

## Perte de chance par la faute de l'auxiliaire de justice : la valse-hésitation de la Cour de cassation (1/3)

Parmi les préjudices réparables en tant qu'ils découlent de la responsabilité civile professionnelle d'un auxiliaire de justice (avocat, avoué, avocats aux conseils), figure en bonne place la *perte de chance* de gagner un procès ou tout du moins de faire valoir ses droits en justice.

En effet, comme il est souvent difficile, du fait de l'aléa judiciaire, d'avoir une certitude en la matière, il est fait appel à la notion de « *perte de chance* ».

La mission du juge chargé d'un tel contentieux consiste donc, pour apprécier l'importance de la chance perdue, à replacer la victime dans la situation qui aurait dû être la sienne si l'auxiliaire de justice n'avait pas commis une faute préjudiciable à son client dans la conduite de son procès.

Traditionnellement, deux textes du code civil étaient visés par les arrêts de la Cour de cassation comme fondement de ses décisions relatives à l'indemnisation de la perte de chance d'un client par la faute de son avocat :

**l'ancien article 1147**, qui disposait : « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* »

(l'article 1231-1, qui le remplace depuis la réforme du droit des obligations, dispose : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* »)

**et l'ancien article 1149** (nouvellement codifié article 1231-2 dans une version identique) : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modification ci-après.* »

On pourra aussi, ponctuellement, voir visés l'ancien article 1382 en matière extracontractuelle et les articles 411 et 412 du code de procédure civile relatifs au mandat *ad litem*.

À maintes reprises, les commentateurs ont pu s'interroger sur le point de savoir si *toute perte de chance* ouvrait droit à réparation ou bien si seule une perte de chance *minime, sérieuse ou raisonnable* justifiait une indemnisation.

Récemment encore, par trois arrêts rendus en octobre et décembre 2016, d'aucuns se sont émus de ce que la cour suprême ayant rappelé « *que toute perte de chance ouvre droit à réparation* », il ne fallait pas redouter une indemnisation systématique propice à un accroissement sensible du contentieux en ce domaine.

Nous verrons qu'en réalité, pour hésitante qu'elle puisse paraître, **la jurisprudence de la cour régulatrice a néanmoins toujours cantonné l'indemnisation aux cas dans lesquels la perte de chance est certaine (I).**

Pour autant, un examen minutieux de l'évolution de la jurisprudence montre une tergiversation chronique sur le point de savoir si cette perte de chance, dont on a dit qu'elle devait être certaine, doit être « sérieuse », c'est-à-dire « raisonnable » **(II)** ou bien, comme cela semble être le cas aujourd'hui, s'il suffit qu'elle soit « minime » pour être indemnisable **(III)**.

### **I - Toute perte de chance judiciaire ouvre droit à indemnisation dès lors qu'elle est certaine et directement causée par la faute de l'auxiliaire de justice**

Aussi loin que l'on puisse remonter dans le temps, la Cour de cassation a toujours considéré qu'une perte de chance « judiciaire » causée par la faute d'un officier ministériel ayant privé son client de la possibilité de gagner son procès était un préjudice réparable (Cass. requ., 17 juill. 1889, DS 1891, p. 399).

#### **La perte de chance judiciaire indemnisable est la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable...**

La Haute juridiction a eu l'occasion de définir la notion de perte de chance comme un « élément de préjudice (...) présent[ant] en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée **la disparition**, par l'effet du délit, de la probabilité **d'un événement favorable**, encore que, par définition, **la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine.** » (Cass. crim. 6 juin 1990, n° 89-83703).

Pourtant, pour être indemnisable, la perte de chance doit présenter une certaine consistance, c'est-à-dire répondre à la condition de **certitude** ou, à tout le moins de probabilité : **il n'y a pas de préjudice lorsque le procès n'avait aucune chance d'aboutir favorablement.**

Dit autrement, la faute de l'avocat, aussi évidente soit-elle, ne suffit pas à justifier de la perte de chance de gagner un procès : encore faut-il caractériser le bien-fondé de la demande et l'étendue du dommage, les juges du fond évaluant souverainement la probabilité de la chance perdue (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 févr. 1997, bull. n° 65)

La Cour de cassation a alors conditionné le bien-fondé de la demande d'indemnisation (sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en l'espèce), à la démonstration de « **la disparition actuelle et certaine** d'une éventualité favorable » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 novembre 2006, n°05-15674).

Cette exigence de démonstration de « **la disparition actuelle et certaine** d'une éventualité favorable » n'est d'ailleurs pas propre à la perte de chance en matière judiciaire : on la retrouve, par exemple, au sujet du mandat d'agent immobilier (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 2012, Bull. civ. I, n° 47) ou en matière médicale (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mars 2012, Bull. civ. I, n° 68).

Comme en droit commun, le principe constant est que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et qu'elle ne peut jamais être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 juill. 1998, bull. n° 260, n°96-15.380) : en d'autres termes, la réparation ne peut jamais être intégrale lorsque le préjudice découle d'une perte de chance.

**... directement causée par la seule faute de l'auxiliaire de justice**

La Cour de cassation est exigeante à l'égard de la victime, invitée à rapporter la **preuve** de « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* » pour caractériser **le lien de causalité entre faute et préjudice**.

Ainsi, par une décision du 21 novembre 2006 a-t-elle cassé un arrêt de cour d'appel qui avait condamné un avocat ayant fait perdre une chance à ses clients de se pourvoir en cassation (et donc de leur avoir « *fait perdre une chance sérieuse d'obtenir la cassation de la décision* » dont ils se plaignaient) alors même que l'arrêt d'appel avait « *relevé que les intéressés disposaient encore de la possibilité de se pourvoir contre la décision litigieuse, signifiée par un acte dont la mention relative au délai du recours en cassation était erronée* ».

Autrement dit, pour pouvoir entrer en voie de condamnation, les juges auraient dû vérifier si les victimes n'avaient pas concouru à leur propre dommage et, de la sorte, altéré le lien de causalité entre la faute de leur avocat et leur préjudice (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 498).

De même, par un arrêt du 28 novembre 2012, la première chambre a cette fois approuvé les juges du fond d'avoir « *rejeté la demande de réparation d'une perte de chance d'obtenir l'infirmité du jugement* » reprochée à un avocat qui n'avait pas saisi une cour de renvoi après cassation, après avoir relevé « *qu'une telle infirmité, eût-elle été obtenue, aurait été sans incidence sur l'insuffisance d'actif supportée par M. X (...) en raison de sa gestion de fait et en sanction de fautes propres* » si bien que « *l'absence de saisine de la juridiction de renvoi (...) n'avait pas aggravé l'insuffisance d'actif dont le gérant de la société a eu à répondre.* » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 nov. 2012 pourvoi n° 11-26.145).

Là encore, l'avocat a peut-être commis une faute mais le préjudice n'est pas en lien direct avec cette faute et ne peut donc être réparé.

Article rédigé par Stéphane LATASTE (Chatain & Associés), le 17 mars 2017

**Références bibliographiques :**

*Julie Traullé, La réparation de la perte de chance, entre clarification et interrogations persistantes, Recueil Dalloz 2017 p.46, 5 janvier 2017*

*Olivia Sabard, Perte de chance : l'ambiguïté persiste ! Revue Lamy Droit civil n° 137, 1er mai 2016*

*Julie Traullé, Les subtilités de la perte de chance, Gaz. Pal. n°2 p22, 10 janvier 2017*

*Gwenaëlle Durand-Pasquier, Les préjudices réparables. Colloque sur « La responsabilité liée aux activités juridiques : étude de droit comparé », sept. 2014, Lyon, France*

*Commentaire par Cyril Noblot, Modalités d'appréciation de la perte d'une chance de réussite d'une action en justice, La Semaine Juridique Edition Générale n°50, 12 décembre 2001*

*La nécessaire évaluation de la perte certaine de chance, même faible, veille par Hadi Slim, la Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 janvier 2013*

*Deharo Gaëlle, La perte d'une chance, même faible, est indemnisable, LexisNexis, 12 février 2013*

*Chronique par Philippe Stoffel-Munck, Cyril Bloch et Mireille Bacache, Responsabilité civile, La Semaine Juridique Edition Générale n°51, 15 décembre 2014*

*Responsabilité d'un avocat : nécessité de la perte de chance raisonnable de succès des prétentions du client, Revue Lamy Droit civil, n°134, 1er février 2016*

*Gaëlle Deharo, Perte de chance et responsabilité professionnelle : précisions sur la doctrine de la première chambre civile, LexisNexis, 10 novembre 2016*

*Pascale Vaillier, Laurent Bloch : Avocat, Jurisclasseur Lexisnexis, fascicule 330, 17 novembre 2011, dernière mise à jour le 16 février 2016.*