

## **Retour sur la reconnaissance d'une perte de chance à l'origine d'une faute de l'avocat**

**Benjamin Ménard**

Docteur en droit, Université Jean Moulin Lyon 3

Si la perte d'une chance d'éviter un dommage est indemnisable, encore faut-il que cette chance existe avec certitude. Tel est ce que la cour d'appel de Lyon réaffirme en creux dans son arrêt du 18 mai 2017.

À l'origine de cette affaire, la victime d'un accident de la circulation contestait les rapports d'expertise réalisés par plusieurs médecins successifs. Elle avançait notamment que le syndrome névrotique convertif invalidant dont elle souffrait n'était pas pris en considération pour évaluer le montant de l'indemnisation auquel elle avait droit sur le fondement de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. Tendait à obtenir la nullité de l'expertise ordonnée par le juge des référés ainsi que l'organisation d'une contre-expertise, le requérant se portait jusqu'en cassation. L'arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 2013 lui fut pourtant défavorable, la victime n'ayant pas démontré en quoi la faute de l'expert lui causait un préjudice (Cass. civ. 2°, 21 mars 2013, n° 12-16995).

Non contente de l'issue du litige, c'est alors contre son avocat que la victime se retournait sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Selon elle, ce dernier aurait commis une faute en ne mettant pas tous les moyens en œuvre pour obtenir une nouvelle expertise et l'aurait en conséquence privée d'une chance de percevoir une indemnisation plus importante. Les juges du premier degré accueillait la demande au motif que l'avocat avait manqué à son obligation professionnelle de moyens, lequel manquement étant à l'origine d'un préjudice de perte de chance. Devant les magistrats lyonnais, l'avocat invoquait alors tant l'absence de faute de sa part que l'inexistence d'une perte de chance subie par la victime. Pour la cour d'appel, si une faute était bien présente, c'est en revanche la présence d'un préjudice de perte de chance qui faisait défaut.

**L'existence d'une faute de l'avocat.** Sur ce point, la victime reprochait à l'avocat de n'avoir pas soulevé l'exception de nullité pour vice de forme. À l'origine de ce vice était visé le comportement de l'expert nommé par le juge des référés, lequel avait omis de transmettre le rapport du psychiatre désigné par ses soins pour avis. Or, ainsi que le rappelle la Cour de cassation dans son arrêt de rejet précité,

« l'absence de transmission aux parties des conclusions du sapisiteur, par l'expert, préalablement au dépôt de son rapport, constitue l'inobservation d'une formalité substantielle sanctionnée par une nullité pour vice de forme [...] ». Pour retenir la faute de l'avocat, qui s'était abstenu de soulever une telle argumentation, la cour d'appel de Lyon, sur le fondement des articles 175 et 114 du Code de procédure civile, reprend en l'état cette motivation.

Telle confirmation de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 2013 n'étonne guère. À l'origine de cette solution, un arrêt de la chambre mixte avait posé en principe que « les irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertises sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du Code de procédure civile, qui renvoie aux règles régissant les nullités des actes de procédure » ([Cass. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-11381](#), *D.* 2012, p. 2317 ; *D.* 2013, p. 269, obs. N. Fricero ; *ibid.* p. 2802, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *RTD civ.* 2012, p. 771, obs. R. Perrot). Entre temps, la position de l'arrêt de 2013 avait d'ailleurs été réaffirmée par la Haute juridiction un an plus tard ([Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 avril 2014, n° 13-13579 et n° 13-14234](#), *D. actu.* 13 mai 2014, obs. F. Mélin), ce qui laissait peu de doute sur l'issue de la solution de la cour d'appel de Lyon.

**L'absence d'un préjudice de perte de chance.** En la matière, l'intervention du préjudice de perte de chance était pour le moins attendu. D'une part, les arrêts ayant reconnu une perte de chance à la suite d'une faute d'un avocat sont légion (ex., [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 2001, n° 98-23157](#), *RCA* 2001, n° 296, note P. Vaillier ; [Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 septembre 2001, n° 05-15139](#)). D'autre part, il faut dire que le requérant n'avait pas le choix : à défaut pour l'avocat d'être directement à l'origine d'une évaluation à la baisse de son dommage corporel, tout au plus celui-ci lui avait-il fait perdre une chance que cet événement favorable survienne.

Si la spécificité de ce préjudice ne peut être niée, rappelons seulement que la Cour de cassation a toujours admis, conformément aux caractères classiques du dommage réparable, que la perte d'une chance ne peut prospérer qu'à la condition qu'elle soit certaine (cf. arrêts cités *infra* et la définition proposée par l'article 1238 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017). Là est la singularité de ce préjudice : ce n'est pas le préjudice final *éventuel* qui est indemnisé, mais la perte *certaine* d'une chance de l'éviter, ce qui est bien différent. Derrière ce caractère de certitude, il faut ainsi comprendre que les juges exigent non seulement que la chance existe incontestablement et qu'elle soit, de surcroît, définitivement perdue.

La jurisprudence admet généralement que ce caractère fait défaut lorsque le demandeur n'a pas établi qu'il avait réellement des chances de voir prospérer son action (ex., [Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2004, n° 03-13235](#)). L'arrêt ici présenté n'y fait pas exception, les juges du second degré soutenant que la victime n'avait pas démontré avoir « perdu une chance réelle et sérieuse d'obtenir, d'une part un nouvel avis d'un expert judiciaire contraire [...], et d'autre part une indemnisation de son préjudice plus importante consécutive à ce nouvel avis ». Le raisonnement de la cour d'appel est clair : en l'absence de chance, pas de préjudice.

La formule est sans doute devenue ambiguë, mais il faudrait se garder de voir dans l'expression « chance réelle et sérieuse », employée ici par la cour d'appel, l'analyse d'un seuil de probabilité de la chance pour que le préjudice soit reconnu. La remarque n'est pas fortuite tant cette question est aujourd'hui au cœur des débats sur le sujet. Une large majorité des auteurs plaide d'ailleurs en ce sens pour endiguer la réparation de ce préjudice (v. notamment la majorité des auteurs cités sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2013, cf. *infra*). Aussi faudrait-il selon eux attribuer à cette formule deux appréciations distinctes : tandis que la *réalité* de la chance aurait trait à l'analyse de la certitude de son existence (analyse qualitative), son *sérieux* serait quant à lui relatif à son degré de probabilité (analyse quantitative). Dans un arrêt remarqué du 16 janvier 2013, c'est pourtant à une solution de principe contraire que Cour de cassation s'est ralliée, affirmant que « la perte certaine d'une chance même faible est indemnisable » ([Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2013, n° 12-14439](#), *D.* 2013, p. 243, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 619, note M. Bacache ; *D.* 2014, p. 47, obs. P. Brun ; *ibid.* p. 169, obs. T. Wickers ; *D. avocats* 2013, p. 196, note M. Mahy-Ma-Somga et J. Jeannin ; *RTD civ.* 2013, p. 380, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2013, p. 98, obs. H. Slim ; *ibid.* p. 1291, obs. P. Stoffel-Munck ; *RCA* 2013, comm. 108, obs. F. Leduc ; *Gaz. Pal.* 23 avr. 2013, p. 14, obs. A. Guégan-Lécuyer ; *Gaz. Pal.* 6 juin 2013, obs. M. Mekki). Si deux arrêts de 2014 sont ensuite venus semer le doute sur la pérennité de cette décision ([Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 avril 2014, n° 13-16380](#) et [n° 12-22567](#), *D.* 2014, p. 1044 et 2015, p. 124, obs. P. Brun ; *JCP* 2014, p. 815, note J.-S. Borghetti ; *RDC* 2014, p. 610, obs. O. Deshayes ; *RCA* 2014, comm. 215, note F. Leduc ; *LEDC* juin 2014, p. 6, obs. O. Sabard ; *AJ fam.* 2014, p. 570, obs. S. Thouret), la première chambre civile s'est récemment positionnée clairement pour son maintien ([Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 octobre 2016, n° 15-23230](#), *D.* 2017, p. 46, note J. Traullé ; *ibid.* p. 24, obs. P. Brun ; *D. avocats* 2016, p. 365, obs. M. Mahy-Ma-Somga).

En définitive, sinon ambiguë, l'expression « chance réelle et sérieuse » est à tout le moins redondante, ces deux qualificatifs n'étant destinés qu'à l'appréciation du

caractère de la certitude (appréciation qualitative). L'appréciation opérée ici par les magistrats d'appel semble, à notre sens, parfaitement s'inscrire dans cette lecture.

Arrêt commenté :

CA Lyon, chambre civile 1 A, 18 mai 2017, n° 15/01971