

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8150/2007

ACJC/936/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU JEUDI 3 SEPTEMBRE 2009

Entre

X_____, domicilié _____ Genève, appelant et intimé sur appel incident d'un jugement rendu par la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 octobre 2008, comparant par Me Philippe Zoelly, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

- 1) **Y**_____, domicilié _____ Genève,
- 2) **Z**_____, SA, ayant son siège _____ Zurich,

intimés et appelants sur appel incident, comparant tous deux par Me Raphaël Treuillaud, avocat, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 08.09.2009.

EN FAIT

- A.** Par acte déposé le 10 novembre 2008, X_____ appelle du jugement rendu par le Tribunal de première instance le 2 octobre 2008, notifié le 9 octobre 2008 et reçu le lendemain par les parties, le condamnant à verser à Z_____ SA les sommes de 13'000 fr. et 10'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 20 avril 2007, à verser à Y_____ la somme de 22'500 fr. avec intérêts à 5% dès le 7 avril 2003 et au paiement de la moitié des dépens, comprenant une indemnité de procédure de 10'000 fr. valant participation aux honoraires du conseil de Y_____ et de Z_____ SA.

L'appelant conclut, principalement, à l'annulation du jugement entrepris et au déboutement de Y_____ et de Z_____ SA de toutes leurs conclusions, avec suite de dépens; subsidiairement, il conclut à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'il a excipé de compensation à toutes fins utiles à concurrence de 11'620 fr. 80.

Les intimés forment un appel incident; ils concluent, sur appel principal, au rejet de l'appel et, sur appel incident, à l'annulation du jugement entrepris et à ce que X_____ soit condamné, avec suite de dépens, à verser à Y_____ les sommes de 40'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 27 avril 2000, 48'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2001 et 295'200 fr. avec intérêts à 5% dès le 25 avril 2002 et à verser à Z_____ SA la somme de 49'703 fr. avec intérêt à 5% dès le 20 avril 2007.

L'appelant principal conclut au rejet de l'appel incident, avec suite de dépens.

- B.** Il résulte de la procédure les faits pertinents suivants :

a. Y_____, né en 1954 au Caire (Egypte), a été heurté, le 28 janvier 1990 à Genève, par un taxi alors qu'il traversait, en tant que piéton, la chaussée; cet accident a provoqué d'importantes blessures au niveau des genoux et une hospitalisation pendant près de 4 mois.

Alors que Y_____ était en bonne santé avant cet évènement, celle-ci a été considérablement atteinte depuis lors tant sur le plan physique que sur le plan psychique.

Par décision du 2 mars 1992, l'AI a considéré Y_____ comme étant invalide à 100% dès le 1^{er} janvier 1991.

Par décision non contestée du 24 octobre 1995, la CNA a, pour sa part, retenu une incapacité de gain de 66,66% dès le 1er février 1995.

b. Par acte déposé le 22 juillet 1993 au Tribunal de première instance, Y_____ - représenté par X_____ - a formé une action en paiement à l'encontre de A._____, l'assurance RC du chauffeur de taxi.

Par jugement du 18 novembre 1999, le Tribunal - statuant sur renvoi de la Cour qui avait retenu que Y_____ avait commis une faute grave et largement prépondérante, mais qu'il se justifiait de lui attribuer 10% du dommage total compte tenu des risques liés à l'emploi d'un véhicule automobile, de la faute minimale du chauffeur de taxi, de sa faute grave et de sa situation financière relativement modeste - a donné acte à A_____ de ce qu'elle reconnaissait devoir à Y_____ la somme de 3'000 fr. avec intérêts à titre de tort moral et a condamné l'assurance à prendre en charge 10% de la perte de gain du lésé, soit un montant total de 22'010 fr. avec intérêts, montant calculé sur la base du taux d'invalidité de 66,66% retenu par la CNA; cette décision a été confirmée par la Cour par arrêt du 19 mai 2000.

c. Les suites de l'accident de Y_____ ont notamment été traitées par son ostéopathe, B_____, qu'il consultait une à deux fois par année.

Lors d'une consultation le 23 décembre 1999, le praticien a manipulé la nuque de Y_____, qui soutient avoir ressenti des bourdonnements dans son oreille droite, puis des vertiges et des maux de tête dès les jours qui ont suivi.

Y_____ s'est alors adressé à son médecin généraliste et a subi un examen neurologique à l'Hôpital cantonal de Genève.

Y_____ a repris contact avec B_____ et un nouveau rendez-vous a été fixé au 27 avril 2000. Il soutient que, lors de cette consultation, son thérapeute se serait livré, sans prévenir ni demander sa permission, à une brutale manipulation de sa nuque, en tournant violemment sa tête sur la gauche à deux reprises, puis sur la droite; il aurait alors ressenti une violente douleur, deux forts claquements dans la nuque, des vertiges et des sensations de décharge électrique le long de la jambe droite.

B_____ a contesté avoir procédé à des manipulations brutales, mais soutient avoir effectué des mobilisations douces à des fins diagnostiques.

d. Quelques jours plus tard, un IRM a été prescrit à Y_____ afin d'investiguer les douleurs cervicales dont il se plaignait après ce traitement. Cet IRM a été suivi de nombreux examens et consultations.

Selon le rapport du 7 mai 1999 du Dr C_____, Y_____ avait dû procéder à la date de son rapport à un examen de la "*colonne cervicale et dorsale face/dorsale*"; examiné à la demande du patient, le médecin n'avait constaté aucune pathologie à l'étage cervical.

Le Dr D_____ a indiqué dans un rapport de consultation du 20 juillet 2000: "*je suis probablement l'un des très nombreux protagonistes consultés par M. Y_____, totalement décompensé à la suite d'une manipulation intempestive (...)*"

au niveau cervical en décembre 1999 suivie d'un cortège extrêmement fourni de symptômes (...). Le dossier ne montre rien de bien flagrant (protusions discales étagées avec prédominance C5-C6 sans aucune compression neurologique) et fort de ce complément objectif, il faut avouer que le patient montre des éléments de fixation assez nette sur cet événement malheureusement (procédure possible envisagée), qu'il a des signes d'inquiétude manifeste (a extrêmement peur de se retrouver tétraplégique) et que tout le contexte thymique peut éventuellement participer à ce tableau".

Dans un courrier adressé le 9 février 2001 à X_____, le Dr D_____ a précisé : *"mon impression personnelle est que cette manipulation a effectivement déclenché tout le cortège de symptôme sur une probable distorsion cervicale lors de cette manœuvre, ceci repose notamment sur l'expérience vécue et l'histoire racontée par le patient qui est fiable et précis, il est toutefois difficile, même médicalement de retracer avec sûreté le développement des symptômes chronologiquement dans le passé".*

Selon le rapport du Dr E_____ du 13 février 2001, celui-ci n'a détecté aucune anomalie neurologique; le patient présentait un *"status après distorsion cervicale évidente"* s'inscrivant cependant dans le cadre d'un *"burn out syndrom"* et d'un état dépressif.

Il ressort également d'un rapport daté du 5 juin 2001 du Dr F_____ que Y_____ souffrait de cervicalgies récidivantes depuis quelques années; *"en conclusion on peut dire que nous sommes devant une situation de cervico-brachialgies chroniques sans déficit neurologique objectivable, probablement secondaire à instabilité cervicale, sans que l'on puisse mettre en évidence sur les clichés fonctionnels d'atteinte majeure. Il existe certainement (...) un état anxieux de fond qui intervient partiellement dans l'évolution des cervico-brachialgies chroniques"*.

Enfin, dans un rapport du 4 juin 2002, le Dr G_____ a indiqué que les examens avaient révélé *"une discarthrose cervicale pluri-étagée"*, associée à des lésions dégénératives sur les articulations postérieures et de l'ostéoporose.

e. Par acte déposé le 25 avril 2002 au Tribunal de première instance, Y_____ - représenté par X_____ - a assigné B_____ en paiement de 40'000 fr. plus intérêts à 5% dès le 27 avril 2000 à titre d'indemnité pour tort moral, de 48'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2001 à titre de perte de gain jusqu'au dépôt de la demande et 295'000 fr. plus intérêts à 5% dès la date du dépôt de la demande à titre de perte de gain future capitalisée.

Il fondait ses prétentions sur le tort moral et à la perte de gain, effective et future, qu'il alléguait avoir subis à la suite du traitement du 27 avril 2000, provoqué par ses douleurs constantes et le rendant désormais entièrement incapable de

travailler; il calculait sa perte de gain sur une capacité de gain résiduelle de 33,33%, soit de 2'000 fr. par mois.

B_____ a contesté les reproches de son ancien patient et a nié tant sa responsabilité que l'existence d'un quelconque préjudice.

f. Par jugement du 27 février 2003, le Tribunal de première instance a débouté Y_____ de toutes ses conclusions avec suite de dépens, comprenant une indemnité de procédure de 15'000 fr.

Le Tribunal a, en substance, retenu que, malgré la capacité de gain résiduelle qui lui avait été reconnue dans le cadre du litige relatif à l'accident de la circulation de 1990, Y_____ n'exerçait plus aucune activité lucrative à raison de 33,34%, ne prétendait pas le faire et ne produisait aucun élément qui pouvait le faire penser et amener le Tribunal à instruire un tel allégué; par ailleurs, l'assignation ne contenait aucun allégué propre à fonder la prétention en tort moral qui y était invoquée.

g. Par acte déposé le 7 avril 2003 à la Cour de justice, Y_____ - toujours représenté par X_____ - a fait appel contre ce jugement, contestant l'appréciation effectuée par le premier juge au sujet de la perte de gain à prendre en considération, le reproche d'absence d'allégations concernant le tort moral, ainsi que le montant de l'indemnité de procédure. Il a conclu à l'annulation du jugement rendu le 27 février 2003 et au renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour instruction.

Par arrêt du 25 septembre 2003, la Cour a confirmé la décision querellée en tant qu'elle fixait le montant de l'indemnité de procédure et déclaré l'appel irrecevable pour le surplus, faute de satisfaire aux exigences posées par l'art. 300 LPC. La Cour a considéré que, l'acte d'appel - rédigé par un avocat expérimenté - ne contenait aucune indication, explicite ou implicite, permettant de déterminer clairement si et dans quelle mesure l'appelant entendait maintenir ou modifier les conclusions sur le fond prises devant le premier juge. Il demeurait en outre une ambiguïté quant au maintien des conclusions tendant au versement d'une indemnité pour la perte de gain alléguée durant la période antérieure à l'introduction de l'action, ainsi que pour la perte de gain future et pour le tort moral.

h. Par arrêt du 19 janvier 2004, le Tribunal fédéral a rejeté l'appel de Y_____ contre l'arrêt du 25 septembre 2003, considérant que ses griefs de violation arbitraire de l'art. 300 LPC, de formalisme excessif et de déni de justice formel consacré par sa décision étaient dénués de tout fondement.

i. Il ne ressort pas de la procédure précitée qu'une éventuelle transaction ait été envisagée par l'assurance RC de B_____ ou que des discussions aient été engagées en ce sens entre les avocats des parties ou les parties elles-mêmes.

j. Conformément au contrat d'assurance de protection juridique qui la liait à Y_____, Z_____ SA a pris à sa charge l'intégralité des frais de la procédure, soit un montant total de 49'703 fr., comprenant des frais de justice d'un montant de 8'353 fr. en première instance, de 8'350 fr. en appel, de 6'000 fr. en instance fédérale et des indemnités de 15'000 fr. en première instance, de 5'000 fr. en appel et de 7'000 fr. en instance fédérale.

k. Dans un échange de courrier qui a suivi, X_____ a indiqué tant à Y_____ qu'à Z_____ SA que l'issue de cette procédure impliquait sa responsabilité; il a annoncé son cas à son assurance RC par courrier du 17 août 2004.

Par courrier du 23 août 2004, cette dernière a toutefois renoncé à se prononcer en l'état sur les prétentions de Y_____, avant qu'il ne les établisse. Elle a également rappelé qu'en l'absence de son assentiment, son assuré n'était pas autorisé à reconnaître les prétentions de son client.

l. Par acte déposé le 20 avril 2007 au Tribunal de première instance, Y_____ et Z_____ SA ont assigné X_____ en paiement en faveur du premier d'un montant de 383'200 fr. correspondant au gain manqué dans la procédure contre B_____ - à savoir le montant réclamé dans la procédure dirigée contre le thérapeute, évalué selon la méthode qu'avait suivie l'avocat dans ce cadre - et en faveur de la seconde de 49'703 fr. correspondant au frais de la procédure précitée.

A l'appui de leurs prétentions, Y_____ et Z_____ SA ont invoqué la responsabilité contractuelle de X_____, dès lors que ce dernier avait commis une faute dans l'exécution de son mandat. Z_____ SA a déclaré se subroger dans les droits de son assuré quant à la réparation des frais de la procédure.

X_____ a contesté avoir commis une faute dans la rédaction de son mémoire d'appel du 7 avril 2003, imputant la décision d'irrecevabilité de la Cour à un formalisme excessif.

Il a également contesté que la faute qui lui était reprochée ait causé le moindre dommage à Y_____. D'après l'avocat, son mandant aurait été conscient des risques liés à la procédure, en particulier quant à la preuve d'une faute professionnelle de B_____ et quant à l'établissement d'un préjudice en relation de causalité avec cette faute. Il aurait néanmoins décidé d'agir du fait que les frais de justice et les honoraires d'avocats étaient entièrement pris en charge par Z_____ SA, même en cas de perte du procès. Ce faisant, il espérait amener sa

partie adverse, et surtout l'assurance responsabilité civile du thérapeute, à faire des propositions de transaction.

Il a par ailleurs produit sa note de frais et honoraires d'un montant de 11'620 fr. 80 pour l'activité déployée dans le cadre du mandat litigieux entre le 27 avril 2000 et le 7 avril 2003 - soit la date du dépôt du mémoire d'appel à la Cour de justice - qu'il a déclaré vouloir compenser avec toute éventuelle prétention de ses parties adverses.

Il a enfin contesté le droit de recours de Z_____ SA, dès lors que ce droit était subordonné à une faute grave de sa part, faute qu'il contestait.

m. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 30 janvier 2008, X_____ a confirmé que la procédure n'était de loin pas gagnée d'avance et qu'elle avait été engagée en raison du soutien de l'assurance protection juridique, de sorte que son client n'avait rien à y perdre; toutefois, il avait tenté la procédure parce qu'il estimait qu'elle n'était pas perdue d'avance; son ancien client et lui avaient souhaité parvenir à ce que la partie adverse entre en discussion pour proposer quelque chose.

X_____ a également déclaré qu'il n'avait pas d'expertise au moment d'introduire l'action, car il n'avait pas été *"possible de trouver quelqu'un qui puisse démontrer de façon à objectiver la causalité entre les manipulations et les douleurs de Y_____"*; un professeur d'université avait indiqué qu'il était très difficile d'établir *a posteriori* un tel lien de causalité. Y_____ a pour sa part déclaré que plusieurs médecins lui avaient confirmé le lien de causalité entre l'activité de l'ostéopathe et son mal, mais que son conseil lui avait conseillé d'attendre la nomination d'un expert par le Tribunal, eu égard à la valeur probante supérieure d'une telle mesure.

A l'issue de l'audience, Y_____ a sollicité l'audition des personnes dont les déclarations écrites qu'il avait produites étaient contestées, ainsi que l'ordonnance d'une expertise relative à l'activité de l'ostéopathe. Son ancien avocat a contesté l'utilité d'une expertise, dans la mesure où, plusieurs années après les faits, une telle mesure d'instruction n'était pas susceptible d'éclairer le Tribunal. Lors de l'audience de plaidoiries du 30 avril 2008, Y_____ a à nouveau sollicité l'ordonnance d'une expertise, à laquelle sa partie adverse s'est opposée. Le Tribunal n'a pas ordonné d'enquêtes.

n. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a, en substance, retenu en premier lieu que les mesures probatoires requises n'étaient ni nécessaires ni utiles. Il a ensuite considéré que les parties étaient liées par un contrat de mandat et que X_____ - compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle - avait violé fautivement ses obligations en ne respectant pas les exigences de forme posées par l'art. 300 al. 1 let. d LPC, ce qui avait eu pour conséquence la déchéance du droit d'appeler de son client et, partant, de son droit à faire valoir ses prétentions à

l'encontre de son ostéopathe; face aux griefs réitérés de formalisme excessif soulevés par X_____, le premier juge a relevé que ce point avait déjà été tranché par les instances cantonales et fédérales et qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier à nouveau cette question.

Le Tribunal a, ensuite, retenu que Z_____ SA était subrogée dans les droits de son assuré en vertu de l'art. 72 LCA, dans la mesure où X_____ ne pouvait se prévaloir d'une faute légère excluant le droit de recours de l'assureur; s'agissant des frais de recours au Tribunal fédéral contre la décision d'irrecevabilité (6'000 fr. de frais de procédure et 7'000 fr. d'indemnité de procédure), ceux-ci n'auraient pas été encourus si les conclusions du mémoire d'appel avaient été recevables, si bien qu'ils étaient dus à Z_____ SA.

S'agissant des autres prétentions, le premier juge a examiné l'issue hypothétique du procès manqué et retenu que, sur le principe, la preuve d'un lien de causalité entre les symptômes de Y_____ et une lésion consécutive à un geste déterminé du thérapeute aurait été des plus malaisées à apporter, d'autant que ce lien n'emportait pas encore que le geste, eût-il été identifié, ait été effectué au mépris des règles de l'art; plus de dix ans après le traitement incriminé, cette preuve était impossible; par conséquent, dans la perspective où le dommage devait être évalué sous l'angle de la très grande vraisemblance de l'aboutissement favorable du procès manqué, Y_____ n'avait pas établi et ne pouvait pas établir le préjudice qu'il invoquait, si bien qu'il ne pouvait être retenu que l'action avait des chances de succès concrètes.

Toutefois, en se fondant sur la théorie de la perte d'une chance et en admettant que l'avocat fût engagé par la situation juridique de son client telle qu'il l'a influencée, indépendamment de la réalité de cette situation, le dommage consistait dans "*la valeur des expectatives promises et perdues par sa faute*". Le dommage devait ainsi être évalué au regard des chances de succès d'une transaction entre Y_____ et l'assureur RC de son thérapeute et du montant que Y_____ aurait pu s'attendre à recevoir; au regard du rapport de connexité entre les symptômes de ce dernier et le traitement ostéopathique, compte tenu des dénégations constantes du thérapeute et de la position de son assureur RC dans le procès manqué et compte tenu du fait que l'ancien conseil n'aurait pas intenté le procès s'il avait estimé que son succès - y compris sous l'angle d'une transaction - était moins probable que son échec, il convenait d'admettre la probabilité d'une telle transaction à 50%. Y_____ aurait ainsi pu prétendre à 22'500 fr. avec intérêts à 5% dès le dépôt de la demande, correspondant au gain qu'il pouvait espérer réaliser en cas de transaction (45'000 fr., à savoir la moitié d'une perte de gain estimée à 80'000 fr. plus une indemnité pour tort moral de 10'000 fr.) multiplié par la probabilité de survenance d'une telle transaction (50%). Z_____ SA pouvait pour sa part prétendre, en plus des frais engendrés par la procédure devant le Tribunal fédéral, à 10'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 20 avril 2007, correspondant à la moitié des frais de procédure

économisés en cas de succès transactionnel, multiplié par la probabilité de survenance d'une telle transaction (50%).

- C. Les arguments développés par les parties, dans la présente procédure d'appel, seront repris ci-après, dans la mesure de leur pertinence.

EN DROIT

1. Interjetés dans les délais utiles et selon la forme prescrite par la loi (art. 296, 298 et 300 LPC), l'appel principal et l'appel incident sont recevables.

Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur une valeur litigieuse supérieure à 8'000 fr. en capital, le Tribunal a statué en premier ressort. La voie de l'appel ordinaire est ainsi ouverte; la Cour revoit en conséquence la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22 al. 2 et 24 LOJ; art. 291 LPC; SJ 1984 p. 466 consid. 1).

2. Il n'est pas contesté que les parties ont été liées par un contrat de mandat (art. 394 ss CO). Il convient dès lors de déterminer si les conditions pour que la responsabilité du mandataire soit engagée sont réalisées.

Le mandataire est soumis au régime de la responsabilité des art. 97 ss CO; le mandant doit ainsi prouver l'existence d'un préjudice, d'une violation du mandat et d'un rapport de causalité adéquate entre le second et le premier (LOMBARDINI, La responsabilité civile de l'avocat, *in* Défis de l'avocat au XXI^e siècle, p. 522 et 523; WERRO, Commentaire romand, n. 37 ad art. 398 CO). En ce qui concerne la faute, celle-ci est présumée pour les obligations de résultat; en revanche, pour les obligations de moyen - telle que l'obligation de diligence du mandataire - il est de jurisprudence et de doctrine constantes qu'il appartient au créancier de prouver le manquement de la diligence due par le débiteur, ce dernier pouvant alors se libérer en prouvant son incapacité de discernement non fautive (ATF 120 II 248; THEVENOZ, Commentaire romand, n. 54 à 57 ad art. 97 CO; WERRO, *op. cit.*, n. 39 ad art. 398 CO).

La preuve d'un dommage dû à la mauvaise exécution d'un mandat incombe au mandant qui en demande réparation; il doit également apporter la preuve du lien de causalité entre la violation du devoir de diligence du mandataire et le dommage qu'il fait valoir; dans ce cadre, il faut en particulier se demander quelle tournure l'affaire aurait prise et comment le patrimoine du mandant aurait évolué si le mandataire n'avait pas violé son devoir (ATF 127 III 357 consid. 5a p. 364).

3. L'appelant principal reproche au Tribunal d'avoir retenu qu'il avait commis une faute dans la rédaction des écritures d'appel du 7 avril 2003 et que cette faute était grave. Il persiste à soutenir qu'en déclarant irrecevable son appel contre le jugement du 27 février 2003, la Cour a fait preuve d'un formalisme excessif et il

est d'avis que le premier juge disposait - dans le cadre de la présente procédure - d'un pouvoir d'appréciation sur cette question.

3.1. L'avocat en tant que mandataire a un devoir de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO et art. 12 let. a LLCA). La diligence requise par l'art. 398 al. 2 CO implique un comportement consciencieux et les connaissances techniques nécessaires (LOMBARDINI, op. cit., p. 525 et 526).

L'avocat ne répond pas du résultat, mais il n'échappe pas à sa responsabilité lorsqu'il omet de respecter des devoirs élémentaires (ENGEL, Contrats de droit suisse, 2000, p. 490 et 491). Il doit ainsi exercer son activité selon les règles de l'art; dans l'activité judiciaire, la question de sa diligence se pose notamment lorsque l'avocat a déposé un recours irrecevable (ATF 134 III 534 consid. 3.2.2; 127 III 357 consid. 1b; LOMBARDINI, op. cit., p. 525 et 526).

La faute étant présumée, il appartient au mandataire de prouver qu'il n'en a pas commise; la faute est un manquement à la diligence due; elle suppose que le mandataire ait pu adopter un comportement adéquat, mais ne l'a pas fait, soit intentionnellement soit par négligence; pour se disculper, le mandataire peut établir que tout avocat ayant des connaissances et une capacité professionnelle conforme à la moyenne n'aurait pas agi différemment s'il avait été placé dans la même situation que lui (ATF 134 III 534, consid. 3.2.2; 127 III 357 consid. 1b; 117 II 563 consid. 2.1; ATF 4C.314/1992 du 21 novembre 2000 consid. 8a; LOMBARDINI, op. cit., p. 537-538).

3.2. En l'espèce, l'appel déposé le 7 avril 2003 par l'appelant principal en tant qu'avocat de l'appelant incident a été déclaré irrecevable par arrêt de la Cour du 25 septembre 2003, faute de satisfaire aux exigences posées par l'art. 300 LPC et le Tribunal fédéral a rejeté l'appel interjeté contre cette décision (cf. supra EN FAIT let. B.f. et g). L'argumentation de l'appelant principal qui persiste à soutenir que la Cour a procédé d'un formalisme excessif en déclarant l'irrecevabilité de l'appel litigieux a ainsi déjà été examinée par le Tribunal fédéral, lequel a rejeté ce grief, considérant celui-ci dénué de tout fondement. Cette question a ainsi déjà été tranchée par les instances compétentes et il n'appartient pas, comme le premier juge l'a à juste titre relevé, aux instances de la présente procédure d'apprécier à nouveau la question.

Le manquement de l'appelant principal sanctionné par la Cour a eu pour conséquence la déchéance de son ancien client de son droit d'appeler du jugement du 27 février 2003 et de faire valoir ses éventuelles prétentions à l'encontre de son ostéopathe. Compte tenu de la formation et de l'expérience professionnelle de l'appelant principal, il convient - à l'instar du Tribunal - de retenir que ce manquement constitue une faute grave.

Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point.

-
4. L'appelant principal reproche au premier juge d'avoir retenu que Z_____ SA était subrogée dans les droits de son assuré, au motif qu'il n'a commis aucune faute dans l'exécution du mandat qui le liait à son ancien client.

Il conteste également le bien-fondé des prétentions émises par cette assurance.

4.1. Les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée (art. 72 al. 1 LCA). Comme la Cour l'a relevé dans une jurisprudence récente (ACJC/230/2008 disponible *online*), le Tribunal fédéral a considéré qu'un recours de l'assureur envers un autre responsable contractuel pouvait se fonder sur l'art. 51 al. 1 CO, qui renvoie à l'art. 50 al. 2 CO et a précisé qu'un tel recours supposait une faute grave du partenaire contractuel de la victime; il est, en effet, conforme au droit et à l'équité que le dommage soit supporté en dernier lieu, non pas par l'assureur, mais par celui qui l'avait causé en violant gravement ses obligations contractuelles (ATF 93 II 345, JT 1968 I 526 consid. 6).

En l'espèce, compte tenu du fait qu'il a été retenu précédemment que le manquement de l'appelant principal constitue une faute grave, Z_____ SA est ainsi subrogée dans le droit de son assuré de réclamer la réparation des frais de procédure qu'elle a assumés.

4.2. En ce qui concerne les frais engendrés par la procédure de recours au Tribunal fédéral - à savoir 6'000 fr. d'avance de frais et 7'000 fr. d'indemnité de procédure - les considérations du premier juge ne prêtent pas le flanc à la critique. En effet, il est manifeste que si l'appelant principal n'avait pas déposé, pour son ancien client, un appel dont les conclusions étaient irrecevables, la procédure de recours auprès du Tribunal fédéral sur cette problématique n'aurait pas été engagée et les frais de procédure en découlant n'auraient pas été engendrés.

Le jugement sera donc confirmé en ce qu'il condamne l'appelant principal à verser à Z_____ SA le montant de 13'000 fr. avec intérêts à 5% dès le dépôt de la demande conformément aux conclusions des appelants incidents.

4.3. En ce qui concerne les autres prétentions, à savoir le remboursement des frais engendrés par la procédure cantonale, leur bien-fondé sera examiné ci-après.

5. L'appelant principal reproche au Tribunal d'avoir retenu l'existence d'un dommage, sous la forme de la perte d'une chance d'obtenir une transaction, celle-ci étant évaluée à 50%. Il considère que le dossier ne recèle aucun élément permettant de retenir la possibilité d'une transaction et que la référence à la théorie de la perte d'une chance est juridiquement inadmissible, dans la mesure où elle s'oppose aux notions de causalité naturelle et de dommage dans leur acception classique, dont le Tribunal fédéral n'a jusque-là pas voulu s'écarter.

Les appelants incidents reprochent, pour leur part, au premier juge d'avoir retenu, sans enquêtes ni aucune mesure probatoire et en violation de l'art. 8 CC, que la preuve ne pouvait être rapportée de la causalité entre les manipulations de son ostéopathe et l'état de santé consécutif de l'appelant incident, ainsi que de l'existence d'une capacité de gain résiduelle entre son accident de la circulation et lesdites manipulations qui l'ont rendu complètement invalide.

Tant l'appelant principal que les appelants incidents contestent enfin la méthode de calcul adoptée par le premier juge.

Se pose ainsi la question du dommage subi par l'ancien client de l'appelant principal et du rapport de causalité avec la violation du contrat de mandat.

5.1. Critère de la vraisemblance prépondérante

5.1.1. Dans la situation du "*procès manqué*", la jurisprudence applique le critère de la vraisemblance prépondérante de l'issue du procès (HIRSCH Laurent, Le procès manqué, *in* Les causes du dommage, 2007, p. 260 no 29; CHAPPUIS, Le moment du dommage, p. 130-131 no 278).

La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 II 81 consid. 4.2.2).

Le Tribunal fédéral a en particulier admis que le dommage résultant de l'erreur de la procédure commise par un avocat qui a entraîné l'irrecevabilité de l'action intentée consistait dans la prétention que son client entendait faire valoir dans la procédure qui n'a pas eu lieu, dans l'hypothèse où ce dernier avait obtenu gain de cause. Il n'est pas possible de constater avec une certitude absolue comment une action qui n'a pas été jugée, faute d'avoir été ouverte à temps, se serait terminée si elle avait été reçue; on ne peut faire à cet égard que des suppositions, aussi bien en ce qui concerne les faits qui auraient été constatés dans le procès qu'en ce qui concerne leur appréciation juridique. Il suffit qu'on puisse admettre avec une très grande vraisemblance que la partie demanderesse aurait obtenu gain de cause; la preuve qu'elle aurait gagné son procès peut être considérée comme rapportée quand, dans le procès en dommages-intérêts, les faits qui auraient été déterminants pour la solution de l'action litigieuse ont été établis de telle sorte que l'idée s'impose impérieusement que cette action aurait été admise (ATF 87 II 364, JT 1962 I 363 consid. 2; 89 I 158, JT 1964 I 261; ATF 4C.225/2000 du 8 mars 2001; 4C.449/2004 du 9 mars 2005; 4C.82/2005 du 4 août 2005).

Dans cette optique, le tribunal saisi de l'action en responsabilité contre l'avocat se met à la place du tribunal qui aurait été saisi si l'avocat avait sauvegardé les droits

de son client; il examine dès lors la question de la causalité (HIRSCH Laurent, op. cit., p. 251 no 5 et p. 254 no 17).

5.1.2. En l'espèce, l'appelant incident a fourni de nombreuses attestations médicales et certains de ses médecins ont indiqué qu'il existait, selon eux, un lien de causalité entre les douleurs de leur patient et les manipulations effectuées par son ostéopathe. Leur appréciation sur cette question découle toutefois des indications et des explications que leur patient - qu'ils estiment précis et fiable - leur avait données; ils ne se sont pas fondés sur des constatations médicales et ne se sont pas prononcés non plus sur la manière dont auraient été exécutées les manipulations litigieuses. Comme l'a à juste titre relevé le premier juge, si la cause des symptômes pouvait donner lieu à des conjectures, celles-ci ne pouvaient être vérifiées et cela, bien que des examens poussés aient été effectués à cette fin.

A cela s'ajoute le fait que l'appelant incident souffrait de cervicalgies depuis plusieurs années et que les examens médicaux ont révélé qu'il souffre d'une discopathie, soit une affection dégénérative, ne pouvant être provoquée par un mauvais geste thérapeutique. En outre, ces événements ont impliqué une personne présentant des antécédents et ont provoqué chez celle-ci un état anxieux important alors qu'elle se trouvait déjà fragilisée sur le plan psychique.

Ainsi, lors de la procédure de l'appelant incident contre son ostéopathe, il est peu vraisemblable que l'existence d'un lien de causalité entre ses symptômes et une lésion consécutive au traitement de son thérapeute eût pu être établi. Dans l'hypothèse où ce lien aurait été mis en évidence, encore aurait-il fallu établir que le traitement litigieux avait été effectué en violation des règles de l'art.

Dès lors, à l'instar du premier juge, il ne peut être retenu que l'issue hypothétique du procès manqué aurait selon une très grande vraisemblance été favorable à l'appelant incident. Près de dix ans après les faits incriminés, les chances de succès de ce procès s'avèrent quasiment nulles.

Le jugement attaqué sera dès lors confirmé sur ce point.

5.2. Théorie de la perte d'une chance

5.2.1. Une partie de la doctrine a développé la théorie de la perte d'une chance pour tenir compte de situations qui se présentent lorsque le fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire l'enrichissement ou l'appauvrissement de la personne concernée (THÉVENOZ, La perte d'une chance et sa réparation, *in* Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile, 2001, p. 238)

Il s'agit de pondérer ce que le client aurait pu obtenir en fonction de la probabilité qu'il l'aurait obtenue; on considère que le client avait une chance d'obtenir gain de

cause contre la partie adverse, chance qui a été perdue suite à la violation fautive du contrat par l'avocat, et le client est indemnisé pour la perte de cette chance, qui est donc évaluée en fonction de la probabilité que cette chance ait pu déboucher sur un gain concret pour le client (HIRSCH Laurent, op. cit., p. 252 no 11 et 12; WERRO, La responsabilité civile, 2005, p. 35 no 129).

Les droits perdus ont une valeur, nonobstant leur aléa, et doivent être évalués en fonction des chances de succès du procès manqué. La perte d'une chance concerne ainsi la notion de dommage et non l'évaluation de la causalité; elle est une forme spéciale de dommage et non une atténuation du lien de causalité (HIRSCH Laurent, op. cit., p. 254 no 16; HIRSCH Alain, Perte de chance et causalité, *in* Les causes du dommage, 2007, p. 284; WERRO, op. cit., n. 129; THEVENOZ, op. cit., p. 254).

5.2.2. Perte de la possibilité de transiger

Outre le gain du procès, il convient également de tenir compte de l'hypothèse d'une transaction. Si l'avocat avait sauvegardé les droits de son client, il est en effet possible que les parties auraient conclu une transaction avant l'issue du procès; la vraisemblance d'une telle hypothèse est pratiquement impossible à quantifier. Dans l'hypothèse de l'application du critère de la vraisemblance prépondérante, cette hypothèse de la conclusion d'une transaction devra être ignorée, puisqu'elle ne paraît pas suffisamment vraisemblable. Dans l'hypothèse cependant de l'application de la théorie de la perte d'une chance, cette hypothèse de la conclusion d'une transaction peut permettre de confirmer le résultat de l'évaluation par des probabilités (HIRSCH Laurent, op. cit., p. 269 et 270 no 54ss).

5.2.3. La jurisprudence est, jusqu'à présent, restée hermétique à cette approche.

Dans l'ATF 133 III 462, le Tribunal fédéral a en particulier relevé que l'assimilation d'une chance à un élément d'un patrimoine ne se conçoit pas aisément; il ne suffit pas de poser qu'une chance a une valeur économique pour que tel soit le cas. La chance ne se trouve pas dans le patrimoine actuel dès lors qu'elle a été perdue. Mais elle ne figure pas non plus dans le patrimoine hypothétique car, soit elle se serait transformée en un accroissement de fortune, soit elle ne se serait pas réalisée pour des raisons inconnues. Par nature, la chance est provisoire et tend vers sa réalisation: elle se transmuera en un gain ou en rien. Vu son caractère dynamique ou évolutif, la chance n'est pas destinée à rester dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue. Le recours à l'art. 42 al. 2 CO préconisé par certains n'apparaît guère plus convaincant dès lors que la faculté du juge suppose que le préjudice soit pratiquement certain, ce qui

n'est pas le cas en matière de chance perdue (consid. 4.4.3; voir également ATF 4A_227/2007 du 26 septembre 2007).

5.2.4. En l'espèce, dans l'hypothèse où la théorie de la perte d'une chance serait admise par la jurisprudence et qu'il conviendrait de l'appliquer, une indemnisation sur cette base ne saurait être retenue pour les considérations qui suivent.

En ce qui concerne le procès manqué, il a été vu que la procédure litigieuse n'avait guère de chances de succès en raison des difficultés que l'appelant incident aurait eu à établir la responsabilité de son thérapeute. Il ne peut dès lors être tenu compte d'une probabilité - qui ne soit pas négligeable - qu'il ait obtenu gain de cause et qui justifierait son indemnisation pour la perte de cette chance.

En ce qui concerne la possibilité d'une transaction, si la procédure en question a été engagée, selon les déclarations de l'appelant principal, afin d'amener la partie adverse à une solution transactionnelle, le dossier ne contient toutefois aucun élément indiquant que des discussions avaient été engagées dans ce sens et qu'une telle solution était envisagée. Une transaction aurait certes pu intervenir en fin de procédure; il apparaît cependant *in casu*, compte tenu de ce qui précède, du contenu et de l'état de la procédure et des dénégations constantes du thérapeute, que la perte de la possibilité de transiger semble n'être qu'une hypothèse purement théorique qui ne trouve aucune substance dans le contexte particulier de la procédure litigieuse; une telle hypothèse ne saurait donc être prise en compte et ne saurait justifier une quelconque indemnisation.

Par conséquent, le jugement attaqué sera annulé en ce qu'il condamne l'appelant principal à verser 10'000 fr. avec intérêts à Z_____ SA et 22'500 fr. avec intérêts à Y_____ et ces derniers déboutés des fins de leur demande à l'exception de la condamnation de l'appelant principal à verser 13'000 fr. avec intérêts à Z_____ SA.

- 6.** L'appelant principal reproche enfin au Tribunal de ne pas s'être prononcé sur l'exception de compensation qu'il estime avoir valablement invoquée.

Les appelants incidents - qui n'ont pas eu la possibilité de se prononcer sur cette question en première instance - font valoir que, outre le fait qu'elle n'avait pas été valablement soulevée, la prétention de leur partie adverse - soit la note de frais et honoraires - est en partie prescrite et ne se justifie au demeurant pas en raison de la faute grave commise par le mandataire.

6.1. Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une (art. 394 al. 3 CO). Cette présomption de gratuité est aujourd'hui tombée en désuétude, le mandat onéreux étant devenu la règle et le mandat gratuit l'exception (WERRO, Commentaire romand, n. 38 ad art. 394).

A défaut de convention particulière, qui subordonne le paiement des honoraires à l'obtention d'un certain résultat, la rémunération a pour objet le seul effort correctement fourni. Elle peut être réduite si le mandant prouve que le mandataire n'a pas correctement exécuté les services dus. Ce n'est que si l'exécution défectueuse est assimilable à une totale inexécution - si le mandataire a violé ses obligations de manière élémentaire - que le droit à rémunération peut être complètement supprimé en vertu de l'art. 82 CO. La jurisprudence et une grande partie de la doctrine admettent qu'il y a inexécution complète si les services rendus se révèlent inutiles ou inutilisables (ATF 124 III 423 consid. 4a; SJ 2000 I 485 consid. 1b; WERRO, op. cit., n. 44 ad art. 394 CO; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2009, p. 788 et 799 no 5252 ss).

6.2. En l'espèce, l'appelant principal a violé son obligation de diligence dans l'exécution de son mandat le liant à son ancien client et a fait perdre à ce dernier la possibilité de faire valoir des prétentions en dommage-intérêts à l'encontre de son ostéopathe. Il ne saurait dès lors prétendre à une rémunération pour avoir mené une procédure n'ayant pas permis la défense des intérêts de son ancien client.

Dès lors, faute de créance compensante, point n'est besoin d'examiner la question de l'exception de compensation soulevée par l'appelant principal.

7. Les appelants incidents succombent sur l'essentiel du litige; vu son issue, il se justifie de condamner les parties au paiement des dépens de première instance et d'appels principal et incident à raison de 3/4 pour Y_____, de 1/8 pour Z_____ SA et de 1/8 pour X_____. Ces dépens comprennent des indemnités de procédure à titre de participation aux honoraires d'avocat (art. 176 al. 1 et 2 et 181 LPC). Celles-ci seront fixées pour tenir compte de la valeur litigieuse, du travail de recherches juridiques et de fait nécessaires à la résolution du litige.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevables l'appel principal interjeté par X_____ et l'appel incident interjeté par Y_____ et Z_____ SA contre le jugement JTPI/13599/2008 rendu le 2 octobre 2008 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8150/2007-14.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris en tant qu'il condamne X_____ à verser à Z_____ SA la somme de 13'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 20 avril 2007.

L'annule pour le surplus.

Et statuant à nouveau :

Déboute pour le surplus Y_____ et Z_____ SA des fins de leur demande.

Condamne solidairement Y_____ et Z_____ SA au paiement des dépens de première instance et des appels principal et incident, à raison de 3/4 pour Y_____, de 1/8 pour Z_____ SA, lesquels comprennent une unique indemnité de procédure fixée dans sa totalité à 12'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de X_____.

Condamne X_____ au paiement des dépens de première instance et des appels principal et incident, à raison de 1/8, lesquels comprennent une unique indemnité de procédure fixée dans sa totalité à 4'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de Z_____ SA.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Renate PFISTER-LIECHTI et Monsieur Jean RUFFIEUX, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

La greffière :

François CHAIX

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.