

1ER CONCOURS - ENM 2026

~

ÉPREUVE DE DROIT CIVIL ET PROCEDURE CIVILE

DISSERTATION

CORRIGE PROPOSE PAR ANNE-VALERIE LE FUR ET CHRISTOPHE ANDRE

La perte de chance

Fondé sur une poignée d'articles du Code civil qui demeurent figés pour la plupart dans leur lettre de 1804, et jamais réformé par une recodification ambitieuse, le droit de la responsabilité civile est en miettes et se réforme par miettes. C'est à la jurisprudence qu'il revient le plus souvent de veiller à la cohérence de la responsabilité civile tournée vers la protection effective des victimes, comme l'illustre notamment la réparation de la perte de chance.

La perte de chance est une notion prétorienne qui s'est épanouie sans support légal, dans le cadre souple des textes régissant la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de droit commun (articles 1231-1 et 1240 du Code civil) comme dans les régimes spéciaux d'indemnisation, notamment en matière médicale (infections nosocomiales par exemple). C'est en somme une habitude commode de juger, permettant d'appréhender de façon équitable la réparation de préjudices certains mais relatifs, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. En effet, la jurisprudence définit la perte de chance réparable comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable : la réparation 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. C'est la perte de chance de gagner un procès qui a constitué le banc d'essai de cette notion : un plaideur, qui avait perdu une chance de gagner un procès à la suite de la faute d'un auxiliaire de justice, se vit reconnaître un droit à réparation dès la fin du XIX^{ème} siècle (Requêtes 17 juillet 1889). Depuis lors, la notion a essaimé de façon remarquable dans des situations très diverses : outre les fautes des professionnels du droit (avocats, notaires, commissaires de justice), la notion permet d'appréhender la réparation des accidents privant d'une chance de participer à un concours ou une compétition sportive, les défauts d'information dans des relations contractuelles, ou bien encore les pertes de chance de survie en cas d'erreurs de diagnostic ou de faute médicale. Cette polyvalence souligne combien la notion répond à une nécessité pratique, dans un monde où la certitude absolue peut être inaccessible, ce qui oblige à procéder à des calculs de probabilité. Utile, la notion de perte de chance n'en est pas moins ambivalente : elle est tantôt saisie comme une catégorie autonome de préjudice, tantôt comme un palliatif des incertitudes causales. C'est dire que l'équité se heurte parfois aux exigences de la technique juridique, ce qui suscite un aléa judiciaire.

Ces incertitudes notionnelles rejaillissent fatalement sur la construction du régime de la perte de chance. Concrètement, cela soulève deux séries de difficultés que la jurisprudence cherche, au gré des espèces

qui lui sont soumises, à surmonter. D'une part, la question de l'office du juge : le juge doit-il examiner l'hypothèse d'une réparation partielle lorsque seule la réparation intégrale a été sollicitée ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a répondu par l'affirmative, ce qui constitue, nous le verrons, une dérogation au principe du dispositif (Assemblée plénière 27 juin 2025, deux arrêts). D'autre part, la question des modalités concrètes d'évaluation et d'indemnisation d'une chance perdue : comment apprécier la perte subie et le gain manqué quand le gain lui-même était aléatoire et la causalité parfois incertaine ?

On le voit, la perte de chance pose la question de l'appréhension d'une notion d'équité qui menace la sécurité juridique : comment saisir de façon pragmatique et prévisible cette figure singulière qui consiste à réparer la disparition d'un événement qui ne s'est jamais réalisé ?

En l'état actuel du droit positif, la perte de chance est une notion ambivalente (I) dont le régime est encore en construction (II).

I- La perte de chance, une notion ambivalente

L'ambivalence de la notion de perte de chance tient à son appréhension hybride en jurisprudence : principalement saisie comme une catégorie autonome de préjudice (A), la perte de chance peut aussi parfois atténuer l'exigence de causalité pour lui substituer une logique probabiliste (B).

A- Une catégorie autonome de préjudice : un préjudice certain, mais relatif

La perte de chance est une catégorie de préjudice à part entière : « Toute perte de chance ouvre droit à réparation » (Civile 2^{ème} 20 mai 2020). Sa spécificité tient à son caractère certain (la chance a définitivement disparu) (1), mais relatif (2), car la réalisation de cette éventualité demeurerait affectée d'un aléa.

1- Un préjudice certain : l'exigence d'une chance définitivement perdue

Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, les solutions de la jurisprudence sont constantes sur ce point : la chance perdue doit avoir été réelle et sérieuse (et non simplement hypothétique) et cette perte doit être actuelle et certaine.

En effet, la jurisprudence appréhende la notion comme la « disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » (Civile 1^{re}, 21 novembre 2006). Cette définition paraît simple, mais les critères de reconnaissance d'une perte de chance indemnisable sont en réalité parfois délicats à mettre en œuvre. Cela oblige en effet les juges à distinguer la perte de chance de la simple espérance qui n'est qu'un préjudice purement éventuel insusceptible de réparation.

Ont ainsi été considérés comme indemnissables, à la suite d'accidents, la perte d'une promotion (Criminelle 18 mars 1975 et 9 octobre 1975) ou un manque à gagner au titre de la retraite (Criminelle 4 décembre 1996). Cependant, la jurisprudence veille à ne pas légitimer d'hypothétiques éventualités, telle une reconversion d'activité (Criminelle 11 mars 1986), ou l'interruption d'un projet d'ouverture d'un magasin (Criminelle 18 décembre 2001), alors que n'est apportée aucune justification de la consistance de la chance supposément perdue. De même, en cas de faute professionnelle d'un notaire, la perte de chance de choisir un autre régime matrimonial n'est pas indemnisable si cette chance apparaît minime (Civile 1^{ère} 30 avril 2014).

Concrètement, c'est au juge que revient d'apprécier la certitude du dommage, ce qui reste très dépendant des circonstances, et il est difficile, en dehors du principe qu'elles appliquent, de tirer de toutes les espèces des enseignements vraiment porteurs quant à la différence engagée entre ce qui est certain et ce qui n'est

qu'éventuel. En revanche, il s'agit nécessairement d'un préjudice relatif car la réalisation de l'éventualité (gagner un procès, réussir un concours, obtenir un marché) demeure (à jamais) affectée d'un aléa.

2- Un préjudice relatif : l'existence d'un aléa affectant la réalisation de l'éventualité

Le préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet d'un fait générateur, de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine. Il y donc un aléa qui affecte la réalisation de l'éventualité, si bien que le préjudice est relatif.

Cette relativité a demandé à la jurisprudence un travail patient de précision, notamment au regard de la consistance du préjudice précontractuel. En effet, en cas de rupture fautive des négociations, le demandeur ne peut jamais obtenir la compensation des avantages qu'aurait pu lui procurer la conclusion (et l'exécution subséquente) du contrat, ce que *Ihering* appelle l'intérêt positif. En revanche, l'intérêt négatif qu'il y aurait eu à ne pas s'engager dans des négociations infécondes est indemnisable. Elle-même, la rupture n'est pas fautive : la faute consiste en un comportement contraire à la morale des affaires lors de la conduite des négociations. Aussi bien la chambre commerciale de la Cour de cassation a-t-elle décidé, dans une formule de principe, que « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (Commerciale 26 novembre 2003 *Manoukian* ; dans le même sens, Civile 3ème 28 juin 2006). Il peut paraître, en effet, assez vain de spéculer, *ex post*, sur les chances de conclusion d'un contrat qui, par hypothèse, du fait de la rupture des négociations, n'a pas été conclu. La solution, confirmée à plusieurs reprises, est donc claire : c'est l'indemnisation de l'intégralité de l'intérêt positif qui est exclue, c'est-à-dire non seulement les gains manqués, mais aussi la perte d'une chance de les obtenir. La réforme de 2016-2018 a entériné cet acquis jurisprudentiel à l'article 1112 alinéa 2 du Code civil. S'il l'on prend l'exemple de négociations en vue de la cession d'un local commercial particulièrement bien placé et donc attractif de clientèle, la rupture des négociations ne pourra justifier une indemnisation ni pour la perte de chance d'acquérir le local, ni pour la perte de chance d'augmenter le chiffre d'affaires. En revanche, les frais de négociation et la perte de chance de conclure avec un tiers demeurent indemnisables, car ils correspondent bien à la lésion d'un intérêt négatif. Symétriquement, le préjudice réparable du cessionnaire de droits sociaux qui, victime d'un dol, fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, correspond uniquement à la perte de chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, et non à celle de conclure un autre contrat plus avantageux (Commerciale 10 juillet 2012). La solution est raisonnable, d'autant qu'elle repose sur un choix : soit le cessionnaire demande l'annulation et peut se prévaloir de la perte d'une chance de conclure un autre contrat, soit il maintient le contrat, et ne peut se plaindre alors que de ne pas l'avoir mieux négocié. Il faut noter que cette hypothèse constitue l'opposé symétrique des cas de rupture des pourparlers, où seul le préjudice lié à la perte de chance de conclure avec un tiers est réparable. On perçoit ainsi combien la Cour de cassation a affiné la notion de perte de chance de manière à spécifier de la consistance du préjudice précontractuel.

Il n'empêche que l'ambivalence de la notion apparaît lorsque la perte de chance est mobilisée non pour caractériser un chef de préjudice autonome mais pour pallier une incertitude quant au lien de causalité.

B- Une exigence de causalité atténuée : une logique probabiliste

Certaines occurrences prétoriennes de la perte de chance donnent le sentiment d'une sorte d'artifice juridique permettant d'assouplir l'exigence classique de la preuve du lien de causalité. Il s'agit alors d'un palliatif probatoire (1) qui permet en équité d'offrir une réparation partielle pour un risque subi (2), quitte à atténuer l'exigence causale au profit d'une logique probabiliste.

1- Un palliatif probatoire

L'idéologie de la réparation, très prégnante en responsabilité civile, cherche à faciliter la preuve du lien de causalité, qui a pourtant longtemps été conçu comme un verrou permettant de sélectionner les demandes en indemnisation. En effet, dans plusieurs contentieux, il est parfois délicat d'établir de façon certaine le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. La notion de perte de chance vient alors opportunément atténuer l'exigence de causalité.

Ce glissement est particulièrement sensible en matière de responsabilité professionnelle en général et de responsabilité médicale en particulier, notamment lorsqu'est en cause un manquement à une obligation d'information : perte d'une chance d'éviter une opération chirurgicale, perte d'une chance d'éviter une incapacité en raison d'une abstention fautive d'un médecin, ou bien encore perte de chance de survie. Cela suscite un important contentieux, tant devant les juridictions judiciaires (cliniques privées) que devant les juridictions administratives (CE, 4 juillet 2025 : sur la responsabilité d'un établissement public de santé en cas d'arrêt des traitements causant une perte de chance de survie évaluée à 20%).

S'agissant des juridictions civiles, elles décident, d'une manière constante depuis 1965, que le médecin, qui par sa faute fait perdre à son malade une chance de guérison ou de survie, engage sa responsabilité (Civile 1^{re}, 14 décembre 1965). La chance (de guérison ou de survie) perdue par la faute du médecin constitue donc, en elle-même, indépendamment de l'invalidité ou du décès, un préjudice indemnisable (Civile 1^{re}, 27 mars 1973).

Cette faveur pour l'indemnisation n'a cessé de s'étendre, au bénéfice de la victime directe comme des victimes par ricochet. D'abord, l'évolution inéluctable de l'état antérieur n'exclut pas l'existence d'un préjudice : la perte d'une chance « de retarder l'échéance fatale que comportait une maladie et d'avoir une fin de vie meilleure et moins douloureuse, ce qui constituait une éventualité favorable », représente un préjudice réparable (Civile 1^{re}, 7 juillet 2011). Ensuite, la notion de perte de chance permet d'indemniser des dommages qui ne sont pas nettement en relation causale avec la faute (Civile 1^{re}, 10 juillet 2002 : dans le cas de la perte d'un enfant alors qu'une césarienne aurait peut-être permis d'éviter le dommage, une réparation est accordée pour moitié au titre de la perte d'une chance). Enfin, les tiers, victimes par « ricochet » profitent de cette souplesse ; ce fut par exemple le cas pour un accouchement déclenché, sans justification, de manière légèrement prématurée ayant entraîné la mort de l'enfant qui a contracté une affection dont la mère était alors atteinte : la perte d'une chance de survie pour l'enfant fut retenue, car un accouchement plus tardif aurait peut-être permis d'éviter la contagion ; les parents sont indemnisés pour la perte d'une chance de ne pas souffrir de la mort de leur enfant (Criminelle 20 mars 1996).

2. Une réparation partielle et non intégrale de l'avantage perdu ou du risque subi

Dans l'hypothèse de l'indemnisation d'une chance perdue, la réparation du dommage n'est pas, en principe, intégrale, car les tribunaux tiennent compte, pour fixer le montant des dommages et intérêts, de l'aléa qui affecte la réalisation de la chance perdue.

Par définition, en effet, une chance ne se réalise pas nécessairement. Dans la mesure où la jurisprudence relative à la perte de chance de guérison ou de survie semblerait se satisfaire d'un rapport de causalité aléatoire elle se fonderait sur une présomption de causalité que le médecin ne pourrait détruire qu'en apportant la preuve qu'une cause étrangère à son activité a été seule à l'origine du dommage ; ce qui a pu faire poser la question de savoir s'il n'y avait pas là un élément susceptible de changer la nature de l'obligation médicale ; ceci d'autant plus que, par hypothèse, toute faute du médecin fait nécessairement perdre au malade une chance de guérison ou de survie. Cela explique qu'en cas de manquement à l'obligation d'information en matière médicale, la perte de chance puisse être conçue comme un complément d'indemnisation, notamment en matière d'infection nosocomiale ou d'accident thérapeutique (Civile 1^{re}, 14 octobre 2010). La notion atteste ainsi du passage d'une logique de causalité stricte à une logique de gestion des risques, notamment en matière médicale.

Dès lors, la perte de chance apparaît comme une figure ambivalente : à la fois instrument pragmatique d'indemnisation face aux incertitudes probatoires, et entorse aux principes classiques de la responsabilité civile, fondés sur la certitude du dommage et du lien de causalité. Si la perte de chance est omniprésente, c'est que toute altération du cours normal des choses entraîne la disparition d'un nombre indéfini de chances. De là un nécessaire encadrement, et l'élaboration d'un régime qui est encore en construction.

II- La perte de chance, un régime en construction

En l'absence de toute réforme législative ambitieuse de la responsabilité civile, procédant par refondation du Code civil, la jurisprudence est livrée à elle-même pour construire, au gré des espèces qui lui sont soumises, le régime de la perte de chance. Elle a ainsi récemment clarifié la particularité de l'office du juge en la matière (A), mais peine encore à préciser la spécificité des modalités d'évaluation de l'indemnisation (B).

A- La particularité de l'office du juge

Par deux arrêts importants du 27 juin 2025, l'Assemblée plénière a renforcé les pouvoirs du juge dans la qualification du préjudice (1), quitte à déroger au principe dispositif (2).

1- Le renforcement de l'office du juge en cas de perte de chance

Dans ces deux affaires où était en jeu la responsabilité de professionnels du droit (un avocat et un notaire), se posait une question de droit identique et plus large (car elle concerne plus généralement toute indemnisation d'une perte de chance, par-delà les cas de responsabilités professionnelles) : les juges doivent-ils indemniser la perte de chance lorsque les conclusions se bornent à demander une réparation intégrale ? A cette question épineuse, les juges du fond avaient répondu par la négative, mais leurs arrêts sont censurés par la Cour de cassation aux visas des articles 4 et 1240 du Code civil et des articles 4 et 5 du Code de procédure civile (Assemblée plénière 27 juin 2025, deux arrêts).

L'assemblée plénière censure ces arrêts au motif que « le juge peut, sans méconnaître l'objet du litige, rechercher l'existence d'une perte de chance d'éviter le dommage alors que lui était demandée la réparation de l'entier préjudice (auquel cas) il lui incombe alors d'inviter les parties à présenter leurs observations quant à l'existence d'une perte de chance ». Dès lors, « le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée ». Cette solution, qui conforte des décisions antérieures, a le

mérite de la clarification- le juge ne se limite plus aux demandes des parties pour relever le cas échéant une perte de chance- quitte à déroger à l'un des principaux principes directeurs du procès civil : le principe dispositif.

2-La portée de l'office du juge : une dérogation au principe dispositif

Si, conformément au principe dispositif, l'objet du litige est l'affaire des parties, le droit français reconnaît au juge la possibilité de relever d'office des prétentions qui sont implicitement incluses dans l'objet du litige. Dans ce cas, il ne statue pas ultra (ou infra) petita. Les deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 27 juin 2025 affirment clairement que le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance dès lors qu'il en constate l'existence, même si celle-ci n'était pas expressément invoquée par la victime.

Afin d'apprécier la portée de cette solution, rappelons qu'il est admis depuis longtemps que la mise en œuvre du principe dispositif n'interdit pas au juge d'interpréter la volonté du demandeur sans s'arrêter à la lettre des conclusions. Cet aménagement du principe dispositif relève néanmoins du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond. Or, par ces deux arrêts, la Cour de cassation va beaucoup plus loin en posant l'interdiction pour le juge de refuser l'indemnisation d'une perte de chance en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée : il s'agit d'une véritable dérogation au principe dispositif dans ce domaine. La motivation retenue par l'assemblée plénière mérite l'attention dans la mesure où les aspects procéduraux et substantiels sont intimement liés. L'assemblée plénière commence par rappeler que la perte de chance est caractérisée par la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable et que « la reconnaissance d'une perte de chance permet de réparer une part de l'entier dommage, déterminée à hauteur de la chance perdue, lorsque ce dommage n'est pas juridiquement réparable ». Il ne s'agit là que de l'affirmation de principes dégagés depuis longtemps par la jurisprudence. Mais, ce rappel est en réalité le prélude permettant d'aboutir à la constatation selon laquelle le préjudice ainsi réparé, c'est-à-dire la perte de chance, « bien que distinct de l'entier dommage, en demeure dépendant ». C'est dans cette dernière formule que réside le cœur de la motivation de l'assemblée plénière.

Le caractère « distinct » de la perte de chance a depuis longtemps été admis par la jurisprudence (Civile 1re, 12 novembre 1985) et est aujourd'hui largement admis en doctrine. La perte de chance doit ainsi elle-même présenter, de manière autonome, les caractères que doivent réunir les préjudices réparables. La dépendance de la perte de chance par rapport à « l'entier dommage » est plus problématique. Certes, la perte de chance, dans la mesure où elle permet de réparer une part de « l'entier dommage », ne peut être mesurée qu'en tenant compte de ce dernier. Mais, l'exercice permettant l'évaluation de la perte de chance ne suffit pas à en déduire sa dépendance par rapport à « l'entier dommage ». Si d'autres signes de cette dépendance, notamment sur le terrain procédural, peuvent être relevés, ceux-ci sont notamment cantonnés au domaine des préjudices corporels. On comprend ainsi la référence faite par l'assemblée plénière à l'article 4 du Code civil, relatif au déni de justice, pour étayer la solution qu'elle a adoptée. Cet article permet de couper court à toute discussion relative au caractère dépendant ou non de la perte de chance. Dès lors, selon l'assemblée plénière de la Cour de cassation, c'est au risque de commettre un déni de justice que « le juge ne peut refuser de réparer un dommage dont il a constaté l'existence en son principe ». Sur la base de cette motivation l'assemblée plénière de la Cour de cassation tire deux conclusions. D'une part, « le juge peut, sans méconnaître l'objet du litige, rechercher l'existence d'une perte de chance d'éviter le dommage alors que lui était demandée la réparation de l'entier préjudice ; il lui incombe alors d'inviter les parties à présenter leurs observations quant à l'existence d'une perte de chance ». D'autre part, « le juge ne peut refuser d'indemniser une perte de chance de ne pas subir un dommage, dont il constate l'existence, en se fondant sur le fait que seule une réparation intégrale de ce dommage lui a été demandée ».

La Cour de cassation accentue ainsi la dimension correctrice de la perte de chance, au service d'une indemnisation plus effective des victimes, ce qui constitue une salubre clarification ; au titre d'un régime en construction, il serait souhaitable que cet effort concerne également les modalités d'évaluation de l'indemnisation d'une chance perdue.

B- La spécificité des modalités d'évaluation de l'indemnisation

Invités à relever d'office si nécessaire une perte de chance, les juges du fond doivent ensuite assumer seuls l'évaluation d'une indemnisation partielle qui est d'autant plus délicate qu'elle renvoie à des calculs probabilistes : l'examen de la jurisprudence révèle ainsi des erreurs d'application qui témoignent du caractère à la fois incertain (1) et factuel (2) de l'évaluation de la fraction indemnisable par rapport à l'entier dommage.

1- Le caractère incertain de l'évaluation

L'évaluation du dommage né de la perte d'une chance est source d'embarras autant que d'insécurité juridique. En effet, la complexité tient à la difficulté pour les juristes en général et les juges en particulier de résoudre des calculs de probabilité, affectés d'un coefficient aléatoire.

Cette stochastique sophistiquée entraîne des erreurs d'application. Par définition, la perte d'une chance est celle de la perte d'une perspective de survenance d'un événement favorable. Or, la pratique jurisprudentielle montre deux déviations possibles. D'une part, on voit parfois l'aléa où il n'est pas alors qu'il s'agit plutôt d'un risque. Ainsi, les juges élargissent la réparation à la perte d'une chance d'éviter un dommage. Éviter un dommage est certes un événement « avantageux », qu'on peut donc penser « favorable ». Mais la possibilité d'un événement défavorable n'est pas une chance stricto sensu, c'est d'abord un risque d'événement défavorable. La confusion paraît fréquente entre la perspective d'un événement favorable et le risque de réalisation d'un événement défavorable. La jurisprudence répare ainsi parfois soit un risque, soit la conséquence d'un risque qui ne s'est pas encore réalisé. Mais lorsque celui-ci s'est réalisé, l'aléa a disparu, et les tribunaux accordent une réparation intégrale. La doctrine ne manque pas de relever ce glissement, favorisé par le fait que ces deux aspects sont dialectiquement liés ; ainsi, la perte d'une chance d'éviter un décès (risque) est aussi la perte d'une chance de survie. D'autre part, et à l'inverse, on ne voit pas l'aléa où il est et on le confond avec le gain manqué. Les plaideurs ne font pas toujours la différence et les juges réparent intégralement un gain manqué, par exemple un bénéfice, s'il est tenu pour suffisamment certain, alors qu'il ne s'agit bien souvent que de la perte d'une chance de le réaliser, ce qui aurait donné lieu à une réparation moindre. La frontière devient ainsi ténue entre préjudice futur ou hypothétique et perte de chance.

Concrètement, s'agissant par exemple de la chance de réussite d'une action en justice, le caractère réel et sérieux de celle-ci doit d'apprécier au regard de la probabilité de succès de cette action : « le préjudice né d'une perte de chance d'éviter une condamnation devenue exécutoire s'apprécie uniquement au regard de la probabilité d'obtenir une décision plus favorable » (Civile 1^{re}, 19 septembre 2007). Quant au client d'un avocat fiscaliste qui commet une faute dans les conseils prodigués, ce qui entraîne un redressement fiscal, « la perte de chance résultant de la remise en cause du bénéfice du sursis d'imposition ne peut correspondre à un pourcentage du principal de l'impôt dont le contribuable a dû s'acquitter en exécution du redressement mais doit être mesurée, d'une part, au regard du montant prévisible de l'impôt qui aurait été dû en fin de mesure, d'autre part, en considération des pénalités et majorations à la charge du contribuable et uniquement en considération de celles-ci lorsque les circonstances rendent impossible la reconstitution fictive de l'avantage fiscal perdu » (Civile 1^{ère} 25 juin 2025).

2- Le caractère factuel de l'évaluation

L'évaluation du préjudice autonome de perte de chance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond : la Cour de cassation n'opère pas de contrôle.

Dans la pratique, pour fixer le montant de l'indemnité, le juge évalue l'entier dommage, et réduit ensuite l'étendue de la réparation en tenant compte de ce qu'il estime être l'influence du fait générateur dans la perte de la chance. Ainsi, le dommage résultant pour la victime de la perte d'une chance d'obtenir une amélioration de son état est fonction de son état réel, et il incombe seulement à la victime de préciser à quel montant elle évalue ses différents préjudices, l'office du juge consistant, après en avoir apprécié le bien-fondé, à déterminer souverainement la fraction de ces préjudices correspondant à la chance de les éviter (Civile 1^{re}, 8 juillet 1997).

De là un risque évident de subjectivisation de la réparation en l'absence de critères homogènes : les calculs probabilistes ne sont pas les mêmes selon que la chance perdue concerne le gain d'un procès, le versement d'un honoraire de résultat (Civile 3^{ème} 11 septembre 2025), la survie d'un patient, le versement de stock-options ou l'obtention d'un marché. S'agissant de ce dernier cas, la Cour de cassation a considéré qu'en cas de résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée, le préjudice du créancier à l'origine de la résiliation ne s'analyse pas comme une perte de chance d'obtenir le paiement intégral du solde du marché (Commerciale 3 décembre 2025). Les juges du fond avaient raisonné par rapport à la totalité du solde convenu, ce qui revenait à tenir pour acquis que le préjudice portait sur l'intégralité du solde contractuel, alors que cette qualification constituait précisément l'objet du débat. En prenant pour base du calcul la totalité du montant stipulé, les juges du fond tenaient pour établie l'existence même du gain dont ils entendaient mesurer la perte. Ce raisonnement biaisé est censuré : dès lors que le créancier n'avait subi aucune perte du fait de l'inexécution, lui accorder 90 % du solde du marché revenait à le placer dans une situation plus favorable que s'il n'avait pas résilié le contrat et que l'opération avait pu se poursuivre jusqu'à son terme.

Conclusion : Au terme de cette étude, on perçoit combien la perte de chance est une notion aussi polyvalente qu'ambivalente. Elle suscite un abondant contentieux et de sérieuses difficultés d'évaluation. Les affres d'une justice probabiliste expliquent les hésitations persistantes sur le régime d'indemnisation de la perte de chance, les juges énonçant sur le ton du principe que la perte d'une chance ne concerne que l'évaluation du préjudice, tout en utilisant de façon sporadique la notion de causalité en la matière. C'est dire que le contentieux a peu de chances de se tarir en la matière, car l'équité et les probabilités se concilient bien mal.