



N° A1326686

Décision attaquée : 26 septembre 2013 de la cour d'appel de Montpellier

STE MMA IARD

C/

M X...

Yves Charpenel, premier avocat général

AVIS
de l'avocat général

audience de la chambre mixte du 29 juin 2015

rapporteur Monsieur Lionel Guérin

faits et procédure

A l'occasion de travaux dans la maison située à Quarante qu'ils venaient d'acheter M. et Mme X... ont constaté un état avancé d'infestation de termites, alors qu'au moment de la vente ils avaient reçu en annexe un état parasitaire établi par le cabinet Hérault Diagnostic Immobilier (société HDI).

Sur l'assignation que les acheteurs ont adressé notamment à MMA Iard l'assureur de la société Hérault Diagnostics Immobilier, par jugement du 23 mai 2011, le tribunal de grande instance de Béziers, après expertise, a mis hors de cause M Noy et la société AXA, et condamné in solidum la société HDI, la MMA Iard et la société Verdier et Associés

Par arrêt du 26 septembre 2013, la cour d'appel de Montpellier a notamment :

confirmé le jugement déféré en ce qu'il a retenu l'obligation de la compagnie MMA LARD à garantir la SARL Diagnostics Immobilier, responsable d'un état parasitaire insuffisant.

Le 22 novembre 2013, la société MMA a formé contre cet arrêt un pourvoi.

Le 13 janvier 2015 la 3^{ème} chambre civile au visa des articles L431-5 et L431-7 alinéa 1 du code de l'organisation judiciaire a ordonné le renvoi en chambre mixte.

Analyse succincte du moyen unique

Le moyen unique fait grief à l'arrêt de condamner la société MMA à payer à M. et Mme X... des sommes en réparation de leurs préjudices matériels et au titre du préjudice de jouissance.

La **branche unique** soutient que les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors que la décision qu'aurait prise le créancier de l'obligation d'information et les avantages qu'il aurait pu obtenir, s'il avait été mieux informé, ne sont pas établis de manière certaine ;

qu'en relevant pour condamner la société MMA à payer aux époux X... le montant de l'intégralité des travaux de reprise des dégâts causés par l'attaque des termites dont la présence n'avait été décelée que partiellement par l'assuré de la société MMA, que si les époux X... « avaient connu l'ampleur des dégâts causés par l'infestation des insectes xylophages, ils auraient négocié la vente avec leur vendeur en tenant compte du coût des travaux de réparations des dits dégâts » bien que de tels motifs ne soient pas de nature à établir que mieux informés, les époux X... qui avaient déjà connaissance de la présence de termites, même s'ils ignoraient l'ampleur exacte de leur attaque, auraient pu obtenir du vendeur une diminution du prix équivalente au coût des réparations

Discussion

Quel préjudice doit réparer le diagnostiqueur : perte de chance ou préjudice certain?

pour le **mémoire ampliatif** le professionnel en cause ne peut voir sa responsabilité engagée que sur la base d'une perte de chance dès lors qu'il existe une incertitude sur l'attitude que la victime aurait adoptée si elle avait été exactement informée.

En l'espèce le mémoire estime que l'état parasitaire incomplet s'analyse comme un manquement à une obligation d'information n'ayant entraîné qu'une perte de la possibilité de négocier le prix de vente afin qu'il comprenne le coût des travaux de reprise des désordres.

Il invoque à l'appui de sa thèse les principes d'indemnisation retenus en la matière par la Cour de cassation, notamment l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 12 décembre 2007 qui après avoir observé "qu'il n'était pas certain que les acquéreurs auraient renoncé à la vente s'ils avaient connu le coût des réparations des désordres non signalés " ne retient que la perte d'une chance " de mieux apprécier l'opportunité de contracter et d'échapper à l'obligation du coût de la remise en état" .

Le mémoire invoque également une décision rendue par la 3^{ème} chambre civile le 8 février 2012 qui retient également une perte de chance dans le fait de n'avoir pas suffisamment attiré l'attention de l'acheteur sur les désordres présents et le coût de la remise en état.

Le **mémoire en défense** se place lui sur le terrain de l'obligation de résultat pour conforter l'arrêt attaqué en ce qu'il sanctionne le préjudice tiré du non respect de l'arrêt de 2000 relatif à l'état parasitaire, et constate la faute du diagnostiqueur qui a omis de mentionner la présence de parasites, le lien de causalité étant fait avec le préjudice en l'espèce la nécessité de réaliser des travaux.

Selon que vous analyserez la mission du diagnostiqueur comme une obligation de moyen (obligation d'information) ou une obligation de résultat; la réparation due à l'acquéreur sera celle d'une perte de chance ou celle d'une inexécution d'une obligation contractuelle.

Les premiers juges page 7 ont relevé la faute quasi délictuelle de HDI comme n'ayant pas révélé la présence de parasites

L'arrêt attaqué a confirmé cette analyse par ces motifs :

“Dans ces conditions, le cabinet diagnostiqueur a commis une faute en ne mentionnant pas de façon explicite et exhaustive dans ses rapports parasitaires la présence de termites en activité à l'intérieur et l'extérieur des planchers bas et hauts ainsi que la présence d'attaques de termites sur les divers bois posés et jonchant le sol et l'ampleur des dégâts, notamment les dégradations des poutres du plancher rez de jardin de l'ancienne cave vinaire.

Cette faute est en relation directe avec le préjudice résultant des traitements curatifs et de changement de poutres et pièces de bois que les époux X... doivent impérativement réaliser.”

La présente affaire nous donne donc l'occasion de revisiter quelques notions fondamentales du droit civil, non celle de la caractérisation de la faute qui est ici établie et reconnue, mais celle de la réparation intégrale, celle de la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen, celle enfin de la chaîne de causalité.

1 S'agissant de la réparation intégrale il n'est pas inutile de rappeler que la terminologie juridique est ici nécessairement en rupture avec le Français vernaculaire du justiciable non juriste

De même que le principe de gratuité de la justice civile ne dispense pas le justiciable même vainqueur d'avoir à support un coût de procédure, l'affirmation de la réparation

intégrale, même exactement appliquée ne rétablit jamais la victime dans son exacte situation antérieure.

Sa véritable nature d'objectif nécessairement utopique a cependant le mérite d'éviter la barémisation en donnant au juge le rôle déterminant de trouver le type de réparation s'approchant, dans chaque espèce, de l'idéal d'équité.

Mais pour qu'il y ait réparation il faut d'abord établir une **faute** imputable à une partie, cette faute résultant de la méconnaissance d'une obligation que le juge doit identifier avant d'établir un **préjudice** découlant de cette faute dont la nature et l'ampleur doivent être précisées afin de permettre une réparation équitable, c'est à dire "intégrale" au sens de la jurisprudence.

A l'occasion d'un colloque organisé à la Cour de cassation en 2005 le professeur Heuzé résumait parfaitement cette problématique

“Dans ces conditions, il est, non pas seulement artificiel, mais radicalement inexact de prétendre que l'on procède à une réparation intégrale du dommage effectivement subi. La vérité est qu'on offre à la victime une compensation dont on veut se persuader qu'elle est satisfaisante, sous prétexte que l'on applique à la détermination de son montant une méthode dont on sait qu'elle est totalement arbitraire, mais que l'on ne peut remplacer par une autre qui ne le soit pas, sans par là même renoncer à l'objectif, pourtant irréalisable, que l'on s'est donné de replacer « aussi exactement possible la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit ».

Il en déduisait non moins justement que le principal avantage de cette construction juridique pouvait être trouvé dans la légitimation du pouvoir souverain des juges du fond une fois admis le principe selon lequel les règles de la responsabilité civile n'ont pas pour but de garantir la réparation intégrale des préjudices mais visent comme toutes les autres règles à consacrer une solution juste.

C'est d'ailleurs en matière de diagnostic parasitaire cette considération qui justifie l'intervention du législateur en précisant l'obligation qui justifiera le cas échéant des réparations, dont la nature et l'étendue restent du ressort du juge en fonction de l'affaire qu'il a à juger.

C'est donc bien à la lumière de ce principe général d'une juste réparation qu'il convient d'examiner la présente espèce

2 Sur la nature de l'obligation qui incombe au diagnostiqueur

S'agissant de l'insurmontable distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat vous trouverez dans cette espèce une nouvelle occasion d'en mesurer l'intérêt

On sait que l'obligation de moyen est une obligation juridique régie par l'article 1137 du Code civil, en vertu de laquelle le débiteur engage à fournir tous les efforts nécessaires pour essayer d'atteindre l'objectif fixé. L'obligation de moyen s'oppose à l'obligation de résultat qui, comme son nom l'indique, fixe un résultat à atteindre.

La saisine en formation mixte du présent pourvoi est justifiée pour tenter de résoudre une contradiction récurrente entre les principes retenus respectivement par la 3^{ème} chambre, qui a rendu l'arrêt attaqué, et la 1^{ère} chambre ;

L'une choisit de ne réparer, dans des hypothèses comparables de faute commise en matière de diagnostic, que la perte d'une chance, sanctionnant ainsi le manquement à une obligation de moyen, l'autre retient le principe d'une obligation de résultat dont la défaillance justifie la réparation d'un principe certain

Dans la logique de la 1^{ère} chambre en effet le manquement à une obligation de conseil est une perte de chance de ne pas contracter ou de le faire à de meilleures conditions et sa définition en est claire, puisqu'elle retient qu'il y a perte de chance dès lors que le préjudice ne peut résulter que d'un événement futur et incertain, à la différence du préjudice certain quand la survenance de l'événement qui n'a pas été révélée à la victime était certaine avant la faute de l'auteur ;

Dans la logique de la 3^{ème} chambre, que l'arrêt attaqué a parfaitement respecté, il y a bien préjudice certain dès lors que la faute entraînait nécessairement des réparations :

Ainsi le fait de ne pas voir décelé des parasites qui étaient pourtant présents, particulièrement dans l'hypothèse d'une société dont la mission est précisément de dire si ces parasites étaient ou non présents, induisait davantage que la perte de la chance de procéder différemment dans la vente de l'immeuble, mais bien un préjudice certain puisque des réparations étaient en tout état de cause nécessaires.

Il paraît en effet artificiel de soutenir que dans cette hypothèse précise le préjudice n'est qu'éventuel et qu'il ne peut s'analyser que comme la perte de chance de pouvoir conclure ou non la vente, ou de la conclure à des conditions différentes, alors que la présence de termites non détectée par un professionnel de ce domaine est un fait précis qui est en lien direct avec la nécessité, que la vente soit faite ou non, d'engager des travaux.

Rappelons que la recherche de parasites est inscrite dans une loi particulière, celle organisant la prévention et la lutte contre le fléau des termites (La loi 99-471 du 8 juin 1999)

Qu'elle est rendue applicable par le décret t 2000-613 du 3 juillet 2000 relatif à la protection des acquéreurs et propriétaires d'immeubles contre les termites et qu'elle a fait l'objet d'un arrêté du 10 août 2000 fixant le modèle de l'état parasitaire.

Rappelons encore que le diagnostic, selon le dictionnaire Larousse, est :

« l'identification de la nature d'une situation, d'un mal, d'une difficulté, etc., par l'interprétation de signes extérieurs par exemple le diagnostic d'une panne de moteur. Il est constitué d'un ensemble de mesures, de contrôles faits pour déterminer ou vérifier les caractéristiques techniques d'un système à des fins de maintenance ou d'amélioration. (Exemple : diagnostic d'un véhicule, diagnostic thermique d'un bâtiment.) »

Il s'agit bien ici, pour les termites comme pour tous les autres objets d'un diagnostic, d'identifier une réalité avérée, ce qui renvoie davantage à une obligation de résultat qu'à une simple obligation de moyen.

En effet la mission de l'entreprise est bien d'aboutir à un résultat, déterminer s'il y a ou non présence de parasites.

Le manquement à cette obligation, dès lors qu'il cause un préjudice, c'est à dire les désordres causés à l'immeuble, justifie une réparation, c'est-à-dire réaliser les travaux mettant un terme aux désordres, qui doit tenir compte du caractère certain de ce préjudice, quand bien même son montant n'est pas encore exactement connu. .

Dès lors que vous analyserez la faute commise par le diagnostiqueur comme le manquement à une obligation de résultat et non une simple obligation d'information vous pourrez considérer le préjudice subi comme certain et en tirer les conséquences sur l'étendue de la réparation.

En adoptant cette position qui donne toute sa dimension à la responsabilité de l'expert diagnostiqueur dès lors qu'il commet une faute entraînant un préjudice dépourvu d'aléa, vous poursuivrez le mouvement de jurisprudence qui tend à reconnaître un lien de responsabilité directe entre un vendeur et un professionnel intervenant dans la vente en raison d'une obligation légale de prévention de certains dommages, là où vous renvoyiez précédemment au jeu contractuel classique entre vendeur et acquéreur.

C'est ainsi que la 3^{ème} chambre dans un arrêt du 28 janvier 2015 statuant sur les conséquences d'une erreur d'un diagnostiqueur de surface est revenue sur la position restrictive antérieure qui excluait de l'indemnisation du vendeur la diminution de prix résultant des dispositions de la loi Carrez, pour admettre l'hypothèse d'une perte de chance de vendre à meilleur prix.

La reconnaissance de la faute certaine, et non de la perte d'une chance, dans le cas d'une faute avérée en lien de causalité directe avec un préjudice certain s'inscrivant dans la logique des principes fondateurs de la responsabilité civile fondée sur l'interprétation prétorienne, mais constante de l'article 1382.

Des arrêts récents de la 3^{ème} chambre civile vous ouvrent d'ailleurs cette voie.

Voir par exemple l'arrêt rendu le 27 janvier 2015 qui écarte une demande d'indemnisation de travaux consécutive à des désordres évolutifs sur les fondations pour la raison de l'absence de lien de causalité entre la faute "du syndic et le préjudice invoqué" tout en suggérant que la même demande présentée sur le fondement de la perte de chance "d'avoir pu négocier un prix moindre pour son achat " aurait pu mieux prospérer

On peut donc en déduire que si ce lien de causalité avait existé l'indemnisation des travaux de réparation aurait été possible

Cette position s'inscrivait dans la logique de décisions rendues par la même chambre dans des hypothèses d'erreur de diagnostic, et qui admettaient la réparation intégrale d'un préjudice identifié comme direct et certain causé par la faute avérée d'un diagnostiqueur :

cf 3^{ème} 13 novembre 2014 pour un diagnostic de toiture

“Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 juin 2013), que pour la vente des lots d'un immeuble, la société Gecina a confié à la société Sadel ingenierie (société Sadel), assurée auprès de la société MMA, l'établissement du diagnostic technique destiné à l'information des acquéreurs potentiels ; que se plaignant du mauvais état de la couverture de l'immeuble décrite comme étant en bon état général dans le rapport de la société Sadel, le syndicat des copropriétaires du 34, rue Pierre Sémard à Paris 9ème (syndicat des copropriétaires) et des copropriétaires ont, après expertise, assigné la société Gecina, la société Sadel et la société MMA en paiement de travaux de réparation ; que la société Gecina a sollicité la garantie de la société Sadel et de son assureur et des dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter ces demandes, l'arrêt retient que les condamnations de la société Gecina au titre de sa garantie des vices cachés affectant la toiture de l'immeuble ne constituaient pas un préjudice indemnisable permettant une action en garantie à l'encontre de la société Sadel, dont la mission avait simplement constitué à donner un diagnostic concernant ladite toiture, qu'il n'était pas établi que cette erreur de diagnostic ait causé une perte de gain ou de rentabilité de l'opération de vente litigieuse, ni que la société Gecina aurait réalisé un gain financier si elle avait pris en charge le coût de la réalisation des travaux de réparation de la toiture dès la réception du diagnostic ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Gecina faisant valoir qu'il y avait lieu de prendre en considération son propre préjudice constitué par la différence de coût de reprise des désordres entre la date de la vente de l'immeuble et celle à laquelle les travaux avaient été chiffrés, la cour d'appel n'a pas satisfait aux

exigences du texte susvisé” ;

cf encore 3^{ème} 21 mai 2014 où la cour estime que le préjudice du vendeur correspondait au coût du désamiantage:

“Mais attendu, d'une part, qu'ayant exactement retenu que le contrôle auquel devait procéder le diagnostiqueur n'était pas purement visuel, mais qu'il lui appartenait d'effectuer les vérifications n'impliquant pas de travaux destructifs et constaté que la société Augry Eps n'avait pas testé la résistance des plaques, ni accédé au comble par la trappe en verre située dans le couloir, la cour d'appel a pu en déduire que cette société avait commis une faute dans l'accomplissement de sa mission ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu, par motifs adoptés, que du fait de la présence d'amiante dans les murs et le plafond de la pièce principale de l'immeuble, il n'était pas possible de procéder à des travaux sans prendre des mesures particulières très contraignantes et onéreuses, tant pour un simple bricolage que pour des travaux de grande envergure et qu'il fallait veiller à l'état de conservation de l'immeuble, afin d'éviter tout risque de dispersion de l'amiante dans l'air, la cour d'appel, qui a caractérisé la certitude du préjudice résultant de la présence d'amiante, a pu en déduire que le préjudice de Mme Y... correspondait au coût des travaux de désamiantage” ;

cf encore celui du 12 septembre 2012 où la 3^{ème} chambre statue sur une erreur de diagnostic de termites

“Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, qu'en raison de la faute commise par la société CEA diagnostic dont les investigations insuffisantes n'avaient pas permis de révéler l'ampleur de l'infestation par les termites, M. Z..., qui avait acheté l'immeuble pour un prix en rapport avec sa vétusté, était contraint de le démolir et de le reconstruire, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il avait droit à l'indemnisation de son entier préjudice et non à celle d'une perte de chance et, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;”

voir son commentaire doctrinal :

AJDI 2003 p. 566 M. Jean-Pascal Bus La responsabilité des organismes agréés : une problématique nouvelle : “(...) Lorsque la responsabilité de l'organisme aura été établie, le principe de la réparation intégrale supposerait qu'il soit condamné à supporter le coût total des travaux rendus nécessaires par la présence des éléments non détectés lors de son intervention.

Cette décision consacrait une position de la section construction plus sévère à l'égard des diagnostiqueurs :

en sens apparemment contraire la décision rendue le 8 février 2012 par la même chambre sur un diagnostic insuffisant en matière de termites a retenu la perte de chances, mais en raison de circonstances montrant que le diagnostic n'avait pas mis en oeuvre les moyens nécessaires

“Mais attendu qu'ayant constaté que le premier diagnostic, établi le 24 décembre 2002 et annexé à la promesse de vente, n'était pas conforme à la norme XPP03.20, faute d'indications sur les parties de l'immeuble visitées par M. A..., que celui-ci n'y avait pas relevé d'importantes attaques d'insectes xylophages, avait sous-estimé la présence d'humidité dont il avait attribué l'origine à une cause bénigne et avait omis de mentionner des attaques fongiques visibles sans sondages destructifs à différents endroits de l'immeuble, et que le second diagnostic, daté du 2 avril 2003 et annexé à l'acte authentique de vente, n'était que la copie du premier diagnostic et avait été réalisé sans visite concomitante de l'immeuble, en violation des dispositions réglementaires applicables en l'espèce, la cour d'appel a pu en déduire que par ces fautes, M. A... avait fait perdre une chance à la société 9 rue du Pré d'avoir son attention suffisamment attirée sur les désordres présents de l'immeuble, sur la nécessité de le visiter intégralement et de se renseigner sur le coût des travaux de remise en état et le condamner à l'indemniser du préjudice en découlant ;”

C'est à n'en pas douter la démonstration qu'il est souvent difficile de faire la distinction entre préjudice certain et perte de chance laquelle ne peut résulter que d'un événement futur et incertain :

L'indemnité répare la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé : Civ 1^{re} 29 juin 2004 n^o 02-13.416).

“Attendu, cependant, que, déterminée en fonction de l'état de la victime et de toutes les conséquences qui en découlent pour elle, l'indemnité de réparation de la [perte de chance](#) d'échapper au risque qui s'est réalisé, ne saurait présenter un caractère forfaitaire et doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par l'intéressée; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a donc violé le texte susvisé “;

La perte de chance “ne peut résulter que d'un événement futur et incertain” (Civ 1^{re} 29 juin 2004 n^o 03-14.841).

Le préjudice est certain et doit être intégralement indemnisé quand la survenance de l'événement qui n'a pas été révélée à la victime était certaine avant la faute de l'auteur.

Voir le JurisClasseur civil fasc.101 droit à réparation : “(...) La chance étant la probabilité de survenance d'un événement favorable, si la survenance de l'événement dont a été privée la victime était certaine avant son empêchement par l'auteur, alors le préjudice est

lui-même directement certain et il est inutile de recourir à la notion de perte de chance pour en obtenir l'indemnisation."

C'est l'hypothèse de l'affaire ayant donné lieu à un arrêt du 26 septembre 2001 : le coût des réparations nécessitées par la présence de capricornes non signalés par l'architecte constituait un préjudice certain et non une perte de chance. *"La victime ne perd pas seulement une chance, c'est-à-dire une probabilité que ne survienne un événement favorable, puisque dès l'origine elle est certaine, à cent pour cent, de subir un préjudice, c'est donc ce préjudice qu'il convient d'indemniser directement."*

Reste donc à harmoniser cette position de la 3^{ème} chambre avec la **jurisprudence de la 1^{ère} chambre** qui s'en tient à la reconnaissance d'une simple perte de chance en matière de manquement à une obligation de conseil et non à la réparation intégrale

cf par exemple:

pour une faute d'un notaire
1^{ère} civile du 30 avril 2014 1316380

Mais attendu qu'après avoir retenu une faute à l'encontre du notaire, l'arrêt relève que la perte de chance de choisir un autre régime matrimonial était minime, dès lors que la préoccupation principale des époux lors de la signature du contrat de mariage était d'assurer la protection du conjoint survivant et non d'envisager les conséquences d'une rupture du lien matrimonial, et que les parties avaient tenu compte des modalités de la liquidation du régime matrimonial pour fixer le montant de la prestation compensatoire ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu estimer que M. B... ne justifiait pas d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance raisonnable d'adopter un autre régime matrimonial ; que le moyen n'est pas fondé ;

pour une erreur d'une agence immobilière :
1^{ère} civile 8 mars 2012

Attendu que, pour condamner in solidum les époux C..., vendeurs d'un bien immobilier, et Mme D..., acquéreur, à verser à M. E..., agent immobilier, une somme à titre de dommages-intérêts, l'arrêt énonce, d'abord, que, dans le mandat de vente non exclusif à lui confié par les premiers, la commission à la charge de l'acquéreur n'a pas été précisément chiffrée ou définie proportionnellement au prix de vente résultant de la négociation, puisqu'il a seulement été indiqué que la commission était fixée selon "barème de l'agence" et que cette formule méconnaît les exigences de l'article 73 [du décret] du 20 juillet 1972, le mandat ne précisant pas exactement les conditions de rémunération de l'agent immobilier, ensuite, que les comportements fautifs des vendeurs et de l'acquéreur ont fait perdre à M. E... une chance de percevoir sa commission d'intermédiaire, ce qui lui a causé un préjudice financier ;

Qu'en statuant ainsi, alors que seule constitue une perte de chance réparable la disparition

actuelle et certaine d'une éventualité favorable, de sorte que l'agent immobilier, qui ne pouvait prétendre au versement d'une commission que le mandat n'avait pas régulièrement fixée, n'avait pas subi de perte de chance d'en recevoir le paiement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Pour un défaut d'information médicale

1^{ère} civile 10 avril 2013 1214813

Attendu que, pour condamner M. F..., médecin ophtalmologiste, à indemniser de l'ensemble de ses préjudices Mme G..., sur laquelle il avait pratiqué, le 23 mai 1995, une intervention combinée de la cataracte et d'un glaucome de l'oeil gauche, dont les suites avaient nécessité une nouvelle opération trois mois plus tard, puis l'éviscération de l'oeil en 2002, l'arrêt attaqué, après avoir constaté que M. F... n'avait pas respecté l'obligation d'information qui lui incombait, retient que cette faute ayant privé Mme G... de donner un consentement ou un refus éclairé à l'intervention, il y a lieu de l'indemniser des conséquences des complications survenues résultant de l'acte chirurgical non constitué de façon éclairée, et que, dans la mesure où aucun élément du dossier ne permet de connaître le délai d'évolution prévisible de la pathologie oculaire de Mme G... en l'absence d'intervention, c'est l'ensemble de ces complications et de leurs conséquences survenues dans les suites directes et immédiates de l'intervention pratiquée qui doit être indemnisé ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant ainsi nécessairement caractérisé un lien entre la faute commise et une perte de chance pour Mme G... d'éviter le dommage en renonçant à l'intervention, il lui appartenait de déterminer la fraction de l'indemnité devant être mise à la charge de M. F..., la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

A noter cependant que l'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre le 2 octobre 2013 (1220504) permet de nuancer le recours exclusif à la perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information :

"Mais attendu qu'après avoir retenu que les époux H... n'avaient pas été complètement informés sur les risques que comportait l'opération, la cour d'appel a estimé que la sécurité annoncée du placement constituant une caractéristique essentielle pour ces investisseurs, les avait déterminés à s'engager dans une acquisition dont l'objectif immédiat n'était pas de "profiter" d'un appartement à la montagne ; que, par ces motifs, d'où il résulte, avec certitude, qu'exactement informés sur les caractéristiques les moins favorables de l'investissement proposé et sur les aléas financiers corollaires des avantages annoncés, les époux H... auraient refusé d'y souscrire, elle a légalement justifié sa décision de réparer les préjudices financier et moral nés des manquements retenus à l'encontre de la société Izimmo".

La Cour ayant en l'espèce retenu le caractère substantiel de l'information manquante pour aller au delà de la simple perte de chance.

Vous observerez en résumé que la contradiction entre les deux jurisprudences ne tient en réalité qu'à l'appréciation de la nature de la faute :

le manquement à une obligation d'information générale un préjudice éventuel réparable sur le seul fondement de la perte de chance, alors que le manquement à une obligation de résultat peut elle justifier une réparation intégrale.

En conséquence j'estime que la nature particulière de l'obligation légale pesant sur le diagnostiqueur de parasites peut être analysée comme une obligation de résultat dès lors d'une part qu'il ne lui est pas reproché de ne pas avoir mis en oeuvre tous les moyens utiles, ni d'autre part que ce qui est attendu de lui n'est pas une simple obligation de conseil ou d'information mais un résultat technique concret, la présence ou l'absence de parasites.

En admettant qu'une telle erreur dont il n'est pas discuté qu'elle soit bien imputable au diagnostiqueur ni qu'elle a entraîné un préjudice direct et certain pour vendeur, vous pourrez admettre le principe d'une réparation intégrale après en avoir précisé les conditions, contribuant ainsi à davantage délimiter ses frontières avec la perte de chance.

3 La perte de chance, panorama jurisprudentiel :

La perte d'une chance, si l'on s'en tient à la définition donnée notamment par la 3^{ème} chambre dans sa décision du 2 octobre 2013 ou la 1^{ère} dans sa décision du 9 juillet 2009, ne peut être retenue que s'il existe un aléa, une incertitude quant à la décision qu'aurait prise le bénéficiaire de l'obligation d'information s'il avait été complètement informé.

la notion de perte de chance a marqué un progrès mais elle reste en deçà d'un seuil d'une réparation réellement intégrale :

cf en matière médicale un arrêt de **la 2^{ème} chambre civile** du 9 avril 2009 B n°98 pour lequel, classiquement, 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.

Dans le même esprit voir 2^{ème} CIV du 15 janvier 2015 :

“Dès lors, viole l'article 1382 du code civil et le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime, la cour d'appel qui après avoir constaté que la victime était âgée de 33 ans à la date de l'accident et demeurait atteinte d'une tétraplégie, retient pour la débouter de sa demande d'indemnisation au titre du préjudice d'établissement qu'elle a préalablement à l'accident fondé un foyer et eu trois enfants qui continuent de lui rendre

*visite en dépit de la rupture du couple parental, alors que le préjudice d'établissement recouvre en cas de séparation ou de dissolution d'une précédente union, la **perte de chance** pour la victime handicapée de réaliser un nouveau projet de vie familiale."*

Ce type d'analyse suscite cependant de constantes critiques doctrinales dont celle par exemple de M .Penneau qui préfère le concept de préjudice autonome d'impréparation.

en matière **commerciale** citons l'analyse de M.Desfossez pour lequel :

La perte de chance représente le dommage consistant dans l'aggravation d'une probabilité funeste ou la diminution d'une probabilité heureuse. Elle ne désigne donc qu'un préjudice de substitution auquel on recourt lorsque, convaincu de l'implication de la faute dans le dommage, on ne peut raisonnablement lui prêter, comme prolongement causal, qu'une incidence sur la probabilité qu'avait la victime de subir la frustration dont elle se plaint ». Il en résulte que la réparation de la perte d'une chance ne peut pas avoir à proprement parler un caractère forfaitaire mais doit consister en une fraction du préjudice, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais en tout état de cause, comme l'a jugé la Cour de cassation, « 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 ».

La chambre commerciale juge ainsi que le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en une perte de chance.

Le professeur Desfossez y voit logiquement un point faible de la protection de l'emprunteur assuré qui n'est ainsi jamais couvert intégralement.

Voir aussi cet arrêt du 2 décembre 2014 où la chambre commerciale juge que :
"N'ont pas pour contrepartie une prestation fournie au débiteur, au sens de l'article L. 622-17 du code de commerce, les dommages-intérêts demandés par le bailleur en réparation de la perte de la chance de pouvoir relouer immédiatement les lieux."

La même logique est appliquée par exemple par **la commission nationale de réparation des détentions** :

cf CNRD du 27 octobre 2014 :

cnrd 27 10 2014

" qu'il invoque, enfin, une perte de chance d'obtenir un aménagement de la peine prononcée à son encontre en janvier 2009 qu'il exécutait au moment de la délivrance du mandat de dépôt dans la présente affaire ; qu'il convient de constater que M. I... s'est trouvé dans

l'impossibilité de présenter une requête visant à un aménagement de peine alors qu'il pouvait se prévaloir d'éléments favorables de nature à valoriser ses chances d'en obtenir le bénéfice, justifiant de garanties de stabilité familiale, de l'obtention d'un diplôme durant sa détention, d'une promesse d'embauche et de l'octroi d'une permission de sortie ; que, dans cette mesure, il convient de considérer que son préjudice s'en est trouvé aggravé”;

Même logique pour la **chambre criminelle**

voir par exemple un arrêt du 27 mai 2014 :

“alors que, en vertu de l'article 1382 du code civil et du principe de réparation intégrale, le préjudice doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ; que la contradiction de motifs équivaut à leur absence ; qu'en l'espèce, alors qu'il résultait de ses propres constatations qu'en raison de l'état de santé de l'exposante son espérance de vie était inférieure à celle de son époux, la cour d'appel a considéré que l'exposante ne pouvait prétendre qu'à l'indemnisation d'une perte de chance d'être assistée, sa vie durant, par son époux ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de motifs et a violé les textes visés au moyen” ;

S'agissant de la situation particulière des diagnostiqueurs techniques, la nature plus contraignante de leurs obligations par rapport à celles résultant de rapports contractuels classiques, qui sont le domaine privilégié de la perte de chance, il convient à présent de s'interroger sur la pertinence de s'en tenir à la théorie désormais acquise de la perte de chance pour rechercher la réparation d'un préjudice direct sur la base d'une responsabilité autonome.

4 Le point de vue réglementaire :

A l'appui de cette thèse extensive renforçant la réalité d'une réparation intégrale au delà de la perte d'une chance il est intéressant de considérer la réponse ministérielle n°32660 du 22 octobre 2013 relative au diagnostic énergétique:

« il en existe plusieurs. D'une part, il est possible pour le client de s'adresser au diagnostiqueur en personne pour en discuter, ou à l'organisme qui l'a certifié car celui-ci est chargé dans une de ses nombreuses missions de gérer les réclamations. D'autre part, l'article L. 271-4 du CCH précisant que « l'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le DPE qui n'a qu'une valeur informative » ne concerne que les relations entre le vendeur et l'acquéreur. (...) Cependant, cette disposition n'empêche pas l'acquéreur de se retourner contre le diagnostiqueur en invoquant sa responsabilité délictuelle (C. civ., art. 1382) dès lors que le diagnostiqueur a commis une faute contractuelle qui lui a causé un dommage.

Si la responsabilité délictuelle du diagnostiqueur est avérée, elle ne peut conduire à la nullité du contrat de vente puisqu'il n'est qu'un tiers au contrat. Le diagnostiqueur pourrait cependant être condamné à verser des dommages et intérêts à l'acquéreur en réparation du préjudice qu'il a subi. Si le vendeur a usé de manoeuvres frauduleuses en annonçant sciemment une classe différente que celle qui apparaît réellement dans le DPE par exemple, le dernier alinéa de l'article L. 271-4 du CCH ne fait pas obstacle à l'application des règles de droit commun qui régissent les contrats.

Cela peut constituer un dol (...) qui est un vice du consentement de l'acquéreur qui peut alors entamer une action en nullité du contrat de vente ».

5 droit comparé

Le droit comparé peut également vous inciter, dans l'hypothèse de la faute certaine du diagnostiqueur, à étendre le recours direct contre le technicien fautif :

le **droit belge** par exemple où un arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 2012 puisqu'il stipule que « La perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable »

La jurisprudence récente insiste sur le fait que la perte de chance doit être établie de manière certaine et non pas hypothétique, comme dans la jurisprudence française la chance doit être sérieuse et réelle se distinguant d'un simple espoir.

Le **droit néerlandais** reconnaît non seulement la théorie de la perte de chance, mais en outre, une indemnisation est possible en fonction du degré de probabilité qu'une faute entraîne un dommage. Le « *Hoge Raad* » a rendu un arrêt intéressant le 31 mars 2006.

Dans cette affaire, une personne était atteinte du cancer. Elle fumait beaucoup mais elle avait été exposée à l'amiante. La relation causale ne pouvait être déterminée par rapport à ces deux causes et la Cour suprême a choisi pour une solution *proportionnelle*.

Le **droit anglais** peut se montrer, comme l'est en général le droit anglo-saxon, moins timide dans la recherche de réparation:

cf note Denis Philippe in Largier décembre 2013 :

Ainsi dans une affaire Mac Ghee / National Coal Board⁵², où se posait la question de savoir s'il existait une relation causale entre l'absence d'installation protectrice et une maladie contractée, il n'y avait pas une preuve médicale certaine.

“Mais la House of Lords a néanmoins admis la possibilité qu'une responsabilité pouvait

être établie même en l'absence de preuve d'un lien entre la faute et le dommage. Le seul fait de créer un risque, énonce alors WILBERFORCE, est qu'une lésion corporelle survient dans la sphère de risque. Par conséquent, la perte doit être supportée par cette personne ayant créé le risque, à moins qu'il ne soit prouvé que le dommage soit imputable à une autre cause."

cf également dans l'article de Lemaire et Zecevic in Semaine juridique notariale de novembre 2014 un éclairage sur l'acquisition de bien immobilier où un dossier d'audit technique est désormais imposé mais où tant que l'avant contrat n'est pas régularisé aucune obligation précontractuelle n'est imposée .

Toutefois selon la common law, c'est à l'acquéreur d'effectuer les démarches afin d'obtenir ces renseignements ; alors que selon le système français, c'est au vendeur, tenu d'une obligation d'informations découlant de la bonne foi, de fournir ces mêmes renseignements.

Pour achever ce rapide tour d'horizon du droit comparé en la matière, vous observerez que **le droit allemand**, dont il n'est pas nécessaire de rappeler l'importance pour l'analyse des fondements de notre responsabilité civile ne connaît pas la théorie de la perte de chance

cf Hans Jurgzen Sonneneberger Lamy 2007:

Dans la logique du principe de causalité adéquate la loi civile allemande comme la jurisprudence rappelle que c'est au juge, selon l'article 287 du code de procédure civile allemand qui décidera " selon sa libre conviction et en appréciation de toutes les circonstances " en cas de contestation sur la réalité d'un dommage évolutif dans le futur ; l'article 252 définissant ce type de dommage comme "un gain manqué qu'il était possible avec vraisemblance d'après le cours normal des choses"

La cour fédérale étend depuis 1992 cette règle non seulement au dommage évolutif mais également au préjudice évolutif .

Cette approche très pragmatique où le lien de causalité et l'aléa du préjudice futur sont appréciés directement et complètement me paraît de nature à favoriser une réparation plus proche de l'idéal de réparation intégrale, que les constructions certes évolutives mais encore très restrictives de notre perte de chance "à la française" particulièrement dans les situations comparables à notre espèce où la faute est certaine comme le préjudice et pourtant ne peut être réparée qu'incomplètement.

En retenant une réparation intégrale des conséquences d'une faute commise par un professionnel vous vous ancrez encore davantage dans la logique européenne qui s'efforce de rapprocher davantage en matière d'indemnisation la faute de ses conséquences

Vous confortez ainsi, dans l'esprit d'une réponse adéquate et juste à un préjudice et une faute particulière la jurisprudence la plus récente de la 3^{ème} chambre civile en la matière et

constante depuis une décision du 15 septembre 2001 qui posait clairement

“La victime ne perd pas seulement une chance, c’est-à-dire une probabilité que ne survienne un événement favorable, puisque dès l’origine elle est certaine, à cent pour cent, de subir un préjudice, c’est donc ce préjudice qu’il convient d’indemniser directement.”

les jalons d’une responsabilité civile adaptée à ce type particulier de contentieux que la multiplication des lois protectrices de l’environnement ne manquera pas de toujours davantage poser en enjeu stratégique de protection juridique non de ceux qui commettent la faute mais de ceux qui en subissent toutes les conséquences

avis de rejet