

Pourvoi n° A13-26.686

Chambre mixte 29 juin 2015

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

STE MMA IARD

C/

M. X

rapporteur : Lionel Guérin

RAPPORT

- CA Montpellier : 26 septembre 2013, signifié le 5 novembre 2013
- Pourvoi : 22 novembre 2013
- Mémoire ampliatif déposé et signifié le 21 mars 2014 (3 000 euros art. 700)
- Désistement partiel au profit de la société Verdier et associés et de M. Noy : 21 mars 2014
- Mémoire en défense déposé et notifié le 21 mai 2014 (4 000 euros art. 700)
- Arrêt de renvoi en chambre mixte (3^{ème} chambre) : 18 février 2015

La procédure semble régulière.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par l'entremise de la société Verdier et associés, qui exploite une agence immobilière, M. Y a vendu à M. et Mme X, une maison sise [...] (34). L'arrêt précise qu'il s'agit *d'une bâtisse très ancienne et en mauvais état*. L'acte de vente du 28 mai 2007 comporte, en annexe, un état parasitaire établi par la société Hérault Diagnostic Immobilier (la société HDI) mentionnant l'existence de termites¹.

En réalisant des travaux, M. et Mme X ont découvert l'état d'infestation avancé de l'immeuble par des insectes xylophages. Une expertise judiciaire a été ordonnée en référé et le rapport déposé le 6 novembre 2008.

L'expert a constaté la présence de termites et de capricornes de maison, l'infestation ambiante de termites souterrains et autres insectes à larves xylophages qui a pu se développer depuis 2006 et 2007 en l'absence de traitement. Il a conclu que les investigations n'avaient pas été suffisamment approfondies par le diagnostiqueur tant

¹ Ce certificat n'est pas produit. Selon l'arrêt, trois rapports sur l'état parasitaire de la maison ont été remis à M. et Mme X avant la signature de l'acte de vente, mentionnant, dans l'état du 25 juillet 2006 : *traces de termites sans activité et traces d'insectes à larves xylophages de type vrillettes et capricornes avec altérations biologiques*, dans l'état du 18 août 2006 : *traces de termites avec altérations biologiques sans activité (galeries tunnels)* et, dans l'état du 15 mai 2007 : *traces de termites (cordonnets) traces d'insectes à larves xylophages de types vrillettes et capricornes avec altérations biologiques (trous de sorties)*. C'est, semble-t-il, ce dernier état qui a été annexé à l'acte de vente.

sur les pièces de bois mises en oeuvre que sur les bois et autres éléments cellulosiques jonchant les sols des diverses annexes, alors que plusieurs constatations visuelles essentielles pour la recherche de termites étaient possibles.

Le 30 juillet 2009, M. et Mme X ont assigné leur vendeur, M. Y, la société Verdier et associés, ainsi que les assureurs de la société HDI², la société Axa France Iard (la société Axa) et la société MMA Iard (la société MMA), en réparation de leurs préjudices.

Par jugement du 23 mai 2011, le tribunal de grande instance de Béziers a :

- mis hors de cause M. Y³ et la société Axa⁴,
- condamné *in solidum* la société HDI, la société MMA et la société Verdier et associés à payer à M. et Mme X les sommes de 37 771,60 euros HT pour la mise en protection de l'immeuble, 21 470 euros HT pour les pièces à changer et 1 500 euros pour le trouble de jouissance.

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

- confirmé le jugement déféré en ce qu'il avait débouté M. et Mme X de leurs demandes à l'encontre de M. Y et en ce qu'il avait retenu l'obligation de la société MMA de garantir la société HDI, responsable d'un état parasitaire insuffisant,
- infirmé le jugement en ses autres dispositions et, statuant à nouveau, a :
 - rejeté les demandes formées par M. et Mme X contre la société Verdier et associés⁵,

² Selon l'arrêt, M. et Mme X auraient également assigné la société HDI mais celle-ci ne figure pas au rang des parties en cause et n'a conclu ni en première instance ni en appel. Le jugement l'a néanmoins condamnée à paiement. Le mémoire en défense indique que cette société a été mise en liquidation judiciaire le 3 décembre 2008.

³ Le tribunal a retenu que le vendeur, dont la bonne foi devait être présumée, ignorait le vice caché et ne pouvait donc être recherché, sur le fondement de l'article 1646 du code civil, qu'en restitution du prix de vente et remboursement des frais. Il a donc rejeté les demandes formées par les acquéreurs à son encontre, qui ne portaient que sur la remise en état du bien infesté et l'allocation de dommages-intérêts (jugement, p. 6).

⁴ Selon le jugement, le contrat d'assurance conclu avec la société Axa, résilié à effet du 1^{er} décembre 2008, ne couvrait pas la responsabilité civile de la société HDI, qui était assurée pour ce risque auprès de la société MMA.

⁵ L'arrêt retient que l'agence immobilière, tenue à l'égard des acquéreurs d'une obligation d'information sur les risques de l'immeuble sans avoir une obligation de connaissance technique, a rempli son obligation en fournissant à M. et Mme X, outre un état parasitaire datant de moins de trois mois, deux autres états parasitaires qui établissaient que, dès août 2006, l'immeuble subissait une attaque de termites.

- condamné la société MMA à payer à M. et Mme X les sommes de 39 849,94 euros TTC et de 22 650,85 euros TTC en réparation de leurs préjudices matériels et de 1 500 euros au titre du préjudice de jouissance,
- dit que les sommes allouées au titre des préjudices matériels portent intérêts au taux légal à compter du 6 novembre 2008, date du dépôt du rapport d'expertise, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du code civil,
- rejeté l'ensemble des recours en garantie de la société MMA et des demandes de M. et Mme X à l'encontre de la société Verdier et associés.

Sur la question du préjudice, seule en débat devant la Cour de cassation, la cour d'appel a retenu que :

- si M. et Mme 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 desdits dégâts ;
- MMA, assureur du diagnostiqueur, doit donc les indemniser de l'intégralité des travaux de traitement des dégâts causés par les termites et insectes xylophages.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi de la société MMA.

Le pourvoi a été distribué à la troisième chambre civile, qui en a ordonné le renvoi devant une chambre mixte.

2 - Enoncé du moyen

Le pourvoi fait, par un **moyen unique**, grief à l'arrêt de condamner la société MMA à payer à M. et Mme X les sommes précitées en réparation de leurs préjudices matériels et au titre du préjudice de jouissance et d'avoir dit que les sommes allouées au titre des préjudices matériels porteraient intérêts au taux légal à compter du 6 novembre 2008, date du dépôt du rapport, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du code civil.

Le moyen repose sur une **branche unique**, tirée de la violation de l'article 1382 du code civil.

Il est soutenu 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.

Il est donc reproché à la cour d'appel d'avoir retenu, pour condamner la société MMA à payer 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 la société HDI, son assuré, que si M. et Mme 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, M. et Mme 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 travaux de réparation.

3 - Identification du point de droit faisant difficulté à juger

Quelle est la nature du préjudice causé à l'acquéreur d'un bien immobilier par la faute du diagnostiqueur qui ne l'a pas informé de l'importance de l'infestation de l'immeuble par des insectes xylophages : préjudice certain correspondant au coût des travaux de remise en état ou perte de la chance d'avoir pu acquérir le bien dans de meilleures conditions ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Depuis 1996, les pouvoirs publics ont progressivement étendu les domaines dans lesquels les propriétaires sont tenus de produire différents diagnostics techniques lors de la vente d'immeubles bâtis. L'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005, codifiée aux articles L. 271-4 et suivants du code de la construction et de l'habitation, a réalisé une mise en cohérence partielle de ces différentes obligations en prévoyant le regroupement de certaines des informations dans un document unique, le dossier de diagnostic technique (DDT).

Ce dossier comprend des informations concernant, selon les cas, le plomb, l'amiante, les termites, l'état des risques naturels et technologiques, le diagnostic de performance énergétique, l'état de l'installation intérieure de gaz naturel, l'état de l'installation d'électricité, ainsi que le document établi à l'issue du contrôle des installations d'assainissement non collectif. Il convient d'y ajouter, dans certains cas, les informations relatives à l'existence d'une installation classée et à la manipulation de déchets chimiques ou radioactifs (art. L. 514-20 du code de l'environnement).

La sanction de la non-remise de la plupart de ces diagnostics est l'impossibilité pour le vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés (article L. 271-4 II du code de la construction et de l'habitation)⁶.

⁶ Il faut réserver, notamment, le cas de l'absence d'état des risques naturels et technologiques lors de la signature de l'acte authentique, qui permet à l'acquéreur de demander la résolution du contrat ou une diminution de prix.

En cas d'inexactitude d'un ou plusieurs diagnostics, le vendeur de bonne foi est utilement protégé par la clause évasive de garantie des vices cachés stipulée (v. not., 3^{ème} Civ., 6 juill. 2011, n° 10-18.882, *Bull. III*, n° 126). En effet, son obligation n'est pas tant d'informer que de transmettre une information qui lui a été fournie par un diagnostiqueur. Il a ainsi été jugé que *la loi n'oblige le propriétaire de l'immeuble qu'à transmettre à l'acquéreur l'état établi par le professionnel* et que devait être cassé l'arrêt qui le condamne *sans constater l'existence d'un engagement spécifique des vendeurs de livrer un immeuble exempt d'amiante* (3^{ème} Civ., 23 septembre 2009, n° 08-13.373, *Bull. III*, n° 204 ; dans le même sens : 3^{ème} Civ., 6 juillet 2011, n° 10-18.882, *Bull. III*, n° 126 ; 3^{ème} Civ., 14 décembre 2014, n° 13-17.469).

En revanche, en cas de mauvaise foi du vendeur, la clause de non garantie est privée d'effet, peu important que le vendeur ait transmis à l'acquéreur un dossier de diagnostic technique (3^{ème} Civ., 8 avril 2009, n° 08-12.960, *Bull. III*, n° 87 ; 3^{ème} Civ., 16 décembre 2009, n° 09-10.540, *Bull. III*, n° 288)⁷.

A l'exception de cette dernière hypothèse, l'acquéreur n'a donc d'autre choix que de rechercher la responsabilité du diagnostiqueur qui a mal exécuté sa mission en lui délivrant une information erronée.

Cette responsabilité est de nature délictuelle. Si, à l'égard de la personne qui, par contrat, l'a chargé d'effectuer le diagnostic (le propriétaire du bien dont la vente est envisagée ou l'agence immobilière mandatée pour rechercher un acquéreur), la responsabilité est de nature contractuelle, c'est sur le terrain délictuel que le diagnostiqueur engage sa responsabilité à l'égard du tiers à qui la mauvaise exécution de sa mission a pu causer un dommage (Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *Bull. Ass. plén*, n° 9)

La question se pose alors de la nature du préjudice causé à l'acquéreur, qui se voit opposer que le diagnostiqueur n'est pas à l'origine du vice.

Comme l'écrit M. Leveneur⁸, le diagnostiqueur qui ne décèle pas une caractéristique défavorable du bien qu'il est chargé d'examiner n'est pas à l'origine de la situation réelle : *si la performance énergétique du logement est moins bonne que celle qu'il a annoncé, ce n'est pas pour autant le diagnostiqueur qui a réalisé l'isolation ou installé le système de chauffage ; de même s'il n'a pas découvert l'amiante dont il était chargé de rechercher la présence éventuelle, ce n'est pas lui pour autant qui a placé ce*

⁷ L'acquéreur ne peut toutefois se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique, qui n'a qu'une valeur informative (art. L. 271-4 II précité, *in fine*).

⁸ L. Leveneur, « Erreur du diagnostiqueur : le préjudice s'analyse en une perte de chance », *Contrats conc. cons.*, n° 6, Juin 2013, comm. 127.

matériau dans l'immeuble⁹... En revanche, il se peut que les acquéreurs eussent cherché à acheter le bien à un prix moins élevé, ou peut-être auraient-ils même renoncé à l'acquérir, si le diagnostic avait été correctement effectué et leur avait donné les informations exactes sur les caractéristiques du bien. Ainsi c'est la chance perdue par les acquéreurs de se trouver dans une situation plus avantageuse qui constitue leur préjudice et qu'il faut chercher à apprécier.

C'est donc vers la notion de perte de chance que se sont orientés les tribunaux pour caractériser le préjudice de l'acquéreur à qui avait été communiqué un diagnostic technique erroné. Mais plusieurs décisions ont, au contraire, retenu que le préjudice réparable de l'acquéreur correspondait au coût des travaux destinés à corriger le vice non signalé (désamiantage, réfection des parties de l'immeuble attaqué par les insectes xylophages...).

Avant d'analyser ces différentes décisions et essayer de dégager le ou les critères permettant de caractériser la nature du préjudice subi par l'acquéreur (II), il apparaît nécessaire de procéder à un rappel de la définition et du régime juridique de perte de chance (I).

I. La perte de chance

A) La notion de perte de chance¹⁰

1. Pour être réparable, le préjudice doit être direct, personnel et certain (il doit aussi, en matière contractuelle, être prévisible).

Le préjudice peut être certain tout en étant futur, mais à la condition d'être inéluctable. En l'absence de préjudice certain, la faute n'ouvre aucun droit à réparation d'un dommage matériel (1^{re} Civ., 27 février 2013, n° 12-16.891, *Bull.* I, n° 27). Le préjudice hypothétique n'est pas susceptible de réparation (1^{re} Civ., 30 mai 2000, n° 98-18.304).

Mais, comme le rappelle M. Bénabent, *la distinction entre préjudice futur certain, entièrement réparable, et préjudice éventuel, aucunement réparable, apparaît quelque fois brutale, dans des hypothèses où l'éventualité est trop sérieuse pour être négligée mais pas assez pour être tenue pour certaine¹¹.*

⁹ La troisième chambre civile a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir *retenu que la présence avérée d'amiante dans la chaufferie (...) constituait un vice caché engageant la garantie du vendeur, et d'en avoir déduit l'absence de lien de causalité entre la faute [du diagnostiqueur], qui avait failli dans sa mission de contrôle, et la présence d'amiante dans l'immeuble dont seul le propriétaire vendeur devait répondre au titre de son obligation de garantie des vices cachés* (3^{ème} Civ., 7 octobre 2009, n° 08-12.920).

¹⁰ Sur la notion et les controverses auxquelles elle donne lieu, cf. les actes du colloque organisé à Orléans le 12 février 2013 sur « La perte de chance », (*LPA*, 31 octobre 2013, n° 218).

¹¹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2014, n° 679.

Le préjudice doit pouvoir être réparé quand bien même il existerait une incertitude, non sur son existence ou sa survenance future, mais sur la situation qui aurait été celle de la victime si le fait dommageable ne s'était pas produit.

C'est pour éviter un système de tout ou rien que la jurisprudence a introduit la notion de perte de chance réparable, définie comme *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* (par ex. : 1^{re} Civ. 21 novembre 2006, n° 05-15.674 ; 4 juin 2007, n° 05-20.213 ; 8 mars 2012, n° 11-14.234).

Il s'agit, selon l'expression de J. Flour, d'effectuer un *pronostic rétrospectif*¹².

Peuvent ainsi être indemnisés, en fonction de leur probabilité, les avantages dont la victime aurait pu, peut-être, bénéficier si elle n'avait pas été affectée par le dommage (ex : la perspective de gagner un procès si l'auxiliaire de justice n'avait pas laissé passer le délai du recours¹³, de gagner une course pour un cheval arrivé en retard au départ par la faute du transporteur, d'être admis à un concours auquel l'étudiant a été empêché de se présenter à la suite d'un accident de la circulation causé par un tiers ...).

Si la perte de chance suppose que la victime soit privée de la perspective de survenance d'un événement favorable, la notion est également utilisée lorsque le fait dommageable empêche la victime d'éviter un événement malheureux car, *dans les deux cas, l'acte reproché au défendeur a compromis la situation de la victime, mais sans qu'on puisse mesurer avec précision les incidences de cette atteinte, qui dépendent pour une part du hasard ou de circonstances inconnues*¹⁴.

Il y a donc perte de chance lorsque, venant se mêler aux autres circonstances ou aléas de la vie, le fait dommageable vient modifier le cours des choses pour empêcher que la situation espérée se réalise (événement heureux) ou pour permettre que la situation redoutée se produise (événement malheureux). Dans les deux hypothèses, un fait générateur de responsabilité fait disparaître une éventualité, sans que l'on soit certain que, sans ce fait, l'événement, heureux ou malheureux, se serait réalisé.

Cette distinction est parfois seulement sémantique. L'événement malheureux qu'on voulait légitimement éviter relève souvent de l'envers de l'événement heureux qu'on pouvait légitimement espérer. En matière médicale, par exemple, faut-il parler de la perte d'une chance de survie ou de la perte d'une chance d'éviter un décès¹⁵ ?

¹² cité par A. Bénabent, *ibid.*

¹³ C'est l'hypothèse qui, pour la première fois en jurisprudence, a donné lieu à l'indemnisation de la perte de chance (Req. 17 juillet 1889, S. 1891, 1, 399).

¹⁴ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n^{os} 278.

¹⁵ C. Bloch et A. Giudicelli, *Droit de la responsabilité et des contrats*, oeuvre collective sous la direction de Ph. Le Tourneau, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, chapitre 1, « Préjudice », n° 1425.

2. Dans tous les cas, cependant, la notion de perte de chance suppose qu'il existe un doute sur la survenance d'un événement, heureux ou malheureux. Comme le rappelle Mme Viney, *il est clair que lorsque le préjudice n'est pas réellement aléatoire, il ne doit pas être assimilé à une simple « perte de chance », dont l'indemnisation est moins avantageuse pour la victime (...). Le juge peut donc, lorsqu'il s'agit de la demande de réparation d'un préjudice, avoir à requalifier le dommage selon qu'il constate l'existence ou l'absence de l'aléa*¹⁶.

La Cour de cassation rappelle régulièrement que la perte de chance implique toujours l'existence d'un aléa et n'a pas sa place en présence d'un préjudice certain.

- 2^{ème} Civ., 23 juin 1993, n° 91-20.728, *Bull. II*, n° 233 :

Attendu que pour limiter l'indemnisation du préjudice matériel de Mme Z l'arrêt retient, par motifs adoptés, que les manquements du notaire lui ont fait perdre une chance, nonobstant les délais administratifs et la relative célérité des créanciers de son ex-époux, de pouvoir éviter la prise des inscriptions sur son bien ;

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations que le préjudice dont Mme Z demandait réparation **avait un caractère certain**, la cour d'appel a violé le texte susvisé (art. 1382 c. civ.).*

- 1^{re} Civ., 9 décembre 2010, n° 09-16.531, *Bull. I*, n° 254 :

*Attendu qu'en statuant ainsi, sur le fondement de la perte de chance, quand, en n'informant pas Mme A des solutions fiscales régulières au regard de son intention libérale, dont il n'était pas contesté qu'elles existaient, le notaire, qui a concouru à la donation déguisée en méconnaissance des dispositions fiscales, a ainsi exposé les héritières de la donatrice au paiement du redressement et des intérêts de retard, lequel constitue un **préjudice entièrement consommé** dont l'évaluation commande de prendre en compte l'incidence financière des solutions fiscales licitement envisageables, la cour d'appel a violé le texte susvisé (art. 1382 c. civ.).*

- 1^{re} Civ., 16 octobre 2013, n° 12-19.428 :

Attendu que pour limiter à la somme de 10 000 euros le montant des dommages-intérêts alloués à M. B, l'arrêt retient que celui-ci ne peut prétendre qu'à la réparation d'une perte de chance de gains pour une utilisation à temps partiel de la pelle ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, M. B démontrait avoir perdu un marché avec la société SCCV Lila suivant devis d'un montant de

¹⁶ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 281.

72 455,62 euros, **ce qui excluait tout aléa dans la réalisation du dommage**, la cour d'appel a violé le texte susvisé (art. 1147 c. civ.).

3. Pour être à la source d'un préjudice réparable, la perte de chance doit non seulement être certaine (*le fait imputé au défendeur, s'il n'a, par hypothèse, fait disparaître qu'une probabilité, n'en doit pas moins l'avoir oblitérée de manière certaine*¹⁷) mais aussi réelle ou sérieuse.

Des auteurs¹⁸ estiment que la jurisprudence a vidé cette condition de son intérêt en admettant qu'une probabilité, même faible, suffisait (1^{re} Civ. 16 janvier 2013, n° 12-14.439, *Bull. I*, n° 2). Deux arrêts sont venus ultérieurement rappeler que la victime devait justifier d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance *raisonnable* (1^{re} Civ., 30 avril 2014, n° 13-16.380 et n° 12-22.567, *Bull. I*, n°s 76 et 78), ce qui a été compris par certains comme un revirement de jurisprudence¹⁹. Toutefois, la chambre commerciale a, par la suite, repris l'affirmation suivant laquelle *la perte d'une chance, même faible, est indemnisable* (Com., 13 mai 2014, n° 13-11.758).

4. Lorsque le préjudice résultant de la perte de chance²⁰ est réparable, les dommages-intérêts alloués à la victime ne sont qu'une fraction de l'avantage espéré, plus ou moins forte selon la probabilité de sa réalisation.

L'indemnité ne peut être égale à la totalité du gain espéré, dont l'obtention, par hypothèse, est aléatoire.

Selon la formule régulièrement reprise par les différentes chambres de 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* (1^{re} Civ., 16 juillet 1998, n° 96-15.380, *Bull. I*, n° 260 et, plus récemment, Com., 3 mai 2012, n° 11-16.979 ; 1^{re} Civ., 26 septembre 2012, n° 11-19.464 ; 1^{re} Civ., 27 février 2013, n° 12-15.483 ; 1^{re} Civ., 11 décembre 2013, n° 12-23.068 ; 2^{ème} Civ., 11 septembre 2014, n° 13-10.414).

¹⁷ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 3^{ème} éd., 2014, n°184.

¹⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil - Les Obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd, 2013, n° 242.

¹⁹ V° not.: J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : la Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue » : *JCP G* 2014, n° 28, 815 ; O. Deshayes, « Perte de chance : une nouvelle jurisprudence en voie de formation », *RDC*, 1^{er} décembre 2014, n° 4, p. 610.

²⁰ La perte de chance est habituellement considérée comme étant, en elle-même, un préjudice, et qu'elle doit, à ce titre, être directe et certaine. Il paraît plus exact de dire que, pour obtenir réparation, le demandeur doit justifier *d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance raisonnable*. C'est l'expression utilisée par la première chambre civile dans ses deux arrêts du 30 avril 2014 précités.

La méthode d'évaluation consiste à déterminer le montant du « préjudice plein » (ou « préjudice final ») puis à l'affecter d'un coefficient proportionnel à sa probabilité de réalisation (1^{re} Civ., 18 juillet 2000, n° 98-20.430, *Bull. I*, n° 224).

B) Perte de chance et obligation précontractuelle d'information

C'est dans le domaine de la réparation du dommage causé par le manquement à une obligation précontractuelle d'information que la notion de perte de chance d'éviter un dommage a reçu l'une de ses applications majeures.

Il convient, à titre liminaire, de rappeler que la responsabilité précontractuelle ne constitue pas une catégorie autonome, aux côtés de celles de responsabilité contractuelle et de responsabilité délictuelle. Il est généralement considéré que la matière précontractuelle doit être rattachée à la responsabilité délictuelle. Mais la nature du préjudice réparable ne paraît pas devoir varier en fonction de la nature qui est reconnue à la responsabilité précontractuelle. La perte de chance y sera, ou pas, indemnisée sans égard à la qualification retenue.

Le créancier d'une obligation précontractuelle d'information qui a été conduit, en raison d'un manquement à cette obligation, à conclure un contrat lui ayant causé un préjudice, sans qu'il soit possible de savoir qu'elle aurait été son attitude s'il avait été correctement informée, ne peut se plaindre que d'avoir perdu une chance d'éviter la réalisation du dommage en prenant une autre décision. Il a été très bien dit que *l'exécution correcte de l'obligation ne prémunit pas automatiquement le créancier contre la survenance du dommage. Elle ne peut avoir cet effet que médiatement, par le truchement de la décision prise par le créancier, décision qu'elle permet d'éclairer et sur laquelle elle exerce donc une influence. Or une influence n'est pas un commandement*²¹.

Dès lors, le dommage réparable est constitué de la seule perte d'une chance d'éviter le dommage tel qu'il s'est réalisé.

Mais lorsqu'il apparaît avec certitude, ou de façon suffisamment plausible, que le créancier, correctement informé, aurait pris une décision qui lui aurait permis d'empêcher la réalisation du dommage subi en raison du défaut de renseignement, l'indemnisation totale des pertes subies du fait de la réalisation des risques dont il n'a pas été informé doit lui être accordée (par ex.: 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, n^{os} 08-18.110 & 08-16.917, pour le préjudice résultant d'un redressement fiscal ; 1^{re} Civ., 2 octobre 2013, n° 12-20.504, *Bull. I*, n° 194 pour un placement immobilier désavantageux).

²¹ O. Deshayes, « Quel est le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information, de mise en garde ou de conseil ? », *RDC*, 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 446.

L'exposé détaillé des solutions retenues par la jurisprudence dans les différents domaines où le manquement à une obligation précontractuelle d'information est, ou non, sanctionné sur le terrain de la perte de chance sortirait du cadre de cette étude. En effet, cantonnée à l'origine au contrat de vente, cette obligation prétorienne d'information s'est généralisée à la plupart des contrats²² et la notion de perte de chance est susceptible d'être utilisée dans de très nombreux cas.

Pour cerner les relations entre l'obligation précontractuelle d'information et la notion de perte de chance, il apparaît cependant utile de rappeler brièvement les solutions qui ont été retenues dans les deux domaines ayant donné lieu au plus grand nombre d'applications, la responsabilité des professions de santé et celle des banques et intermédiaires financiers.

1. Dans le domaine médical, la victime d'un manquement à une obligation précontractuelle d'information a longtemps été indemnisée de l'intégralité du coût du préjudice constaté. C'était la solution retenue par la chambre des requêtes dans l'arrêt Teyssié (Req. 28 janvier 1942, *D.* 1942, 63) puis par la première chambre civile (par ex. : 1^{re} Civ., 11 février 1986, n° 84-10.845, *Bull.* I, n° 24).

En 1990, la première chambre a modifié sa position et retenu qu'*en manquant à son obligation d'éclairer [le patient] sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, [le médecin] a seulement privé ce malade 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 qui, seules, ont fait l'objet de la demande...* (1^{re} Civ., 7 février 1990, n° 88-14.797, *Bull.* I, n° 39).

Cette solution a été reprise par la suite. Il a ainsi été jugé que :

- *la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte par le patient de la chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical* (1^{re} Civ., 7 décembre 2004, n° 02-10.957, *Bull.* I, n° 302) ;

²² Pour un inventaire des principaux débiteurs de cette obligation, V° B. Petit et S. Rouxel, J.-Cl. civil code, fasc. 50 : « Contrats et obligations - Obligation d'information », n° 16 ; S. Le Gac-Pech « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *Lamy Droit Civil*, 2012, 97 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n°s 503 et ss. ; cf. aussi les articles L. 111-1 et L. 111-2 du code de la consommation ainsi que le décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014, qui détaille les informations générales que les professionnels, vendeurs de biens ou prestataires de services, doivent communiquer aux consommateurs sur les lieux de vente avant la conclusion d'un contrat ou un acte d'achat, mais aussi préalablement à la conclusion d'un contrat selon une technique de communication à distance ou en dehors d'un établissement commercial.

- **le seul préjudice indemnisable** à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé (1^{re} Civ., 6 décembre 2007, n° 06-19.301, *Bull. I*, n° 380).

Si la première chambre civile a, par la suite, décidé que, même sans incidence sur le choix du patient, le manquement à l'obligation d'information du médecin cause à celui-ci un préjudice (1^{re} Civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. I*, n° 128 ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510, *Bull. I*, n° 165), elle a, plus récemment, précisé que le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, **lorsque ce risque se réalise**, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation et ce, **indépendamment des cas** dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a **fait perdre au patient une chance** d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué (1^{re} Civ., 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *Bull. I*, n° 13).

A ainsi été clairement affirmée l'indépendance entre le préjudice résultant du défaut de préparation à la réalisation du risque et le préjudice résultant de la perte de chance d'éviter le dommage en refusant l'acte médical, le cumul entre les deux étant même envisageable²³.

La notion de perte de chance reste donc tout à fait d'actualité dans le domaine de la responsabilité médicale. Faute de certitude sur l'attitude qu'aurait eu la victime si elle avait été correctement informée, les tribunaux n'indemnisent, au titre du préjudice matériel, que la perte de la chance de prendre la décision qui aurait évité le dommage.

Cela implique que la perte de chance n'a lieu d'être réparée que lorsque le patient avait la possibilité de refuser l'acte de soins proposé par le médecin et qu'il est établi qu'une connaissance exacte des risques inhérents à cet acte aurait influé sur sa décision de le subir. On considère alors que le défaut d'information est directement à l'origine de la perte de chance pour le patient d'éviter le dommage.

Mais, lorsque l'intervention était nécessaire ou qu'il n'existait pas d'alternative de traitement, la perte de chance n'est pas caractérisée (par ex. : 1^{ère} Civ., 20 juin 2000, n° 98-23.046, *Bull. I*, n° 193 ; 1^{re} Civ., 13 novembre 2002, n^{os} 01-00.377 et 01-02.592, *Bull. I*, n^{os} 265 et 266 ; 1^{re} Civ., 4 avril 2003, n° 00-15.572, *Bull. I*, n° 40).

²³ O. Sabard, « Précisions sur le préjudice né du défaut d'information du médecin », *LPA*, 11 avril 2014, n° 73, p. 11. ; A. Guégan-Lécuyer, « Le préjudice d'impréparation ou comment subordonner la sanction du défaut d'information médicale à l'atteinte corporelle résultant de l'acte médical », *RDC*, 2014 n° 3, p. 368.

2. La notion de perte de chance est également d'utilisation courante dans le domaine de la **responsabilité bancaire**, tant en matière d'octroi de crédit que de prestations de services d'investissement.

2.1. On sait que, tenu à un devoir de vigilance et de discernement, le banquier ne doit pas accorder un crédit de manière inconsidérée. Après s'être assuré que le crédit sollicité est supportable par l'emprunteur, sans pour autant s'immiscer dans ses affaires²⁴, le banquier prêteur doit l'informer des caractéristiques du prêt proposé.

Lorsque le demandeur de crédit agit dans le cadre de son activité professionnelle, cette communication est effectuée par la remise des conditions générales et particulières du contrat formalisant les obligations des parties.

Des dispositions particulières plus contraignantes régissent les crédits à la consommation et les crédits immobiliers²⁵.

Le préjudice résultant du manquement du banquier prêteur à son obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de chance de ne pas contracter ou d'éviter le risque qui s'est réalisé (Com. 23 janvier 2007, n° 05-18.557, *Bull.* IV, n° 6 ; Com., 10 juillet 2012, n°11-11.891).

Lorsque l'obligation d'information se prolonge d'un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur ou de sa caution, le préjudice né du manquement du banquier à ce devoir s'analyse également en une perte d'une chance de ne pas contracter (Com., 20 octobre 2009, n° 08-20.274, *Bull.* IV, n° 127 ; Com, 26 janvier 2010, n° 08-20.505).

Sans aller jusqu'à la mise en garde, l'obligation d'information du banquier prêteur peut être assortie d'un devoir d'éclairer. C'est le cas lorsque la banque propose à son client emprunteur d'adhérer à l'assurance de groupe qu'elle a souscrite afin de couvrir les risques pouvant affecter sa capacité à rembourser le prêt. La banque est alors tenue, d'une part, d'une obligation d'information sur l'objet même du contrat d'assurance

²⁴ En principe, sauf anomalies grossières ou informations manifestement inexacts, le banquier est en droit de se fier aux informations qui lui sont communiquées et l'emprunteur est, comme tout contractant, tenu à une obligation de loyauté et de sincérité dans la fourniture des informations à son cocontractant (1^{re} Civ., 30 octobre 2007, n° 06-17.003, *Bull.* I, n° 330). Mais, si les éléments fournis sont manifestement inexacts ou insuffisants, l'établissement de crédit doit procéder à des investigations plus poussées (1^{re} Civ., 25 avril 2007, n° 06-11.804 et 06-12.379)

²⁵ Pour les crédits à la consommation, par exemple, l'article L. 311-6 du code de la consommation précise que cette communication préalable porte sur *les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement*. L'article L. 311-8 du même code dispose que le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit également à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière. L'inobservation de ces prescriptions est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts (article L. 311-48).

(prévue par l'article L. 141-4 du code des assurances), obligation qui s'exécute par la remise d'une notice définissant les garanties et les modalités de mise en oeuvre de l'assurance, et, d'autre part, d'un devoir d'éclairer au titre duquel elle doit attirer l'attention de l'emprunteur sur les limites et l'intérêt de l'assurance qu'elle lui propose, en d'autres termes *l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* (Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *Bull. Ass. Plén.*, n° 4).

La jurisprudence est constante : 2^{ème} Civ., 2 octobre 2008, n° 07-15.276, *Bull. II*, n° 201 ; Com., 15 février 2011, n° 10-10.677 ; Com., 31 janvier 2012, n° 11-11.700 ; Com., 10 mai 2012, n° 11-15.206 ; 1^{re} Civ., 30 octobre 2013, n° 12-22.731).

Le préjudice né du manquement à cette obligation d'éclairer s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter (Com. 15 février 2011, n° 09-16.779) ou de souscrire une assurance adaptée (2^{ème} Civ., 1^{er} juin 2011, n° 10-19.630 ; Com. 31 janvier 2012, précité), laquelle ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Sont ainsi cassés les arrêts qui, après avoir retenu le manquement de la banque à son obligation d'éclairer, la condamne au paiement de dommages-intérêts d'un montant égal à celui que l'emprunteur aurait pu obtenir de l'assureur si le sinistre avait été garanti (Com. 13 septembre 2011, n° 10-20.644).

2.2. Le banquier prestataire de services d'investissement est également tenu d'une obligation d'information qui, après avoir été dégagée par la jurisprudence, a été consacrée par les textes²⁶.

Là encore, l'obligation d'information peut se prolonger d'un devoir de mise en garde envers l'investisseur non-averti qui réalise une opération spéculative, voire de conseil, si le banquier en prend l'engagement.

Il est établi que le préjudice né du manquement du prestataire de services d'investissement à son obligation d'information, de mise en garde ou de conseil s'analyse en une perte de 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 que l'investisseur a effectuées.

²⁶ Article L. 533-12, II du code monétaire et financier, qui prescrit aux prestataires de services d'investissement de communiquer à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, *les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause.*

Depuis un arrêt de la chambre commerciale du 10 décembre 1996 (n° 94-16.082, *Bull. IV*, n° 307), la jurisprudence en ce sens est constante. On peut citer, par exemple, Com., 12 février 2008, n° 06-21.974 ; Com., 22 septembre 2009, n° 08-18.141 ; Com., 9 novembre 2010, n° 09-69.997 ; Com., 4 février 2014, n° 13-10.630)²⁷.

Comme l'écrit un auteur²⁸, *le client a perdu la possibilité qui lui aurait été offerte s'il avait été mieux informé ou mieux orienté, s'il avait compris la technique ou mesuré le risque qu'elle présentait, de ne pas souscrire à ce placement, de choisir un autre produit mieux adapté à sa situation patrimoniale ou à ses attentes. L'épargnant a donc perdu une chance de ne pas conclure, de ne pas réaliser l'opération qui lui a fait perdre tout ou partie de son capital investi.*

L'homogénéité des solutions ainsi retenues par la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale et bancaire ne se retrouve pas dans le domaine particulier du diagnostic technique préalable à la vente d'un immeuble bâti.

II - Diagnostic erroné et préjudice de l'acquéreur.

A) La position des différentes chambres

1. Les première et deuxième chambres civiles retiennent régulièrement la notion de perte de chance pour caractériser le préjudice subi par l'acquéreur d'un bien immobilier à qui le diagnostiqueur a communiqué une information erronée.

- 2^{ème} Civ., 25 février 2010, n° 08-12.991 :

*Attendu que pour condamner in solidum M. C et son assureur à payer à M. D et à Mme E la somme de 23 335 euros, l'arrêt retient que la faute de M. C a fait subir un préjudice certain et direct aux acquéreurs qui, pour remédier à la situation et pallier le risque non décelé par l'opérateur de repérage, devront supporter le coût de travaux de désamiantage et que c'est donc à tort que M. C et son assureur soutiennent que M. D et Mme E pouvaient seulement se prévaloir d'une **perte de chance** d'une meilleure négociation du prix d'achat ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors que **les travaux de désamiantage** non obligatoires au regard de la réglementation alors en vigueur **ne constituaient pas un préjudice certain**, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...).*

- 1^{ère} Civ., 9 décembre 2010, n° 09-69.490, *Bull. I*, n° 255 :

²⁷ On rappelle que la solution n'est pas applicable dans le cas où il est certain que, mieux informé, l'investisseur aurait évité le risque qui s'est réalisé (1^{ère} Civ., 2 octobre 2013, n° 12-20.504, précité).

²⁸ R. Bonhomme, « Responsabilité et gestion du risque financier », *RD banc. et fin.*, n° 6, novembre 2010, étude 31, n° 41.

Attendu qu'après avoir retenu le manquement des intermédiaires²⁹ à leur **obligation d'information et de conseil** concernant la réalisation hors toute assurance de cette rénovation et évalué à 94 064,85 euros le coût de reprise des désordres décennaux, à 29 300 euros le montant du préjudice immatériel en résultant et à 5 000 euros celui du préjudice moral, l'arrêt condamne *in solidum* le vendeur, les notaires et l'agent commercial à payer aux acquéreurs le total de ces sommes ;

Qu'en statuant ainsi, **sans constater qu'il était certain que, mieux informés, les acquéreurs auraient pu obtenir un avantage équivalent au coût des travaux de réparation**, la cour d'appel, qui, au demeurant, s'agissant le cas échéant de la réparation d'un préjudice né d'**une perte de chance**, ne pouvait allouer une indemnité égale au bénéfice que le demandeur aurait retiré de la réalisation de l'événement escompté, a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé (article 1382 du code civil) (...).

- 1^{re} Civ., 20 mars 2013, n^{os} 12-14.711 & 12-14.712 (erreur commise par un diagnostiqueur de performance énergétique qui a sous-estimé le coût annuel du chauffage) :

Vu l'article 1382 du code civil ;

*Attendu que pour condamner, d'une part, la société Allo diagnostic et la société Covea Risks à payer aux époux Dillies une provision de 100 000 euros, d'autre part, M. F et la SCP Roche et Pelletier (les notaires) à payer une provision de 20 000 euros, l'arrêt retient qu'ayant directement concouru au dommage des époux G, le diagnostiqueur et le notaire sont tenus, *in solidum* entre eux et avec les vendeurs, de réparer le préjudice de ceux-ci ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors 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 **qu'il n'est pas certain que mieux informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse**, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si mieux informés les époux G auraient renoncé à acquérir le bien litigieux ou l'auraient acquis à des conditions plus avantageuses, n'a pas donné de base légale à sa décision (...).*

En matière de mesurage (*loi Carrez*), domaine différent de celui des diagnostics techniques mais avec lequel un parallèle peut être fait, la deuxième chambre civile a également retenu la notion de perte de chance.

- 2^{ème} Civ., 6 juin 2013, n^o 12-19.660 :

²⁹ Cet arrêt, cité par le mémoire ampliatif, porte sur la responsabilité non d'un diagnostiqueur mais d'intermédiaires dans l'acquisition d'un bien immobilier. La solution apparaît néanmoins transposable.

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour débouter Mme H de sa demande de dommages-intérêts en réparation de la perte de chance d'avoir acquis à un moindre prix, l'arrêt retient que Mme H n'a pas fait l'acquisition d'une surface sans égard aux caractéristiques intrinsèques et extrinsèques du bien, que les parties n'ont soumis la vente qu'aux dispositions légales de la loi Carrez et que la superficie ne constituait pas une condition déterminante de l'engagement de Mme H qui n'a pas jugé utile de procéder, dans le délai de recevabilité de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, à la vérification de la surface déclarée à l'acte de vente ;

*Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la faute de la société Foncia, qui avait établi le certificat de mesurage erroné, n'avait pas néanmoins **privé Mme H d'une chance d'obtenir l'acquisition du bien à un moindre prix**, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé (...).*

On peut également citer un arrêt plus ancien, rendu dans une espèce où les acquéreurs savaient qu'ils devaient faire des travaux et avaient, avant de s'engager, confié à un expert le soin d'en évaluer le coût. Ils ont ensuite acquis le bien sur la base de la moins-value chiffrée par l'expert, laquelle s'est révélée inférieure au coût réel des travaux. La première chambre civile a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que la faute de l'expert n'avait causé aux acquéreurs qu'une perte de chance dès lors qu'il n'était pas certain qu'ils auraient renoncé à la vente s'ils avaient connu le coût des réparations des désordres non signalés.

- 1^{re} Civ., 12 décembre 2007, n° 06-16.920 :

Attendu que les époux I font grief à l'arrêt de limiter à 17 000 euros leur indemnisation alors, selon le moyen, que le coût des réparations nécessitées par les désordres non signalés par l'expert constitue un préjudice certain et qu' en décidant qu'un tel préjudice ne constituait qu' une perte de chance la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil ;

*Mais attendu qu'ayant relevé qu'il n'était pas certain que les époux I auraient renoncé à la vente s'ils avaient connu le coût des réparations des désordres non signalés, la cour d'appel a pu retenir que la faute de l'expert ne leur avait causé qu'une **perte de chance de mieux apprécier l'opportunité de contacter et d'échapper à l'obligation du coût de la remise en état** (...).*

2. En revanche, la troisième chambre civile retient que la faute du diagnostiqueur cause à l'acquéreur un préjudice certain, correspondant au coût des travaux permettant de remédier au vice non décelé.

- 3^{ème} Civ, 26 septembre 2001, n° 99-21.764 :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour condamner M. J à payer aux époux K la somme de 24 234,37 francs, l'arrêt retient que les conséquences dommageables de la faute de M. J, architecte, ne consiste que dans le défaut de signalement d'une infestation très légère de capricornes et que le préjudice qui lui est imputable se traduit donc par la perte d'une chance d'avoir procédé avant la vente à une expertise plus approfondie qui se limite au quart de ce qu'aurait révélé l'expertise complète ;

*Qu'en statuant ainsi, alors que **le coût des réparations** nécessitées par la présence de capricornes non signalés par M. J dans l'attestation destinée à informer les acquéreurs sur la présence des parasites **constituait un préjudice certain**, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...).*

- 3^{ème} Civ., 23 mai 2007, n° 06-13.656 :

Dans cette affaire, où les acquéreurs reprochaient à un architecte de ne pas avoir décelé la présence de plomb sur certaines parties du bien acquis, la troisième chambre a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu à *bon droit* que les volets, fenêtres, garde-corps et barres d'appui devaient être examinées dès lors qu'il s'agissait d'éléments accessibles de l'intérieur de l'appartement, et [d'avoir] relevé, par motifs adoptés, que le préjudice subi par les acquéreurs résultait de la présence non diagnostiquée de plomb dans les peintures, [pour en déduire exactement] que [l'architecte] devait être déclaré **responsable du préjudice** subi par [les acquéreurs].

Il faut cependant noter que le moyen n'évoquait pas la notion de perte de chance.

- 3^{ème} Civ., 12 septembre 2012, n° 11-18.122 :

*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. L, 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 (...).*

Il faut rappeler que, dans cette affaire, le dommage ne pouvait être réparé que par la démolition puis la reconstruction d'une petite maison qui n'aurait pas résisté au traitement de pulvérisation contre les termites. Le diagnostiqueur soutenait, dans l'une des branches de son moyen, que, mieux informé, l'acquéreur n'aurait pu obtenir des vendeurs une diminution du prix équivalente au coût de la reprise des désordres puisque le prix payé correspondait, en fait, au coût du terrain.

- 3^{ème} Civ., 21 mai 2014, n°13-14.891, *Bull.* III, n° 70 (publication sur un autre moyen) :

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 M correspondait au coût des travaux de désamiantage (...).

La troisième chambre a, toutefois, approuvé un arrêt qui avait retenu que l'erreur du diagnostiqueur sur les attaques d'insectes xylophages dont le bien faisait l'objet avait privé l'acquéreur d'une chance de mener des investigations complémentaires sur l'état de l'immeuble.

- 3^{ème} Civ., 8 février 2012, n^{os} 10-27.250 & 10-31.074 :

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. N, 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. N 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 (...).

Comment choisir entre les deux solutions ?

Avant de présenter les éléments de discussion de cette question, il convient de rappeler, dans le souci d'être complet, que, lorsque l'acquéreur à qui un diagnostic technique erroné a été communiqué engage, à l'encontre du vendeur, une action fondée sur les vices cachés, il est unanimement jugé que l'obligation de restituer le prix incombant audit vendeur en cas d'annulation du contrat ne représente pas un préjudice mais n'est que la conséquence de l'annulation de la vente. Elle ne peut donc donner lieu ni à réparation, ni à garantie du débiteur de la restitution par le diagnostiqueur fautif (3^{ème} Civ, 5 décembre 2007, n° 06-15.332 pour un diagnostic amiante). La solution est la même pour la restitution partielle du prix prévue par l'article 1644 du code civil en cas d'exercice de l'action estimatoire (3^{ème} Civ., 17 novembre 2009, n° 08-20.049 pour un diagnostic termites).

La troisième chambre civile applique la même solution en matière de mesurage (par ex : 3^{ème} Civ., 25 octobre 2006, n° 05-17.427, *Bull.* III, n° 205 ; 3^{ème} Civ., 8 juin 2011, n° 10-12.004 ; 3^{ème} Civ., 12 juin 2014, n° 13-11.176) mais retient que les notions de restitution de la partie du prix excédentaire et de faute du technicien ouvrant droit à réparation pour le vendeur sont distinctes et que la première n'exclut pas la seconde. Elle a ainsi refusé de transmettre au Conseil constitutionnel, pour absence de caractère sérieux, une question prioritaire de constitutionnalité soutenant que la non-garantie du mesureur sur la restitution partielle du prix portait atteinte au principe de réparation et de responsabilité au motif que *l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, et la portée effective qui lui est donnée par la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, ne privent pas le vendeur d'un lot de copropriété qui a subi un préjudice à cause d'une erreur de mesurage de son droit d'en demander réparation sur le fondement de la responsabilité de droit commun* (3^{ème} Civ., 10 janvier 2013, n° 12-40.084, *Bull.* III, n° 1).

La troisième chambre civile a fait récemment application de cette distinction.

- 3^{ème} Civ., 28 janvier 2015, n° 13-27.397, en cours de publication :

*Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, que, si la restitution, à laquelle le vendeur est tenu en vertu de la loi à la suite de la diminution du prix résultant d'une moindre mesure par rapport à la superficie convenue, **ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnisable** permettant une action en garantie, le vendeur peut se prévaloir à l'encontre du mesureur ayant réalisé un mesurage erroné, d'une **perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre**, la cour d'appel a souverainement apprécié l'étendue du préjudice subi par Mme O (...).*

Dans la mesure où cette solution serait transposable au diagnostiqueur, on peut se demander si le droit ainsi reconnu au vendeur d'invoquer le préjudice résultant de la perte de chance de céder son bien au même prix n'implique pas, corrélativement, que le préjudice subi par l'acquéreur à qui a été communiqué un diagnostic technique erroné résulte, lui aussi, d'une perte de chance, en l'occurrence celle d'acquiescer le bien affecté du vice non décelé pour un prix diminué du coût des réparations, voire de renoncer à l'acquisition.

B) Les éléments de discussion

La question étant de déterminer la nature du préjudice réparable causé par la faute du diagnostiqueur, la solution ne dépend pas, comme le soutient le mémoire en défense (mémoire en défense, p. 9, al. 2), de la nature de cette obligation, de résultat ou de moyen. Cette distinction conditionne l'objet de la preuve du manquement à l'obligation dans le cadre contractuel duquel elle a été souscrite³⁰ (absence du résultat promis ou insuffisance des moyens mis en oeuvre) et non la nature ou l'étendue de la réparation de ses conséquences défavorables, notamment pour un tiers qui recherche la responsabilité de son auteur sur le plan délictuel. L'aléa, qui peut guider la qualification de l'obligation, de résultat ou de moyen, n'est pas celui qui affecte l'existence du préjudice mais celui qui porte sur le résultat contractuel³¹.

Au demeurant, contrairement à ce qui est souvent dit, la perte de chance ne donne pas lieu à une réparation partielle. Comme l'a bien montré Mme P³², *l'indemnisation de la perte de chance est soumise au principe de la réparation intégrale, mais, comme celui-ci oblige à tenir compte de tous les éléments du dommage, les juges ne peuvent éviter de prendre en considération l'aléa qui affecte la réalisation de la chance perdue (...). L'obligation d'effectuer un abattement par rapport à l'indemnisation du dommage non aléatoire explique donc que l'on ait pu parler de réparation partielle mais, en réalité, ce qui justifie cette différence, c'est que la « **perte de chance** » constitue un **dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final**.*

Il ne semble pas qu'il y ait lieu, non plus, de tenir compte de la situation particulière du diagnostiqueur par rapport aux autres professionnels tenus à une obligation d'information.

Cette particularité tient, d'abord, à la circonstance que l'obligation d'information constitue l'objet même du contrat qu'il a conclu et non un préalable nécessaire à la bonne exécution d'autres obligations dont il serait débiteur. Elle tient également au fait qu'il n'a pas souscrit cette obligation à l'égard de l'acquéreur mais du vendeur. En effet, pour définir la nature du préjudice indemnisable, il faut se placer du point de vue de la victime et ce qui est déterminant, à cet égard, est que l'information erronée lui a été délivrée durant la période précontractuelle, à un moment où elle devait prendre sa décision d'acquiescer, aux conditions convenues avec le vendeur, le bien affecté du vice non décelé.

³⁰ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 406 ; M. Poumarède, *Droit des obligations*, LGDJ, 2014, n° 18.

³¹ J.-C. Saint-Pau, J.-Cl. civil code, Art. 1146 à 1155, fasc. 11-10 : Droit à réparation, conditions de la responsabilité contractuelle, n° 121.

³² G. P., P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 284.

1. Les auteurs qui ont concentré leur analyse sur la question particulière de la responsabilité du diagnostiqueur envers l'acquéreur se sont prononcés pour le mécanisme de la perte de chance.

a) Commentant l'arrêt de la troisième chambre du 26 septembre 2001 précité, M. Bus³³ expose que, par cette décision, la Cour de cassation a jugé que le préjudice résultant du coût des réparations nécessitées par la présence de capricornes non signalés était certain. Le principe de la réparation intégrale devait donc conduire à couvrir l'entier préjudice. Le raisonnement de la Cour de cassation doit être expliqué. Il consiste à considérer que, certes, l'organisme n'est pas responsable de la présence de capricornes (ou d'amiante) dans l'immeuble acquis, mais que cette présence entraîne des travaux qui n'auraient pas été nécessaires pour l'acquéreur si l'état avait été fiable. Si l'acheteur l'avait su, il aurait peut-être renoncé à l'acquisition, en tout cas modifié son prix à proportion des travaux nécessités. D'après la Cour de cassation, il est donc équitable de faire peser la charge entière des travaux sur l'organisme. Seule une telle condamnation est de nature à réparer de manière intégrale le préjudice subi par l'acquéreur. **Une telle solution semble toutefois très sévère à l'encontre de l'organisme. Une réparation simplement partielle relative à la perte d'une chance correspondrait sans doute mieux à la mission de l'organisme.**

b) Mme Durand-Pasquier³⁴ expose, elle aussi, que la notion de perte de chance permet de surmonter la difficulté relative au lien de causalité entre la faute du diagnostiqueur et le dommage, le caractère erroné d'un diagnostic n'étant pas la cause du défaut de l'immeuble, qui par hypothèse lui est antérieur.

Plutôt que de faire subir au lien de causalité quelques *distorsions*³⁵, l'auteur juge *plus orthodoxe et bien utile (...) le recours à la notion de perte de chance*, dans la mesure où **rien n'est moins sûr** que, chaque fois, la négociation du prix à laquelle les parties auraient pu aboutir si elles avaient connus les défauts de l'immeuble aurait permis de répercuter l'ensemble du prix des travaux sur le propriétaire.

³³ J.-P. Bus, « La responsabilité des organismes agréés : une problématique nouvelle (en matière de diagnostic amiante - plomb - termites - radon - gaz naturel - légionelles) », *AJDI* 2003, p. 566.

³⁴ G. Durand-Pasquier, « La responsabilité des diagnostiqueurs immobiliers », *Resp. civ. et ass.* n° 1, Janvier 2009, étude 1.

³⁵ L'auteur cite un arrêt de la troisième chambre civile du 28 janvier 2003. (n° 01-13.875), qui censure une décision d'appel ayant relevé que la faute du diagnostiqueur était sans lien direct avec le préjudice consistant dans la moindre valeur de l'immeuble en retenant *qu'en statuant ainsi, par un motif dont ne résulte pas l'absence d'un lien de causalité entre la faute imputée à la société Socotec et le préjudice de la société Adir, la cour d'appel a violé* [l'article 1382 du code civil]. Dans le même sens : 3^{ème} Civ., 26 septembre 2012, n° 11-17.422.

c) Mme Saint Geniest³⁶ considère également que le raisonnement qui consiste à considérer la faute de l'organisme de contrôle comme le fait générateur unique des travaux à entreprendre, se révèle critiquable car les opérations de décontamination sont avant tout rendues nécessaires par l'existence même de la contamination, qu'il n'était pas au pouvoir du diagnostiqueur d'empêcher.

d) Commentant l'arrêt de la troisième chambre civile du 21 mai 2014 précité, M. Stoffel-Munck³⁷ observe qu'en imposant au diagnostiqueur fautif *d'effacer un dommage qu'il n'a pas causé mais que sa négligence a empêché la victime d'éviter*, on passe d'une logique de responsabilité à une logique de garantie. Relevant que la présence d'amiante dans les murs n'était pas due au diagnostiqueur mais que, s'il avait fait correctement son analyse, il aurait permis à l'acquéreur soit de ne pas acheter soit d'acquiescer à de meilleures conditions, l'auteur estime que le préjudice ne pouvait pas correspondre à plus qu'à une perte de chance d'autrement se décider. Il en conclut que la solution retenue par l'arrêt *fait davantage que rétablir le cours des choses tel qu'il aurait été sans la faute et attribue donc à la responsabilité civile une fonction qui la dépasse*.

Cette dernière observation peut être nuancée car, comme l'a montré M. Deshayes³⁸, la réparation de la perte de chance attribuée également à la responsabilité civile est une fonction différente de celle qui est, en principe, la sienne. Raisonant sur la perte d'un avantage espéré, l'auteur écrit : *Censée replacer la victime dans l'état dans lequel cette dernière se serait trouvée en l'absence du fait dommageable, la responsabilité civile devrait logiquement buter sur l'impossibilité d'établir avec une certitude suffisante ce qu'il se serait passé si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. La solution retenue, qui consiste à indemniser la perte de chance, revient à allouer à la victime une somme représentant une quote-part de l'avantage escompté, quote-part égale au pourcentage de chances qu'avait l'événement favorable de se produire. Pourtant, il est indéniable que si le fait générateur de responsabilité n'avait pas modifié le cours de l'histoire, la victime aurait reçu l'avantage en totalité ou bien n'en aurait rien reçu. Mais en aucun cas elle aurait pu n'en recevoir qu'une quote-part. Par où l'on voit que l'indemnisation de la perte de chance revient à arrêter le cours de l'histoire un instant de raison avant le fait dommageable afin de replacer la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait à ce moment-là. L'indemnité couvre le « prix » de la chance à cet instant (...) sans tenir compte du fait que la chance aurait dû en réalité soit se réaliser, soit ne pas se réaliser.*

³⁶ C. Saint-Geniest, « La responsabilité des diagnostiqueurs », *AJDI*, 2012 p. 167.

³⁷ Ph. Stoffel-Munck « Responsabilité civile, Chronique », *JCP G* n° 51, 15 décembre 2014, doctr. 1323.

³⁸ O. Deshayes, « Perte de chance », *RDC*, 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1032.

e) Dans son analyse du même arrêt du 21 mai 2014, M. Leveneur³⁹ estime, lui aussi, que *le dommage que cause un diagnostiqueur en accomplissant mal sa mission s'analyse en une perte de chance, la chance qu'avaient les acquéreurs de renoncer à l'acquisition (et d'acheter plutôt un autre bien, sans amiante) ou de négocier une diminution de prix.*

L'auteur admet, cependant, qu'*au sujet de l'amiante, matériau dangereux susceptible de provoquer de graves maladies, la chance qu'aurait eue un acquéreur de négocier une diminution de prix égale au coût des travaux de désamiantage peut être estimée très élevée.*

f) M. Dagonne-Labbe⁴⁰ considère également que *l'insuffisance des informations données par le diagnostiqueur à l'acheteur sur la situation de l'immeuble en matière d'amiante ne peut être sanctionnée que sur le fondement de la perte de chance. En effet, on peut penser que, s'il avait été mieux informé de l'importance et des conséquences de la présence d'amiante dans le bien, l'acquéreur l'aurait sans doute quand même acquis mais à des conditions plus avantageuses.* Il remarque toutefois que l'arrêt du 21 mai 2014, qui, en présence d'un diagnostic erroné et d'un vendeur de bonne foi, met à la charge du diagnostiqueur les frais de désamiantage du bien, **peut paraître sévère** à l'égard de ce dernier. Cependant, il est la conséquence des obligations de compétence et d'assurance que fait peser sur lui l'article L. 271-6 du CCH.

2. A ces analyses s'opposent celles d'une autre partie de la doctrine, qui, sur un plan général, considère que le recours à la perte de chance pour qualifier le dommage causé par le non-respect d'une obligation d'information n'est pas justifié et préconise une indemnisation totale du préjudice final dès lors que le débiteur a exposé le créancier à un risque qui s'est finalement réalisé.

Ces critiques sont fondées sur l'idée que la perte de chance est souvent utilisée comme palliatif de l'incertitude sur le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice final. Pour éviter de refuser toute indemnisation, on fait abstraction du dommage final (le coût des travaux de réparation des parties infectées par les termites, dans l'hypothèse de la présente affaire) et on lui substitue un « dommage intermédiaire »⁴¹, la privation de la possibilité d'un choix éclairé. On raccourcit ainsi la chaîne causale, dont la preuve devient ainsi plus facile à rapporter.

³⁹ L. Leveneur, « Faute du diagnostiqueur amiante : quel est le préjudice causé ? », *Contrats conc. cons.*, n° 8-9, Août 2014, comm. 187.

⁴⁰ Y. Dagonne-Labbe, « Amiante : responsabilité du diagnostiqueur », *JCP N.*, n° 31-35, 1^{er} Août 2014, 1260.

⁴¹ C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », *RJJ* 1999, p. 729 et ss. (spéc. n° 20 et ss.).

Comme l'explique Mme Bacache⁴², *le préjudice de perte de chance est une création artificielle d'un préjudice abstrait, destinée à venir en aide aux victimes qui se heurtent aux difficultés de preuve du lien causal. C'est un préjudice de substitution, dans la mesure où le préjudice auquel il se substitue ne peut être rattaché avec certitude au fait générateur de responsabilité. C'est donc nécessairement et conceptuellement un préjudice distinct du préjudice final, non réparable*⁴³.

a) Mme Fabre-Magan⁴⁴, qui approuve cette analyse du préjudice intermédiaire, rappelle qu'*il est nécessaire de bien distinguer les deux liens ainsi identifiés. Le lien de causalité entre la faute et la perte de chance doit être établi de façon certaine et ne dépend nullement de la chance perdue. En revanche, le rapport entre la chance perdue et le préjudice finalement survenu se mesure précisément à l'aide de la probabilité de survenance de l'événement favorable.*

Pour cet auteur, il y a donc *une grave dérive lorsqu'on utilise la notion de perte d'une chance pour tenir compte du fait que, si le créancier avait connu l'information, il n'aurait peut-être pas modifié son comportement (...), la notion de perte de chance [étant] alors utilisée pour pallier l'incertitude sur le lien de causalité. Or, la notion de perte de chance ne [devrait] jamais pouvoir être utilisée pour tenir compte de l'incertitude subsistant sur l'attitude, la réaction du créancier de l'obligation de l'information s'il avait connu cette information (...). La perte de chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain dont la réalisation est aléatoire et ne peut donc résulter de l'attitude de la victime (...). Le juge doit prendre une décision certaine sur l'attitude qu'aurait adopté le créancier et doit **trancher selon la plus grande vraisemblance***⁴⁵.

b) Dans son commentaire de l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 20 octobre 2009 (n° 08-20.274, précité), par lequel il a été jugé que le préjudice causé à la caution en raison d'un manquement de la banque à son devoir de mise en garde s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter, M. Borghetti⁴⁶ approuve l'analyse de Mme Fabre-Magnan et la complète en exposant qu'*il est très contestable d'affirmer qu'un manquement à l'obligation d'information ou de mise en garde a pour conséquence une « perte de chance » d'éviter un mauvais choix pour le créancier de l'information. De deux choses l'une, en effet : **soit le créancier, correctement***

⁴² M. Bacache, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? » note sous 1^{re} Civ., 16 janvier 2013, n° 12-14.439, D. 2013 p.619.

⁴³ Cette distinction a été contestée au motif que la victime d'une perte de chance n'invoque aucun dommage qui soit, en ses éléments, distinct du dommage final (J. Boré, « L'indemnisation des chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable » *JCP G* 1974, I, 620, n^{os} 13 & 14).

⁴⁴ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, LGDJ, 1992, n° 601 et ss. (rééditée par Lextenso éditions en décembre 2014 dans la collection « Anthologie du droit »).

⁴⁵ *Ibid.*, n° 618.

⁴⁶ J.-S. Borghetti, « La perte de chance de ne pas contracter » *RDC*, 1^{er} avril 2010, n° 2, p. 610.

informé, n'aurait pas contracté et, en ce cas, c'est l'intégralité des conséquences du contrat qui constitue son préjudice ; soit le créancier, correctement informé, aurait malgré tout décidé de conclure le contrat et les conséquences de celui-ci ne sauraient alors être considérées comme un préjudice de son point de vue.

Face à un manquement à l'obligation de mise en garde ou d'information, la difficulté pour les juges est donc de **reconstituer le choix que le demandeur aurait fait** s'il avait été correctement informé. Il s'agit d'un **problème de causalité**, la question étant de savoir si le fait générateur (le manquement) a bien causé le préjudice invoqué (les conséquences négatives du choix posé par le demandeur). Or, la perte de chance n'a pas vocation à être utilisée pour pallier une incertitude sur l'existence du lien de causalité, sauf à remettre en cause l'exigence d'un lien de causalité certain en matière de responsabilité. La notion permet seulement, ou devrait seulement permettre, de pallier l'incertitude sur **l'étendue du préjudice** lorsque celui-ci est certain dans son principe. Néanmoins, en cas d'incertitude sur le choix qu'aurait fait le créancier de l'information, les juges se servent de la perte de chance un peu comme d'un procédé d'équité, presque salomonien : puisqu'il est trop difficile de savoir quel choix aurait été fait en cas de respect de l'obligation d'information, il n'y a qu'à répartir les conséquences négatives du choix qui a effectivement été réalisé entre les deux protagonistes, dans une mesure librement décidée par les juges du fond.

M. Borghetti reconnaît cependant que *la mesure du préjudice en cas de manquement d'un professionnel à son obligation de mise en garde ou d'information soulève des difficultés redoutables, au point que l'on pourrait défendre l'idée que le recours à la perte de chance, aussi contestable soit-il, constitue finalement la solution préférable parce que la plus simple. Poussant un peu plus loin la réflexion, cependant, on peut se demander si l'invocation de plus en plus fréquente de la perte de chance n'est pas le symptôme d'une certaine dérive du droit français. Le plus souvent, en effet, la perte de chance est utilisée comme moyen d'assurer la réparation (partielle) d'un préjudice allégué de nature purement économique, consistant en un manque à gagner ou en des dépenses imprévues.*

c) Dans un article précédent⁴⁷, M. Borghetti soutenait déjà que le recours à la notion de perte de chance conduit à ce « résultat absurde » que le créancier de l'obligation d'information est indemnisé comme s'il avait accepté à x% ou y% de conclure le contrat si le renseignement correct lui avait été délivré, ce qui « n'a pas de sens ». Le créancier ne peut qu'accepter ou refuser de conclure le contrat. Il ne peut l'accepter à moitié.

⁴⁷ J-S. Borghetti, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? » *RDC*, 1^{er} juillet 2008, n° 3, p. 769 (note sous 1^{re} Civ. 6 décembre 2007, n° 06-19301).

M. Deshayes⁴⁸ ne partage pas ce point de vue et estime que, *dans les hypothèses où le choix qu'aurait effectué la victime est impossible à connaître, une part d'aléa subsiste, qui donne prise à l'indemnisation de la perte de chance. Certes, l'aléa en question ne doit pas être entendu au sens du coup du sort, car une décision n'est pas, pour celui qui la prend, un coup du sort. Mais au moins y a-t-il un aléa au sens d'incertitude. Or, pour le juge chargé de vérifier l'existence d'un lien causal entre le fait dommageable et la perte de l'avantage escompté, ne revient-il pas au même que l'incertitude procède d'un coup du sort ou d'une décision de la victime impossible à reconstituer ? Dans les deux cas, la probabilité que, sans le fait dommageable, l'avantage aurait été obtenu est jugée trop faible pour qu'un lien de causalité soit reconnu. La solution consiste alors à faire de la perte de chance, « prise en elle-même », un préjudice réparable.*

d) Mme P, M. Jourdain et Mme Carval⁴⁹, qui doutent aussi *que la meilleure façon de traiter l'incertitude causale soit celle qui consiste à limiter l'indemnisation de la victime à un pourcentage des pertes qu'elle a effectivement subies, estiment qu'il serait préférable d'assouplir les exigences relatives à la preuve ; ainsi, dans les affaires où il est impossible de déterminer ce qu'il se serait produit sans la faute, il suffirait que la victime établisse une **probabilité suffisante de causalité** pour être entièrement indemnisée.*

3. Pour refuser le recours au mécanisme de la perte de chance en cas de manquement à une obligation précontractuelle d'information, Mme Vacarie⁵⁰ et Mme Fabre-Magnan⁵¹ proposent, plus fondamentalement, de faire la distinction entre la perte de chance proprement dite, c'est à dire la perte d'un **avantage** espéré, et l'exposition du créancier à un **risque**.

Mme Fabre-Magnan expose ainsi que les deux notions, qui correspondent l'une et l'autre à des préjudices réparables, diffèrent par leur mode de calcul. Alors que *le quantum de la réparation de la perte de chance varie selon que la chance perdue est plus ou moins grande, la réparation de l'exposition à un risque ne dépend pas de sa probabilité de réalisation. Lorsqu'un individu expose fautivement un autre à un risque (ou lui tait fautivement l'existence d'un risque⁵²), il doit lui réparer intégralement le dommage subi en cas de réalisation du risque. En effet, par hypothèse, si la faute n'avait pas été commise, la personne n'aurait été exposée à aucun risque et n'aurait donc subi aucun dommage de ce fait. Si, en revanche, le risque ne se réalise pas, aucune réparation n'est due (...).*

⁴⁸ O. Deshayes, « Perte de chance », *RDC*, 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1032 (article précité).

⁴⁹ G. P, P. Jourdain et S. Carval, *op.cit.*, n° 369-1.

⁵⁰ I. Vacarie, « La perte d'une chance », *RRJ* 1987, p. 903, spéc. p. 917 et ss.

⁵¹ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 620 et ss.

⁵² Précision apportée par l'auteur dans son manuel de droit des obligations (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, Tome 2, P.U.F. - Thémis, 3^{ème} édition, 2013, p.182 et ss.).

En cas de violation d'une obligation d'information, les juges doivent apprécier si, du fait de l'ignorance de l'information, le créancier a perdu une possibilité de réaliser un gain ou, au contraire, d'éviter un préjudice. Dans le premier cas (...), le créancier doit obtenir une réparation partielle de son préjudice final, réparation proportionnelle à la probabilité qu'avait la chance de se réaliser (...). **Dans le second cas, le créancier doit obtenir une réparation intégrale en cas de réalisation du risque et aucune réparation, en principe, si le risque ne se réalise pas.** Ainsi, par exemple, si un médecin n'informe pas un patient sur les risques d'une opération, le juge doit apprécier si ce patient aurait ou non refusé l'opération ; ce n'est que s'il est établi qu'il l'aurait refusée **et** que le risque se réalise que le médecin doit être condamné à réparer **tout** le préjudice.

Cette position a été contestée. M. Brun⁵³ estime, ainsi, que la distinction sur laquelle elle repose n'est pas d'une parfaite clarté. Elle postule que la perte d'une chance suppose un aléa préexistant au fait générateur, de sorte que la victime n'avait antérieurement à celui-ci que des chances de réaliser un gain ou d'éviter une perte, chances qui ont été courues et ont été perdues ; tandis que l'exposition à un risque consiste à créer des risques qui n'existaient pas avant le fait générateur, leur réalisation ultérieure dépendant du hasard ou résultant de circonstances extérieures. Dans le premier cas, on n'indemnise que les chances perdues, alors que dans le second on répare le préjudice résultant de la réalisation des risques créés (...). Mais l'on peut aussi considérer que les risques de dommage préexistaient au défaut d'information, qui ne les a pas créés mais les a seulement accrus en empêchant la victime de se prémunir contre leur réalisation ; étrangère aux risques que le dommage réalise, la faute d'information ferait seulement perdre à la victime une chance d'éviter leur réalisation.

M. Brun reconnaît toutefois que cette théorie a fait l'objet de quelques applications en jurisprudence. Il y rattache les cas suivants, dans lesquels le manquement à une obligation d'information a conduit le juge à accorder l'indemnisation intégrale de leur préjudice final :

- aux touristes qui n'avaient pas été avertis par l'agence de voyage du défaut d'assurance des hôteliers qui les hébergeaient (1^{re} Civ., 3 novembre 1983, n° 82-12.729 , *Bull. I*, N 253),
- aux participants à une réunion sportive qui n'avaient pas été informés par l'organisateur de l'absence d'assurance les couvrant (1^{re} Civ., 16 juillet 1986, n° 84-16.903, *Bull. I*, n° 209),
- aux héritiers en raison du redressement fiscal et des pénalités de retard qu'ils ont dû acquitter par suite de la faute commise par le notaire qui n'avait pas informé le donateur, lequel leur avait consenti une libéralité déguisée en ayant pris en

⁵³ Ph. Jourdain, « Le manquement au devoir de conseil du notaire sanctionné par la réparation intégrale du préjudice subi », *RTD Civ.* 2014 p. 893.

charge et réglé, par l'intermédiaire du notaire, l'intégralité des droits de succession, des solutions fiscales régulières répondant à son intention libérale (1^{ère} Civ., 9 décembre 2010, n° 09-16.531),

- aux acquéreurs d'un bien qui ont été exposés au risque d'annulation de la vente en raison de la faute du notaire, qui ne les avait pas informés de l'existence de recours contre le permis de construire et d'avoir omis de mentionner dans l'acte que la société venderesse ne détenait que des droits indivis sur la parcelle destinée à assurer la desserte des immeubles à construire (1^{ère} Civ., 2 juillet 2014, n° 12-28.615).

On peut également citer un arrêt de la 3^{ème} chambre civile rendu dans une affaire où les vendeurs d'un pavillon (qu'ils avaient construit) avaient caché à l'acquéreur la présence d'amiante. Il a été jugé qu'en relevant que les vendeurs avaient ainsi *dissimulé les risques auxquels [l'acquéreur] serait exposé lors de la réalisation de travaux et la nécessité dans laquelle [il] se trouverait de faire procéder préalablement au désamiantage de l'immeuble*, la cour d'appel avait **caractérisé la certitude du préjudice** et a pu en déduire que les vendeurs devaient être condamnés à des *dommages-intérêts correspondant au coût des travaux de désamiantage* (3^{ème} Civ., 16 mars 2011, n° 10-10.503).

4. M. Ghestin⁵⁴ critique également, de façon plus radicale encore, l'application de la perte de chance à la sanction de l'obligation précontractuelle d'information. Il expose que, lorsque le manquement à cette obligation a influencé la conclusion d'un contrat par le créancier de l'obligation et faussé ainsi la procédure contractuelle, *il n'y a pas de place pour la perte de chance, serait-ce la chance de ne pas conclure le contrat.*

Par définition, la violation de l'obligation précontractuelle d'information, parce qu'elle a déterminé le consentement du demandeur en réparation, a causé le dommage résultant de ce consentement. Elle doit être sanctionnée par la réparation de toutes les conséquences de la conclusion du contrat puisque la victime ne l'aurait pas conclu, ou ne l'aurait en tout cas pas conclu aux mêmes conditions, si elle avait été mieux informée. Il en est ainsi même lorsque l'inexécution de l'obligation d'information ou de conseil due par un tiers au contrat à conclure est sanctionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle.

L'auteur fait donc, lui aussi mais pour des raisons différentes, totalement abstraction de la décision qu'aurait prise le créancier de l'obligation de l'information si celle-ci avait été correctement exécutée. Il tient pour acquis que, dans tous les cas, le créancier aurait refusé de contracter ou n'aurait accepté de conclure qu'à des conditions différentes.

Est-ce si sûr ? Malgré l'influence qu'a pu exercer l'information sur la décision du créancier de l'obligation, n'est-il pas, souvent, impossible de dire dans quel sens

⁵⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 1819 et s.

celui-ci se serait prononcé s'il avait su ? Est-il certain, par exemple, que, mue par quelque solidarité familiale, amicale ou d'intérêt, la caution, dûment informée des difficultés financières du débiteur principal, n'aurait pas, tout de même, consenti à garantir ses engagements ou que l'acheteur d'une maison payée au seul prix du terrain aurait renoncé à l'acquiescer aux mêmes conditions s'il avait été informé de la présence de termites ? L'existence de cette incertitude peut-elle être occultée au point de sanctionner la violation du devoir d'information indépendamment de son incidence sur le processus décisionnel de la victime ?

*
* *

Même si, comme on le voit, la matière fait l'objet d'intenses débats doctrinaux, le mécanisme de la perte de chance est celui qui est le plus largement utilisé en jurisprudence pour indemniser la victime de la violation d'une obligation précontractuelle d'information, sauf dans les situations où il apparaît, avec certitude, que, mieux informée des risques auxquels la conclusion du contrat proposé l'exposait, la victime aurait refusé de le conclure ou n'y aurait consenti qu'à des conditions différentes.

On sait que la caractérisation de l'existence ou de l'absence du préjudice est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Ass. Plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, *Bull. Ass. plén.*, n° 3 ; Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-14.397, *Bull. Ch. mixte*, n° 5), qui porte également sur la recherche des éléments constitutifs du préjudice indemnisable et son montant. Les juges du fond sont même dispensés de préciser les éléments sur lesquels ils fondent cette évaluation (Ch mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, *Bull. Ch. mixte*, n° 4).

La Cour de cassation contrôle les caractères légaux du préjudice réparable tels que sa licéité, son caractère direct et sa certitude⁵⁵. C'est de ce dernier caractère que relève la notion de perte de chance. La Cour de cassation contrôle donc l'existence ou l'absence d'un aléa pouvant affecter le préjudice et, en présence de celui-ci, veille à ce que la privation d'une chance soit indemnisée, laissant aux juges du fond le soin d'estimer la chance perdue.

Dans ce cadre, on peut se demander s'il pourrait être admis qu'il relève du pouvoir souverain des juges du fond, habilités à rechercher la volonté des parties, de décider ce qu'aurait été l'attitude de la victime si elle avait été correctement informée, un simple contrôle de motivation permettant de vérifier, sous la sanction du défaut de base légale, que cette appréciation ne procède pas d'une simple affirmation.

La rédaction de l'arrêt de la première chambre civile du 9 décembre 2010 (n° 09-69.490 précité) peut le laisser supposer puisque la censure est prononcée pour

⁵⁵ J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n° 67.158 et 67.181.

manque de base légale au motif que la cour d'appel a accordé l'indemnisation du préjudice final **sans constater** (pouvoir souverain ?) *qu'il était certain que, mieux informés, les acquéreurs auraient pu obtenir un avantage équivalent au coût des travaux de réparation.*

L'arrêt rendu par la même chambre le 20 mars 2013 (n^{os} 12-14.711 & 12-14.712, précité) est, de ce point de vue, moins facile à interpréter puisqu'il pose comme principe *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 qu'il n'est pas certain que mieux informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse* mais casse ensuite l'arrêt pour manque de base légale au motif que la cour d'appel **n'a pas recherché** *si mieux informés les époux G auraient renoncé à acquérir le bien litigieux ou l'auraient acquis à des conditions plus avantageuses.*

Dans son arrêt du 12 septembre 2012 (n^o 11-18.122, précité), la troisième chambre civile opère un « contrôle lourd » : *la cour d'appel en a exactement déduit que [l'acquéreur] avait droit à l'indemnisation de son entier préjudice et non à celle d'une perte de chance.*

Le dernier arrêt rendu par la troisième chambre civile (21 mai 2014, n^o13-14.891, précité) relève que les juges du fond, après avoir caractérisé *la certitude du préjudice résultant de la présence d'amiante, ont pu en déduire* (« contrôle léger ») que le préjudice de l'acquéreur correspondait au coût des travaux.

En l'état de ces éléments, il appartiendra à la chambre mixte de décider si :

- l'impossibilité dans laquelle se trouve le juge de savoir ce qu'aurait pu décider, et, surtout, obtenir du vendeur, les acquéreurs s'ils avaient été correctement informés de l'état du bien convoité doit le conduire à limiter la condamnation du diagnostiqueur fautif à l'indemnisation du préjudice résultant de la chance perdue par ces acquéreurs d'avoir pu acquérir le bien à un prix tenant compte du coût des travaux de réparation ;
- en l'espèce, la cour d'appel a explicitement caractérisé (ou souverainement retenu ?) la certitude que, *si M. et Mme 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* et, implicitement, qu'ils auraient obtenu, à concurrence de ce coût, une diminution du prix ;
- de façon générale, il apparaît certain, ou suffisamment plausible, que, si le diagnostiqueur avait correctement exécuté son obligation, les acquéreurs n'auraient accepté de contracter qu'après avoir obtenu du vendeur une réduction

de prix égale au coût des travaux de réparation des dégâts causés par les termites et qu'ils ont donc le droit d'obtenir la réparation de ce préjudice final ;

- la réalisation du risque pour les acquéreurs d'avoir à supporter le coût des réparations des dégâts causés par les termites, causée par le manquement du diagnostiqueur à une obligation d'information qui a affecté leur consentement, est constitutive d'un préjudice consommé, qui oblige le prestataire fautif à le réparer intégralement, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'attitude que ces acquéreurs auraient pu adopter s'ils avaient été correctement informés et la situation qui en serait résultée.

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2