



Par Bénédicte BURY
Avocat associé
B. Moreau-Avocats
Membre du Conseil
national des barreaux

“ Ni juge, ni plaideur ne peuvent faire l'économie de la détermination de la perte de chance de mesurer le risque, ni du calcul de probabilité nécessaire à la mesure de la réparation ”

L'impréparation, quel dommage ?

Les précautions se développent pour accroître la préparation aux décisions à raison d'opérations comportant un aléa ⁽¹⁾, comme l'évolution de la réglementation visant l'information du consommateur de produits financiers continue d'en attester.

La construction prétorienne de la responsabilité du fait d'un manquement du banquier à ses obligations d'information et de mise en garde se poursuit avec un objectif clair de réparation du dommage dont le juge français a précisé qu'il était constitué par une perte de chance de ne pas contracter, refuge souverain en l'absence de certitude du dommage dont « la seule règle de droit est que la « réparation (...) doit être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » » ⁽²⁾.

Le dommage affecté d'un aléa – la perte de chance – permet également de « raccourcir la chaîne causale » ⁽³⁾ et permettrait même d'indemniser la perte de chance d'échapper à un risque de survenance d'un dommage ou « risque préjudiciable » ⁽⁴⁾.

Cette assimilation, critiquée, du risque et de la perte de chance participe sans doute du dévoiement dénoncé ⁽⁵⁾ – « la seconde confronte à l'achèvement, le premier convie à l'attente » ⁽⁶⁾ –, tandis que certains défendent la reconnaissance d'un préjudice autonome d'« impréparation » à mesurer le risque souscrit mais non accepté ⁽⁷⁾, dont l'évaluation serait aussi aléatoire.

Aux prises avec « les affres de la causalité », les juges « ont voulu adapter la responsabilité des hommes à leurs possibilités d'agir » ⁽⁸⁾.

Si la Cour de cassation exige la certitude de la chance perdue, il apparaît utile d'appréhender de manière empirique le calcul de probabilité de la survenance de cette chance évanouie, par l'examen des décisions rendues ⁽⁹⁾. En effet, ni juge, ni plaideur ne peuvent faire l'économie de la détermination de la perte de chance de mesurer le risque, ni du calcul de probabilité nécessaire à la mesure de la réparation.

Les précautions prises par les magistrats pour maintenir la réparation de ce dommage aléatoire dans des limites prévisibles permettent de lutter contre les abus éventuels du recours à cette notion et d'assurer l'existence de ce dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final ⁽¹⁰⁾. ●

- (1) V. l'actualité législative, et notamment les textes parus récemment en matière de crédit à la consommation (v. tableau « Veille normative » *infra* p. 4 et 5).
- (2) La réparation du préjudice économique, Conférence de la Cour de cassation 2007, L. Aynès, « Risques, assurances, responsabilités » – Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1998, n° 96-15380 : Bull. civ. 1998, I, n° 260.
- (3) RDC 2009, p. 1032 et s., O. Deshayes.
- (4) Lamy Droit civil, Actualité Responsabilité 2010, n° 70, P. Pierre ; « Les nouveaux usages de la perte de chance », P. Jourdain, RTD civ. 2010, p. 330 ; « La perte d'une chance, la bourse ou la vie », M. Mekki, Gaz. Pal. 9 déc. 2010, n° 343, p. 16 et s.
- (5) P. Oudot, « La perte de chance : incertitudes sur un préjudice certain », *infra* p. 8.
- (6) V. P. Pierre, *op. cit.*
- (7) Proposition de reconnaissance d'un « préjudice d'impréparation » : D. 2009, p. 2971, « La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences », D. Houtcieff ; en matière médicale, non admis, cf. D. 1999, jur. p. 46, M. Penneau.
- (8) J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité du fait dommageable », JCP 1974, I. 2620.
- (9) Dossier « Mesure du risque et perte de chance », *infra* p. 7 à 20 (articles de P. Oudot, F. Juredieu et M. Roussille).
- (10) Au sujet de la certitude de la lésion d'un intérêt, v. J. Guestin, G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil*, LGDJ, nos 275, 283 et 284.