la requalification consistant à substituer un concept juridique à un autre mal choisi pour dénommer juridiquement des faits, le relevé d'un moyen de droit consistant à déduire de ces nouvelles qualifications les règles juridiques applicables. Cependant, la distinction demeure artificielle et en pratique compliquée¹²⁸. L'opération de requalification mène toujours à un changement de fondement juridique et donc à relever d'office d'un moyen de droit nouveau.

c) Quid de la requalification de l'objet du litige ?

Qu'en est-il de la requalification de l'objet du litige ? L'article 12 du code de procédure civile est resté silencieux sur la requalification de l'objet du litige. On a pu dès lors se demander si le devoir de requalification des faits et actes concernait aussi la requalification de l'objet de la prétention.

La clarification du régime de cette opération résulte également de l'arrêt [X] précité de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007. Cet arrêt assimile le régime du relevé d'office d'un moyen de droit et celui de la requalification de l'objet de la demande. Pour éviter toute ambiguïté, la Cour préfère parler dans ce cas de " *changement de dénomination juridique* " de la demande, réservant le terme de requalification à l'opération s'appliquant aux faits et actes du litige¹²⁹. Elle aligne le régime du changement de dénomination juridique de la demande sur celui du relevé d'office d'un moyen de droit. Selon une partie de la doctrine la raison d'être de cette assimilation de régime résulte du constat que le changement de dénomination juridique de la demande entraîne un relevé d'office consécutif et inversement¹³⁰.

Deshayes note préc. : « *il faut faire observer qu'il est malcommode de faire cohabiter un devoir de requalification d'office et une simple faculté de relevé d'office des moyens de pur droit. Car les deux choses se distinguent fort mal l'une de l'autre. Les qualifications n'existent en effet pas en elles-mêmes : ce sont des clés permettant de déclencher l'application d'une règle de droit. Dès lors, requalifier, c'est nécessairement admettre de se placer sous l'empire d'une autre règle, c'est nécessairement se fonder sur un autre moyen [...]* Quelle différence faut-il faire en pratique entre la requalification d'un fait de défectuosité (appelé vice caché par le plaideur) en défaut de délivrance conforme et le relevé d'office d'un moyen de pur droit tiré du manquement à l'obligation de délivrance conforme ».

128

Not. Croze, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse, Lyon 3, 1981, n°s 500 et s. ; Moury, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile*, thèse, Paris 2, 1986, p. 123 et s. ; L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Bibl. de l'IRJS, LGDJ, 2010, n° 301 ; C. Blery, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? », in *Mélanges Héron*, Lextenso, 2008, p. 110 et s. ; Bolard in Guinchard, *op. cit.*, n° 221-114 ; V. cependant une opinion plus nuancée: Douchy-Oudot, « L'office du juge », in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 99.

129

S. Guinchard, F. Ferrand C. Chainais et L. Mayer, *op. cit.* n° 533 ; adde : Soc., 6 oct. 2010, pourvoi n° 09-40.609 ; 3^{ème} Civ., 24 juin 2014, pourvoi n° 13-14.780 .

130

Là encore, cette solution résultant de l'arrêt [X] a pu être critiquée par la doctrine en raison du caractère artificiel de la distinction entre la requalification des faits qui est obligatoire et la requalification de l'objet de la demande ou le changement de dénomination de la demande qui resterait facultatif¹³¹.

Cependant, le juge ne peut requalifier la prétention et changer la dénomination juridique de la demande que dans le respect du principe dispositif. Le juge ne doit pas modifier l'objet du litige¹³².

Cette directive n'est pas toujours facile à appliquer. La raison en est que la notion d'objet du litige connaît des nuances et des assouplissements tenant au pouvoir du juge d'interpréter la volonté réelle des parties, de statuer sur des demandes implicites virtuellement comprises dans la demande initiale ou d'adopter une approche large de l'objet consistant dans le résultat économique et social recherché (cf : supra).

La jurisprudence offre de multiples illustrations de cette souplesse dans l'appréhension de l'objet du litige aux fins de requalification de la demande. Les exemples de requalification juridique de la demande qui ne heurtent pas l'objet du litige sont nombreux.

Notamment: requalification d'une demande de résolution pour vices cachés en demande de résolution pour manquement à l'obligation de délivrance conforme¹³³; requalification d'une action en résolution en une action en nullité pour erreur substantielle, violence ou dol¹³⁴; requalification d'une demande de nullité pour erreur

ibid : « A la lettre il s'agit moins d'une requalification de l'objet de la demande que d'un changement de fondement juridique au soutien de cet objet. La question est donc celle moins d'une requalification de l'objet de la demande que du relevé d'office d'un moyen de droit à l'appui de cet objet ».

¹³¹ O. Deshayes, note. préc.: « L'espèce le prouve : un fait de défectuosité qualifié de vice caché par un plaideur au soutien de sa demande en résolution n'est pas autre chose qu'une demande fondée sur la garantie contre les vices cachés. Faut-il alors comprendre que le devoir de requalification des faits et actes s'efface lorsque l'opération aboutit à changer la dénomination ou le fondement de la demande choisis par le plaideur ? ».

¹³²

Not: Soc., 27 mars 1996, pourvoi n° 93-42.660, B V, n° 122 ; Soc. 21 mai 2008, pourvoi n° 06-45.600 : « s'il appartient au juge de requalifier une action ou une demande, il ne peut en modifier l'objet » ; Soc., 21 mai 2008, pourvoi n° 06-45.600 : « s'il appartient au juge de requalifier une action ou une demande, il ne peut en modifier l'objet » ; v.not : X. Lagarde, « L'adieu à la cause. Relire Motulsky », in *Le renouveau du code de procédure civile (1975-2005)*, p.307

¹³³

1^{re} Civ., 14 février 1989 Bull. civ. I n°83 ; 16 juin 1993, Bull. civ. I n° 224; 25 janvier 2005, Bull. civ. I n°52; 24 janvier 2006, Bull. civ. I n°36

¹³⁴

Com., 6 février 1978 : Bull. civ. IV, n° 49 ; 1^{re} Civ., 3 juillet 1962, Bull. I, n° 339; Com. 12 janv. 1993, n° 90-17.764 , Bull. IV, n° 4 ; 1^{re} Civ. , 22 avril 1997, pourvoi n° 95-12.152 , B I, n° 129 « alors qu'il lui appartenait de restituer à la sanction du dol son exacte qualification ».

en une demande en garantie des vices cachés¹³⁵; requalification en tierce-opposition d'une action paulienne¹³⁶; requalification d'un enrichissement sans cause en gestion d'affaires¹³⁷, requalification de la nullité en rescision pour lésion¹³⁸, requalification en demande en inopposabilité de la demande en nullité¹³⁹, requalification d'une demande de paiement d'un rappel de salaire, en condamnation à payer des dommages et intérêts¹⁴⁰, requalification d'une demande de paiement au titre de loyers en paiement d'indemnité d'occupation¹⁴¹.

C- Application : Les enjeux procéduraux de la nature de la perte de chance

Que fait le juge lorsqu'il choisit d'examiner l'existence d'une perte de chance qui n'avait pas été demandée ?

S'agit-il d'une requalification des faits et notamment du dommage subi ? Redonne-t-il aux faits leur exacte qualification en requalifiant le dommage final en préjudice de perte de chance de l'éviter ? Si tel est le cas, le juge aurait l'obligation de le faire en vertu de l'alinéa 2 de l'article 12 du code de procédure civile. Il serait tenu d'examiner l'existence d'une perte de chance même non demandée s'il rejetait la demande de réparation du dommage final.

¹³⁵

1^{re} Civ., 12 juillet 2001, Bull. civ. I n°225.

¹³⁶

2^e Civ., 9 janv. 1991, pourvoi n° 89-18.877, B II, n° 15

¹³⁷

1^{re} Civ., 16 mars 2004, pourvoi n°02.00.186.

¹³⁸

3^e Civ., 19 décembre 1977, pourvoi n° 76-15.078, B III, n° 452 ; 21 mai 1979, pourvoi n° 78-10.578, B III, n° 110.

¹³⁹

Com., 10 juill. 1989, pourvoi n° 87-12.621, B IV, n° 218.; l'élargissement du concept d'objet s'illustre également dans l'appréciation de l'autorité de chose jugée (1^{re} Civ., 8 mars 2005, BICC 15 juin 2005, n° 621 : « *une action en nullité et une action en inopposabilité d'un même acte tendent tous deux à le voir déclarer sans effet* », en sorte qu' « *il existe une identité d'objet entre les deux actions et l'autorité de la chose jugée attachée à la première fait obstacle à la recevabilité de la seconde* »).

¹⁴⁰

Soc., 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.281: « *c'est dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article 12 du Code de procédure civile que la cour d'appel a restitué à la demande formée par sa salariée son exacte qualification* » ; adde: Com., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-21.663 : « *une cour d'appel a pu, sans modifier l'objet du litige, en application de l'article 12 du Code de procédure civile, requalifier la demande de paiement de la rémunération convenue en une demande de dommages-intérêts* ».

¹⁴¹

3^e Civ., 20 octobre 2016, n° 15-19.091, Bull. 2016, III, n° 136 : « *l'article 12 du code de procédure civile permet au juge, lorsque les parties n'ont pas, en vertu d'un accord exprès, limité le débat, de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande* ».

S'agit-il simplement d'une requalification de l'objet de la demande, d'un changement de dénomination juridique ? La demande en réparation de l'entier dommage serait requalifiée en demande de réparation de la perte de chance de l'éviter ? Si tel est le cas, le juge bénéficierait d'une simple faculté d'examiner et de réparer une perte de chance non demandée, sous réserve du respect de la contradiction. Il ne serait pas tenu de rechercher d'office une perte de chance non demandée.

Autrement dit, lorsque le juge considère que la demande n'est pas seulement celle de la réparation du préjudice final mais également celle de la perte de chance de l'éviter change-t-il la qualification des faits (préjudice de perte de chance et non préjudice plein) ou simplement la dénomination de la demande (demande de réparation du préjudice de perte de chance et non demande limitée à l'indemnisation de l'entier dommage). En a-t-il le devoir ou s'agit-il d'une simple faculté ? Il résulte en effet de l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007 que si le juge a l'obligation de requalifier les faits, il a simplement la faculté de changer la dénomination juridique de la demande, à condition de respecter l'objet du litige. Il est à noter que ce faisant le juge ne relève pas d'office un moyen de droit. En effet, quel que soit le préjudice retenu, préjudice final ou perte de chance de l'éviter, le fondement juridique sera toujours le même, à savoir la responsabilité pour faute de l'auteur du dommage.

Cette hésitation sur la nature de l'office du juge met en évidence la difficulté consistant à distinguer l'opération de requalification des faits, laquelle relèverait d'un devoir, de l'opération de requalification de l'objet, qui relève d'un simple pouvoir.

Mais alors, qu'il s'agisse d'une requalification des faits ou d'un changement de dénomination de la prétention, le juge ne peut y procéder que dans le respect, non seulement du contradictoire, mais surtout et en amont, de l'objet du litige, conformément au principe dispositif. Le juge ne peut changer la dénomination de la demande qu'à la condition de respecter l'objet du litige. Est-ce le cas lorsque le juge répare une perte de chance quand seule était demandée la réparation de l'entier dommage ? Le juge respecte-t-il l'objet du litige lorsqu'il répare, non pas le dommage subi, mais la seule perte de chance de l'éviter ?

La réponse à ces questions dépend de la nature de la perte de chance et des liens qu'elle entretient avec le préjudice dit plein, entier ou final.

L'analyse substantielle de la perte de chance précédemment exposée permet d'envisager trois options.

* Première option : la perte de chance est appréhendée uniquement comme un préjudice distinct du dommage final.

Dans ce cas, les articles 4 et 5 du code de procédure civile devront s'opposer à la réparation de la perte de chance lorsqu'elle n'a pas été demandée, y compris lorsque le juge la constate. En effet, le juge ne peut pas réparer un poste de préjudice ou un dommage non demandé sans statuer ultra petita. Que le juge ait l'obligation de requalifier les faits ou la faculté de requalifier la demande, de changer la dénomination juridique, ce pouvoir ne peut s'exercer que dans le cadre de l'objet

du litige. Le juge ne pourrait pas réparer la perte de chance constatée car il statuerait ultra petita, au-delà de l'objet du litige.

En outre, dans l'hypothèse particulière où le demandeur aurait expressément dit dans ses conclusions d'appel qu'il ne demandait que la réparation du préjudice plein, écartant celle de la seule perte de chance de l'éviter, le moyen qui reprocherait au juge de ne pas avoir réparé la perte de chance qu'il constate serait a fortiori jugé contraire devant la Cour de cassation et par suite irrecevable. En effet, on ne peut à la fois refuser en appel la réparation d'un préjudice et en invoquer l'indemnisation en cassation sans se contredire. Si le constat que ce moyen est né de la décision attaquée permet d'écarter l'irrecevabilité, le moyen serait alors mal fondé.

* Deuxième option : la perte de chance ne constitue pas conceptuellement un préjudice distinct mais une manifestation particulière d'une causalité diminuée, une simple technique d'appréciation de la causalité.

Si la perte de chance n'est pas analysée comme un préjudice distinct, mais appréhendée comme le préjudice final dont la causalité est simplement diminuée, dans cette hypothèse, le respect des articles 4 et 5 et de l'objet du litige entraînerait à l'inverse l'obligation pour le juge de requalifier les faits et d'examiner la réparation de la perte de chance, même non demandée. Il ne s'agirait plus simplement de requalifier la demande mais de requalifier les faits, dans le respect de l'objet du litige¹⁴². Le dommage dont la réparation est recherchée a été mal nommé. C'est le même dommage dont l'exacte qualification est rectifiée par le juge. En quelque sorte, la demande de réparation du préjudice final comporterait implicitement une demande subsidiaire de réparation de la perte de chance de l'éviter¹⁴³ puisqu'il s'agit du même dommage appréhendé au prisme d'une causalité altérée.

En outre, dans l'hypothèse particulière où le demandeur aurait expressément écarté dans ses conclusions d'appel la réparation de la seule perte de chance, le moyen qui reprocherait au juge de ne pas avoir réparé la perte de chance qu'il avait pourtant constatée ne pourrait pas être jugé contraire, le dommage dont la réparation est sollicitée étant toujours le même.

* Troisième option intermédiaire : la perte de chance est un préjudice distinct du dommage final mais fortement dépendant de ce dernier.

¹⁴²

C. Hélaïne, D. Actualité 1^{er} octobre 2024 note sous 1^{re} Civ., 25 septembre 2024, pourvoi n° 23-15.925 : « S'il faut porter une attention très précise au dispositif des écritures, cette ligne jurisprudentielle tend toutefois à ne pas exagérer cette prudence. Une demande en responsabilité intégrale porte en son sein, au minimum, une réparation de la perte de chance subie si la juridiction en détecte une parmi les faits présentés par les parties ».

¹⁴³

Implicitement en ce sens: 1^{re} Civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 06-17.859, Bull. 2008, I, n° 204 : « La Cour d'appel a pu, sans méconnaître l'objet du litige ni le principe de la contradiction, considérer que le préjudice causé par le manquement du banquier à son devoir de conseil s'analysait en une perte de chance qu'elle a souverainement évaluée ».

Cette analyse intermédiaire et complexe entraînerait deux catégories de conséquences attachées à l'une et à l'autre de ses deux facettes.

Tout d'abord, les deux préjudices étant distincts, le juge n'aurait pas l'obligation de requalifier les faits, mais simplement la faculté de requalifier la demande. Le juge n'aurait donc pas l'obligation de rechercher d'office l'existence d'une perte de chance non demandée. En outre, lorsqu'il choisit de le faire, il devra respecter le principe du contradictoire, les préjudices étant conceptuellement distincts.

Ensuite, les deux préjudices bien que distincts étant largement dépendants et imbriqués, cette faculté de requalifier la prétention respecterait l'objet du litige, entendu de façon souple comme la fin économique et social souhaitée par le demandeur¹⁴⁴. La réparation de la perte de chance perçue comme un préjudice fonctionnel de substitution au dommage final, ne dépasserait pas l'objet de la demande. Le juge bénéficie de la faculté de requalifier la prétention, de changer la dénomination de la demande puisque cette faculté s'exerce dans la limite de l'objet du litige. Dans cette approche, le juge ne statue pas *ultra petita* lorsqu'il écarte la réparation de l'entier dommage pour ne réparer que la perte de chance de l'éviter.

En résumé, cette troisième option permet d'accorder au juge la faculté de requalifier la demande (art. 12 du CPC), dans la limite de l'objet du litige (art. 4 du CPC) et dans le respect du contradictoire (art. 16 du CPC).

Il est à noter que cette approche procédurale de la perte de chance correspond au traitement substantiel de celle-ci par la jurisprudence. Préjudice ambivalent ou hybride, la perte de chance est perçue tantôt comme distinct du préjudice final tantôt comme une simple réparation partielle de celui-ci. Cette dualité ou ambivalence peut se refléter également en procédure civile. Préjudice distinct, le juge n'est pas tenu d'examiner d'office son existence si elle n'a pas été demandée ; le moyen qui l'invoquerait pour la première fois en cassation est nouveau et dès lors irrecevable. Préjudice dépendant, le juge peut le rechercher en requalifiant la demande sans pour autant dépasser l'objet du litige, mais en respectant le contradictoire.

Cette hybridation procédurale est en miroir avec l'hybridation substantielle

Dans l'hypothèse particulière où le demandeur aurait expressément dit dans ses conclusions d'appel qu'il ne demandait que la réparation du préjudice plein et non celle de la perte de chance de l'éviter, le moyen reprochant au juge de ne pas avoir réparé un préjudice qu'il constate pourrait ne pas être jugé contraire et par suite irrecevable pour trois raisons :

144

En ce sens : S. Carval, note sous 18 septembre 2008 : L'objet du litige était ici la réparation du dommage causé par le défaut d'information. Ce n'était pas le modifier que d'écarter la définition erronée qu'en proposait l'emprunteur au profit d'une analyse tenant compte de l'aléa affectant la possibilité qu'il aurait eue, dûment informé, de contracter une meilleure assurance.

Tout d'abord, le demandeur qui sollicite la réparation de son entier préjudice et qui ensuite se contente de la réparation de la seule perte de chance de l'éviter, seule constatée par le juge, ne se contredirait pas. Les liens étroits qu'entretiennent ces deux préjudices empêcheraient de retenir la contradiction. Le demandeur, qui dans ses conclusions écarte le préjudice de perte de chance, le fait dans le seul but d'obtenir une réparation intégrale de son entier dommage, au titre d'une stratégie procédurale. A défaut de réparation intégrale du dommage final non juridiquement réparable, le demandeur qui se contenterait ensuite de celle d'un préjudice de substitution ne ferait pas preuve de contradiction.

Ajouté à cela, qu'il sera en pratique très difficile de distinguer les hypothèses où le demandeur a demandé la seule réparation de l'entier préjudice de celles où il aurait exclu expressément la réparation de la perte de chance.

Enfin, si le moyen contraire qui propose une argumentation incompatible avec celle qui avait été développée devant les juges du fond est irrecevable¹⁴⁵, il n'en va plus de même lorsqu'il est né de la décision attaquée. C'est le cas du moyen qui reproche au juge de ne pas avoir réparé une perte de chance dont il a constaté l'existence dans son arrêt.

L'examen de la jurisprudence relative à l'office du juge et à la perte de chance, exposée précédemment, permet de constater qu'elle correspond largement à cette troisième option intermédiaire, s'appuyant sur une analyse hybride de celle-ci.

En effet, tout d'abord, selon la Cour de cassation, le juge n'est pas tenu de rechercher l'existence d'une perte de chance lorsque seule est demandée la réparation de l'entier dommage. Il bénéficie à cet égard d'une simple faculté. Cette simple faculté signifie en amont que l'opération consiste pour le juge à requalifier l'objet de la demande à en changer la dénomination, et non à requalifier les faits du litige, opération qui se traduit en termes d'obligation.

Il est à noter cependant que le Conseil d'Etat retient sur cette question une solution différente. Concernant l'office du juge administratif en matière de perte de chance, le Conseil d'Etat a pu censurer un arrêt ayant rejeté la demande en réparation d'un patient victime d'une faute médicale, sans indemniser la perte de chance découlant de la faute constatée¹⁴⁶. Selon le rapporteur public : « *Les parties peuvent bien sûr l'invoquer à titre subsidiaire mais nous considérons qu'il entre aussi dans l'office du juge de vérifier si le dossier qui lui est soumis ne conduit pas à en faire application... dans un cas comme celui de l'espèce où il existe une incertitude sur le lien entre la faute et les séquelles qui ne permet pas d'admettre un lien direct entre eux mais pas de certitude d'absence de lien, il est de l'office des juges de fond*

¹⁴⁵

1^{re} Civ., 10 janvier 1995, n° 92-21.730 : Bull. civ. 1995, I, n° 24 ; Soc., 28 novembre 2007, n° 06-40.489 : Bull. civ. 2007, V, n° 19 ; 1^{re} Civ., 1er juillet 2009, n° 08-16.851 : Bull. civ. 2009, I, n° 147 ; 2^e Civ., 14 mars 1990, n° 89-10.505 : Bull. civ. 1990, II, n° 60 ; Com., 21 janvier 1992, n° 90-11.562 : Bull. civ. 1992, IV, n° 21 ; Com., 26 juin 1990, n° 88-13.283 : Bull. civ. 1990, IV, n° 187.

¹⁴⁶ CE, 26 mai 2010, n°306354.

d'examiner, y compris lorsque les parties ne l'invoquent pas expressément devant eux, si la faute n'a pas été à l'origine d'une perte de chances »¹⁴⁷.

Ensuite, selon la jurisprudence largement majoritaire, lorsque le juge constate une perte de chance non demandée, il est tenu de la réparer. Le visa des articles 4 et 5 auxquels sont rendus ces arrêts témoignent du respect de l'objet du litige. La réparation de l'entier dommage a le même objet que la réparation de la perte de chance de l'éviter.

III- Autres enjeux procéduraux : l'autorité de chose jugée

Selon l'article 1355 du code civil *« l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité »*.

Traditionnellement, la jurisprudence considérait que la cause s'entendait au sens de ce texte comme le fondement juridique de la demande. Un changement de fondement juridique suffisait à faire obstacle à l'autorité de la chose jugée¹⁴⁸. En cela, la doctrine considérait qu'entraient dans la « cause » au sens de l'article 1355 non seulement les faits, mais également les éléments de droit. Cette conception conduisait par conséquent à accepter que le justiciable exerce successivement plusieurs actions en responsabilité fondées sur des textes différents sans se heurter à l'autorité de la chose jugée¹⁴⁹ ou plusieurs actions en nullité, dès lors qu'elles étaient fondées sur des vices de nature différente¹⁵⁰.

Cependant, certains arrêts semblaient en sens contraire. Notamment, dans un arrêt du 4 mars 2004¹⁵¹, la deuxième chambre civile a approuvé une cour d'appel qui avait constaté que « dans les deux procédures, (le demandeur) entendait obtenir le remboursement de sommes prêtées » et qu'il « ne développait que des moyens nouveaux » en invoquant dans la seconde instance le mandat, la gestion d'affaires, la garantie personnelle, le cautionnement, le pacte de constitut, la répétition de

¹⁴⁷ Conclusions de Salins ; *adde* : C. Grossholz, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, v° Evaluation du préjudice, n°89 : « l'obligation d'instruire en vue d'évaluer le préjudice va jusqu'à imposer au juge de rechercher, même d'office, si la faute n'a pas engendré une perte de chance dans les domaines dans lesquels la jurisprudence administrative fait application de cette notion sur le terrain de l'évaluation du préjudice » .

¹⁴⁸

Com., 4 octobre 1954, Bull. civ. III, n° 286 ; AP, 3 juin 1994, Bull. ass. plén. n° 4.

¹⁴⁹

Not : Req. 16 juillet 1928, DP 1929. 1. 33, note Savatier ; 2^e Civ., 24 juin 1970, Bull. civ. II, n° 221 ; 2^e Civ., 5 juin 1971, Bull. civ. II, n° 203.

¹⁵⁰

Not : Req. 14 novembre 1917, DP 1917. 1. 166 ; Com., 8 mars 1967, Bull. civ. IV, n° 106.

¹⁵¹

2^e Civ., 4 mars 2004, Bull. civ. II, n° 84.

l'indu et l'enrichissement sans cause d'en avoir déduit que sa demande nouvelle « se heurtait par conséquent à l'autorité de la chose jugée ». ¹⁵²

Le 7 juillet 2006, l'assemblée plénière, dans l'arrêt [X], a énoncé qu'« *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* » de sorte qu'ayant constaté que, comme la demande originaire, celle dont elle était saisie, formée entre les mêmes parties, tendait à obtenir le paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière, la cour d'appel avait pu en déduire que le demandeur « *ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation* » ¹⁵³.

Ce faisant, la Cour de cassation énonce un principe nouveau de concentration des moyens : c'est l'ensemble des moyens que le plaideur est invité à présenter lors du premier procès. Il en résulte que la chose jugée portera sur l'ensemble de ces moyens, qu'ils aient été ou non débattus et jugés. La chose jugée n'est donc plus subordonnée aux faits et règles de droit sur lesquels le jugement s'est prononcé. Toutes les règles de droit propres à soutenir la demande sont fictivement incluses au débat et censées être tranchées par la décision.

La doctrine a relevé que ce nouveau principe « *s'inscrit parfaitement dans la tendance de la procédure civile contemporaine qui vise à promouvoir une certaine loyauté des parties dans l'exercice de leur droit d'action, en même temps que l'exigence d'efficience procédurale, garante d'une meilleure administration de la justice* » ¹⁵⁴. On a fait ainsi observer que « *en législation, il est juste de reconnaître qu'une telle obligation pourrait se comprendre. Il est assez naturel d'exiger d'un demandeur qu'il présente à son juge, au besoin sous la forme de subsidiaires, tous les moyens de droit dont il croit devoir disposer afin de vider en une seule fois le contentieux qui l'oppose à son adversaire, sans se réserver in petto une bouée de sauvetage en cas d'échec. ... On veut espérer par-là que la procédure gagnera en célérité et que les tribunaux feront l'économie de litiges en chaîne à propos d'une même contestation* » ¹⁵⁵. D'autant que la voie d'appel demeure toujours ouverte de sorte que l'exigence de concentration des moyens au premier degré trouve sa

¹⁵²

Même sens : 1^{re} Civ., 28 mars 1995, Bull. civ. I, n° 139.

¹⁵³

Ass. plén., 7 juillet 2006, pourvoi n°04-10.672, Bull. n°8, RLDC 2007/34, n° 2379, note L. Miniato ; RTDciv. 2006, p. 825 note R. Perrot ; D. 2006, p. 2135 note L. Weiller ; JCP G 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; même sens : 1^{re} Civ., 28 mai 2008, pourvoi n°07-13.266 : « *il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes formées sur la même cause* » ; 1^{re} Civ., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.047, publié : C. Bléry, Dalloz actualité, 3 octobre 2018 ; 2^e Civ., 17 janvier 2019, pourvoi n° 18-10.350 publié ; 2^e Civ., 11 avr 2019, pourvoi n° 17-31.785 publié ; Com., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-28.833, publié.

¹⁵⁴ L. Weiller, note préc.

¹⁵⁵ R. Perrot, préc.

contrepartie nécessaire dans la recevabilité pour la première fois de moyens nouveaux au second degré.

Cette jurisprudence a néanmoins été également critiquée. On a d'abord observé que l'arrêt amputait le texte d'une des trois conditions qu'il pose à l'autorité de chose jugée. En effet, la Cour de cassation ressert la notion de cause sur les seuls faits à l'origine de la demande. La doctrine a ainsi relevé que « *de cette épreuve judiciaire, la relativité de la chose jugée sort sérieusement cabossée* »¹⁵⁶, que la condition d'identité de cause posée par l'article 1351 « *est pratiquement vidée de sa substance* »¹⁵⁷ ou encore que « *le rôle de la cause s'en trouverait réduit à néant, puisque l'autorité de chose jugée ne serait déterminée que par l'identité de la chose demandée et les parties* »¹⁵⁸. De sorte que la doctrine a pu se demander s'il ne conviendrait pas de détacher l'obligation de concentration des moyens de la question de l'autorité de chose jugée pour lui attribuer une sanction propre¹⁵⁹. La doctrine a ensuite pointé les inconvénients de la solution, combinée avec le principe selon lequel le juge n'a pas l'obligation de relever d'office les moyens de droit, dégagé par l'arrêt précité du 21 décembre 2007. Le principe de concentration des moyens aurait été mieux toléré si le juge avait l'obligation d'examiner d'office toutes les règles de droit applicables au litige¹⁶⁰.

Cependant, même si certains arrêts de la première chambre avaient laissé suggérer le contraire¹⁶¹, il n'existe pas de principe de concentration des demandes¹⁶² : le

¹⁵⁶ G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », préc. JCP 2008, I, 156.

¹⁵⁷ R. Perrot, RTD civ. 2006, p. 826 préc. : « *elle ne trouvera plus guère à s'appliquer que dans les hypothèses exceptionnelles où la cause nouvelle ne se serait révélée qu'après le prononcé du jugement ou de l'arrêt dont l'autorité est invoquée* » (1^{re} Civ., 21 septembre 2005, Bull. civ. I, n° 340).

¹⁵⁸ G. Wiederkehr, obs. préc.

¹⁵⁹ En ce sens : N. Fricero, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de J.-F. Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 199 et s., spéc. n° 12, p. 205 ; comp. J.-Cl. Magendie, « Célérité et qualité de la Justice », Doc. fr., 2004, p. 69 et s. ; O. Deshayes, note préc. : Comment prétendre opposer l'autorité de chose jugée à un moyen qui n'a pas été porté devant le juge alors que l'autorité de chose jugée est limitée à ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans le dispositif ?

¹⁶⁰ Not. S. Guinchard, « L'autorité de la chose jugée qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de changer le fondement juridique des demandes » ; in *Mélanges G. Wiederkehr*, D. 2009, p. 379 ; C. Bléry, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise- Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du code de procédure civile », Procédure 2012, ét. 6 n°11.

¹⁶¹ 1^{re} Civ., 28 mai 2008, pourvoi n°07-13.266 ; 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.530 : RLDC 2012/98, n° 4874, p. 69, obs. C. Bléry ; contra : deuxième et troisième chambres civiles et chambre commerciale (par exemple, 3^e Civ., 27 mai 2009, pourvoi n° 08-11.388 Publié ; 2^e Civ., 22 novembre 2012, pourvoi n° 11-24.493 ; 3^e Civ., 8 juillet 2014, pourvoi n° 13-18.534 ; Com. 10 mars 2015, pourvoi n° 13-21057 ; 3^e Civ. 17 juin 2015 pourvoi n° 14-14.372 publié ; 2^e Civ., 19 octobre 2017, pourvoi n° 16-24.372 ; 2^e Civ., 16 mars 2017, pourvoi n° 16-15.426 ; Com., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-20.392 ; 3^e Civ. 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.487.

¹⁶²

La première chambre civile a abandonné cette solution (1^{re} Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 15-16743, publié ; 1^{re} Civ., 30 novembre 2016, pourvoi n°15-20.043 ; *adde* : 2^e Civ., 15 décembre 2022, pourvoi n° 21-16.007.

demandeur n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits¹⁶³. Si le principe de concentration des moyens dès la première instance s'applique au demandeur, celui-ci n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits.

Comment ces principes trouvent-ils à s'appliquer à la réparation de la perte de chance ? Là encore, cela dépendra de l'option retenue quant à la nature de la perte de chance.

Si la perte de chance est un préjudice distinct du dommage final, une nouvelle demande fondée sur la perte de chance ne pourra pas se heurter à l'autorité de la chose jugée, les deux demandes n'ayant pas le même objet. Le principe de concentration des moyens ne se double pas d'un principe de concentration des demandes pour les mêmes faits.

En revanche, si la perte de chance est perçue comme un préjudice dépendant du dommage final, et par suite participant du même objet de la demande entendue largement, une nouvelle demande fondée sur la perte de chance se heurtera à l'autorité de chose jugée et au principe de la concentration des moyens dès la première demande.

En l'espèce, la cour d'appel a rejeté la demande de la société Unipatis Production aux motifs que :

« M. [P], en tant que professionnel du droit auquel un employeur a recours pour l'organisation d'une mesure de licenciement, doit prendre connaissance du contrat de travail qu'il s'agit de rompre et attirer l'attention de l'employeur sur toutes les conséquences de la rupture du contrat de travail, peu important que cet employeur ait ou non rédigé la clause de non-concurrence litigieuse...La question de l'opportunité de la levée ou de la non levée de la clause aurait dû être abordée par le conseil, l'employeur ayant à peser les avantages et inconvénients de l'une ou l'autre des solutions en termes de comparaison entre le risque réel de concurrence de la part du salarié et le coût de la contrepartie financière en cas de non levée de la clause de non-concurrence...Tenu à une obligation particulière d'information et de conseil, il incombait à l'avocat de rappeler à sa cliente la possibilité de faire l'économie de la contrepartie financière de cette clause lors de la procédure de licenciement ce qui pour la société Unipatis, en dépit de l'utilité de la clause de non-concurrence pour l'employeur pouvait être une option compte tenu de ses difficultés financières dont elle justifie. Il ne saurait en effet être préjugé de la décision de la société Unipatis si l'avocat avait rempli son obligation d'information et de conseil à l'égard de sa cliente

...

Pour autant, le préjudice qui résulte de ce manquement se limite à la perte de chance de ne pas avoir eu la possibilité de faire un choix éclairé sur la levée ou non de la clause. Or, il est constant qu'une perte de chance ne se confond pas avec un préjudice consommé contrairement à ce que la société Unipatis prétend. Cette perte de chance doit ainsi être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. L'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 25 juin 2013 n° RG 12/05032 cité par l'appelante n'est pas transposable au présent litige puisque dans l'espèce soumise à cette cour, le dossier montrait que l'employeur avait entendu renoncer à l'application de la clause de non-concurrence si bien que, en quelque sorte, il était démontré dans cette espèce que la perte de chance de l'employeur était totale. Or, dans la

¹⁶³ V. notamment, E. Jeuland, JCP G 2010, 1052 ; S. Amrani-Mekki, « Glissement d'une concentration des moyens vers une concentration des demandes », Gaz. Pal. 2-3 mars 2012, p. 24 ; C. Bléry « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès », *Mélanges Jacques Héron*, LGDJ 2008, p.111.

présente affaire, la société Unipatis exclut toute perte de chance et ne demande pas la réparation d'un tel préjudice de sorte que sa demande au titre de la réparation du préjudice constitué selon elle par l'obligation de s'acquitter de toutes les sommes mises à sa charge par l'arrêt définitif de la cour d'appel de Caen du 18 octobre 2018 outre cotisations sociales patronales ne peut qu'être rejetée. »

La première branche du moyen fait grief à l'arrêt de manquer de base légale au regard de l'article 1147, devenu 1231-1, du code civil pour avoir jugé que, par principe, il ne saurait être préjugé de la décision de la société si l'avocat l'avait correctement informée, de sorte que le préjudice constituerait une simple perte de chance, sans rechercher concrètement quel aurait été le choix exercé par la société au regard des circonstances de fait invoquées.

Cette branche a fait l'objet d'une proposition de RNSM qui n'a pas fait l'objet d'observations.

La deuxième branche fait grief à l'arrêt de violer les articles 4 du code de procédure civile et 1147, devenu 1231-1, du code civil pour avoir refusé d'indemniser le préjudice résultant de la faute de l'avocat en considérant que ce préjudice était une simple une perte de chance dont cette dernière ne demandait pas réparation, la société réclamant la réparation intégrale du préjudice subi, alors 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.

Il appartiendra à la Cour d'apprécier la pertinence de ces griefs, après le cas échéant, s'être prononcé sur la recevabilité du second.