

Quelle est la nature de l'obligation de compétence de l'avocat ?

Karine De la Asuncion Planes, Docteur en droit, Maître de conférences associée à l'Université de Perpignan Via Domitia

Les obligations de résultat font l'objet, ces dernières années, d'une bienveillance judiciaire particulière. On ne saurait donc s'étonner d'en constater le recours de plus en plus fréquent dans de nombreux domaines, et notamment dans celui des obligations professionnelles. Par le présent arrêt, la Cour de cassation cède ici à l'attraction de cette qualification aussi sévère que commode à bien des égards, pour sanctionner l'obligation de compétence d'un avocat, pour perte d'une chance de faire bénéficier à son client de l'immunité civile dans le cadre d'un procès dont il avait la défense.

Les circonstances de fait ayant donné lieu à cette qualification sont les suivantes. A la suite d'un accident du travail d'un salarié d'une entreprise intervenant sur le site de la construction d'une centrale électrique, M. X., chef de chantier, bénéficiaire d'une délégation de pouvoir de son employeur en matière de sécurité, a, par un arrêt d'une chambre des appels correctionnels rendu le 22 mars 2001, été déclaré coupable du délit de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à trois mois et d'infractions aux règles de sécurité et, sur l'action civile, personnellement responsable des conséquences dommageables des faits retenus à son encontre. Il était assisté, lors de ces instances, par son avocat, M. Y. Ayant été, dans l'instance sur les intérêts civils, condamné à payer une certaine somme à la victime et à sa famille, M. X. a assigné son avocat en responsabilité, lui reprochant de ne pas avoir invoqué, devant les juridictions pénales statuant sur l'action civile, le nouveau principe de l'immunité civile du préposé, énoncé par l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 février 2000, dit arrêt *Costedoat* (1), rendu près d'un an avant la plaidoirie.

Pour sa part, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 18 mars 2008, l'a débouté de sa demande en réparation et a exonéré l'avocat de toute responsabilité, énonçant qu'il n'était tenu que d'une obligation de moyens et que sa faute n'était donc pas établie.

La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel de Paris pour violation de la loi au visa de l'article 1147 du code civil. Elle retient, dans un attendu de principe, « *qu'un avocat n'engage pas sa responsabilité professionnelle en ne soulevant pas un moyen de défense inopérant ; que, toutefois, tenu d'accomplir, dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et investi d'un devoir de compétence, l'avocat, sans que puisse lui être imputé à faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif, se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge a des chances sérieuses de la faire prospérer* ».

Les juges devaient se prononcer sur la nature des obligations qui pèsent sur l'avocat dans le cadre de la défense de son client et sur la responsabilité qui en découle.

Cette question soumise à la Cour de cassation revient d'un point de vue juridique à s'interroger tant sur la mise en oeuvre de la responsabilité de l'avocat pour faute de compétence que sur la réparation du préjudice subi par le client.

I - La mise en oeuvre de la responsabilité de l'avocat (2) pour faute de compétence
Marquée par un visa qui nous indique un arrêt de principe, la rédaction de cette décision prend une importance particulière (3) et suppose que l'on s'intéresse à l'appréciation de l'obligation de compétence (A) ainsi qu'à son inexécution par l'avocat (B).

A - L'appréciation de l'obligation de compétence

L'avocat est lié à son client par un contrat de mandat par lequel il s'engage à accomplir une prestation, ici en l'occurrence assurer sa défense. Comme le précise la Cour de cassation, l'avocat est « investi d'un devoir de compétence ». Si cette obligation est contractuelle, elle est empreinte d'une certaine déontologie⁽⁴⁾, tel que le relève la présente décision.

En effet, le décret n° 2005-70 du 12 juillet 2005 relatif aux « règles de déontologie de la profession d'avocat » impose à l'avocat des qualités de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence à l'égard des clients (art. 3). En réalité, ces quatre vertus dont doit disposer un avocat sont des obligations civiles intégrées dans les règles déontologiques⁽⁵⁾. Il en résulte que le manquement à une de ces obligations est sanctionné au même titre qu'un manquement à une obligation légale. Tel est le sens de la référence faite par la Cour aux règles déontologiques.

Or, en quoi consiste l'obligation de compétence de l'avocat ? Dans la présente espèce, la compétence réside dans la connaissance de la jurisprudence acquise. L'obligation se réalise ici par la transmission d'une information exacte relative au droit positif. Pour l'accomplir, l'avocat doit évidemment tenir une veille juridique actualisée ; il doit scruter les sommaires et actualités juridiques des diverses revues de droit et se tenir informé à travers les divers sites en ligne sur internet. Ce type d'information qui ne présente aucun aléa contrairement à l'obligation de conseil⁽⁶⁾, est du ressort des obligations de résultat.

Toutefois, l'avocat peut être rassuré sur deux points rappelés ici par la haute juridiction.

Le premier est qu'il n'engage pas sa responsabilité en ne soulevant pas un moyen de défense inopérant. Cette solution avait déjà été affirmée par la Cour de cassation le 31 janvier 2008⁽⁷⁾. *A contrario*, il engage sa responsabilité en ne soulevant pas un moyen de défense opérant, c'est-à-dire qui a des chances de prospérer. Or, dans les circonstances de l'espèce, le principe de l'immunité civile du préposé constituait bien un moyen de défense qui aurait permis à son client d'être exonéré de toute responsabilité civile.

Le second point est qu'il ne peut lui être imputé à faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif⁽⁸⁾. Ce qui signifie qu'il ne peut, par un quelconque pouvoir divinatoire, prévoir un revirement de jurisprudence. En revanche, il en va autrement lorsque l'avocat a omis de faire valoir un principe acquis depuis un an, celui de l'immunité civile du préposé dégagé par l'arrêt *Costedoat*, d'autant que la Cour de cassation l'avait rappelé à plusieurs reprises et même étendu à d'autres professions⁽⁹⁾.

Ce point appelle tout de même une interrogation. L'avocat peut-il voir sa responsabilité engagée pour ne pas avoir anticipé une évolution prévisible du droit ? Doit-il prévoir un revirement de jurisprudence ? La Cour de cassation a récemment sanctionné un avocat, chargé par un employeur de rédiger une lettre de licenciement non conforme à une modification jurisprudentielle survenue quatre mois après sa rédaction. Dans cette affaire⁽¹⁰⁾, la Cour, pour engager la responsabilité de l'avocat, a considéré cette évolution comme prévisible. Il n'est pas exigé de l'avocat de prévoir un revirement de jurisprudence imprévisible mais d'anticiper une évolution déjà prévisible⁽¹¹⁾. Cette rigueur jurisprudentielle se retrouve dans notre espèce à travers la nature affectée à cette obligation de compétence.

B - L'inexécution de l'obligation de compétence

Censurant, au visa de l'article 1147 du code civil, l'arrêt d'appel pour avoir retenu une obligation de moyen à l'encontre de l'avocat, la Cour de cassation décide que l'avocat est « investi d'un devoir de compétence ». La différence d'analyse entre la cour d'appel et la Cour de cassation ne porte, en définitive, que sur la question de savoir si l'avocat était débiteur d'une obligation de moyen ou de résultat⁽¹²⁾ dans l'exercice de sa profession. Autrement dit, sur le fait de savoir si la victime devait prouver une faute de la part de l'avocat ou si la seule inexécution de son obligation de compétence laissait présumer la présence d'une faute.

La charge de la preuve dépend en effet de la nature de cette obligation de compétence.

Pour la cour d'appel, la preuve de l'inexécution devait être rapportée. Le juge du fait fonde son rejet de la demande en responsabilité de l'avocat sur l'absence de démonstration d'une faute qui serait à l'origine du dommage de M. X., et semble déduire de l'absence de possession matérielle de l'arrêt une cause exonérant l'avocat de toute faute dans l'accomplissement de son obligation. Ce point de vue constitue pour la Cour de cassation « un motif impropre à exonérer l'avocat de sa responsabilité ». Les juges du droit reprochent à l'avocat de ne pas avoir prévu l'incidence de ce principe lorsque la responsabilité civile du préposé est mise en cause devant la juridiction pénale par voie de constitution de partie civile. Par ailleurs, d'éminents auteurs dont le Professeur Patrice Jourdain⁽¹³⁾ avaient déjà annoncé « *qu'il est permis au juge pénal, de faire profiter le préposé de l'immunité civile que la Cour de cassation lui confère* ».

Le reproche essentiel adressé à la cour d'appel est celui d'avoir qualifié l'obligation de l'avocat d'obligation de moyen alors que la transmission de cette information était dépourvue d'aléa. Dans une telle hypothèse, l'obligation est de résultat. La Cour considère que l'avocat n'a pas droit à l'erreur car il accomplit quelque chose de banal qui relève de sa compétence de professionnel de la justice. D'ailleurs, les termes de la solution de la Cour de cassation ne laissent pas de doute quant à cette qualification que le visa de l'article 1147 du code civil permet de déduire. L'avocat ne pourra donc s'exonérer de sa responsabilité qu'en invoquant l'existence d'une cause étrangère qui ne lui serait pas imputable.

A travers l'obligation de compétence, les juges sanctionnent indirectement les obligations de diligence et de prudence. La Cour reproche à l'avocat de ne pas avoir mis en oeuvre tous les moyens pour défendre utilement son client. Toutefois, l'avocat ne devrait pas devoir engager sa responsabilité en cas d'échec de sa défense lorsqu'elle a été correctement menée car il ne peut lui être, à l'évidence, demandé de garantir le succès de ses prétentions. Les différentes étapes de la conduite d'un procès font donc apparaître diverses obligations qui sont, soit de moyen, soit de résultat selon qu'il existe ou pas un aléa dans l'exécution de la mission de l'avocat.

Enfin, cette décision met en évidence tant les obligations que les qualités que le justiciable est en droit de réclamer à un professionnel de la justice⁽¹⁴⁾, quitte à voir sa responsabilité engagée pour avoir fait perdre une chance à son client.

II - Le préjudice subi pour non-respect de l'obligation de compétence

Il est bien acquis en jurisprudence que la perte de chance constitue un préjudice. Toutefois, pour être réparable, le préjudice doit être direct et certain. Le dommage futur certain est réparable, le dommage éventuel ne l'est pas. Entre les deux, se pose la perte d'une chance qui présente deux problèmes : le principe de sa réparation (A) et, à supposer qu'elle soit réparable, l'étendue de sa réparation (B).

A - Les conditions de la réparation pour perte de chance

Cet arrêt nous enseigne que l'avocat engage sa responsabilité s'il omet de faire valoir des moyens de défense susceptibles de faire pencher la balance dans un sens favorable à son client. Pour autant, il faut que le préjudice existe et qu'il puisse faire l'objet d'une appréciation.

Le préjudice résulte pour le client de la perte d'une chance de n'avoir pu bénéficier de l'immunité civile du préposé lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions, et d'avoir été condamné civilement pour ne pas avoir invoqué ce principe reconnu un an auparavant par l'assemblée plénière. Le préjudice de la perte d'une chance est certain, si la chance existe réellement⁽¹⁵⁾.

En ce qui concerne le lien de causalité, il existe dès lors qu'il est démontré que l'inexécution de son obligation par l'avocat a été la cause directe du dommage subi par le client. Or, la

jurisprudence sur l'immunité du préposé en matière civile étant acquise depuis l'arrêt de l'assemblée plénière du 25 février 2000 et transposée en matière pénale par un arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 2001, les juges du droit ont considéré que le client bénéficiait de sérieuses chances que ce principe lui soit applicable. Toutefois, dans la présente espèce, où une obligation de résultat est reconnue, le client est dispensé d'établir le lien de causalité car « *l'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué* » (16).

Quant à la faute, le seul fait pour l'avocat de n'avoir pas évoqué le principe de l'immunité civile du préposé pour défendre son client constitue, comme nous l'avons vu, une présomption de faute. Par conséquent, le manquement à l'obligation de compétence a fait perdre une chance à son client d'être déclaré civilement irresponsable, mais il s'agit là d'une appréciation laissée aux juges.

En ce qui concerne l'appréciation de la perte de chance, elle dépend en effet de la possibilité pour le moyen de prospérer (17). Si le moyen est considéré comme opérant, notamment s'il a déjà été invoqué devant les juridictions et accueilli favorablement, alors la perte d'une chance, pour le chef de chantier d'être immunisé, existe vraiment et l'incompétence de l'avocat cause un réel préjudice à son client. Tout dépendra donc de la pertinence du moyen passé sous silence par l'avocat.

L'examen de la jurisprudence précédente en matière d'immunité civile du préposé permettra de mesurer la probabilité de succès et cette mesure de probabilité non seulement confortera le caractère sérieux de la chance perdue, mais aussi influencera l'étendue de la réparation.

B - L'étendue de la réparation pour perte de chance

Comment peut-être évaluée « la perte de la chance de bénéficier de l'immunité civile » dont aurait pu profiter le client de l'avocat ?

Puisque la disparition de la chance a eu pour conséquence la condamnation de M.X., son évaluation se fera en prenant en considération « *ce qu'aurait été le déroulement des événements en l'absence de faute* » (18). En invoquant le principe de l'immunité civile du préposé, le client aurait sans doute échappé à une condamnation sur les intérêts civils d'autant que la jurisprudence ne cesse de l'appliquer et tend à une irresponsabilité totale des préposés même en présence de leurs fautes (19).

En ce qui concerne la technique réparatrice, elle consistera probablement, comme cela a été le cas récemment, à déplacer la responsabilité sur l'avocat incompétent (20) qui sera condamné à une réparation par équivalent. On nous objectera que, dans le cas d'une perte de chance, les tribunaux n'accordent jamais une indemnité égale à la totalité de ce qu'aurait espéré la victime si la chance dont elle a été privée s'était concrétisée. Les juges affirment régulièrement que « *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* » (21). Mais est-ce véritablement une chance perdue ou une certitude ? Nul doute que si l'avocat avait invoqué le principe de l'immunité civile du préposé, son client aurait été déclaré irresponsable dès lors qu'il avait agi dans l'exercice normal de ses attributions. Toutefois, dans le cadre de la réparation suite à une perte de chance, on considère que la victime n'a été privée que d'une probabilité de succès. Il appartiendra donc aux juges de renvoi de moduler la réparation en fonction du degré de cette probabilité.

Si cette solution se justifie sur le terrain de la construction de la perte de chance, elle semble de prime abord inquiétante dans sa sévérité pour les avocats.

D'une part, elle conduit les avocats à une extrême vigilance non seulement dans la défense des intérêts de leurs clients, mais aussi dans la rédaction d'actes. A l'heure actuelle, la jurisprudence manifeste une exigence accrue vis-à-vis des avocats. S'ils doivent veiller à la défense de leurs clients avec dévouement, diligence et prudence, l'obligation de compétence à laquelle ils sont soumis les oblige aujourd'hui jusqu'à anticiper une évolution du droit

prévisible, faute de quoi ils seront sanctionnés.

D'autre part, les avocats s'exposent au fait que les clients non satisfaits n'invoquent trop aisément un préjudice pour perte de chance. Il leur suffira, pour cela, de considérer que les omissions ou les diligences fautives de leur avocat leur ont fait perdre une chance d'obtenir une condamnation moins lourde. La condamnation de l'avocat sera alors d'autant plus aisément mise en jeu que la construction de la responsabilité civile qui exige l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité s'inclinera face à la seule constatation que le résultat n'a pas été atteint.

Mots clés :

AVOCAT * Responsabilité * Faute * Devoir de compétence * Jurisprudence * Evolution

(1) Cass., ass. plén., 25 févr. 2000, Bull. ass. plén. n° 2 ; D. 2000. Jur. 673, note P. Brun, et Somm. 467, obs. P. Delebecque  ; RTD civ. 2000. 582, obs. P. Jourdain  ; RDSS 2001. 134, obs. J.-M. Lhuillier  ; JCP 2000. II. 10295, concl. R. Kessous, note M. Billiau, et I. 241, obs. G. Viney ; RCA 2000. Chron. 11, obs. H. Groutel.

(2) Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, Dalloz Référence, 2^e éd., 2008, Chap. 13.

(3) V. les autres commentaires de cette décision, H. Slim, JCP 2009, n° 28, p. 15 ; Y. Avril, Gaz. Pal., 3 sept. 2009, p. 9 ; Y. Dagorgne-Labbe, LPA, 28 août, 2009 ; J.-F. Barbièri, LPA, 10 août 2009 ; S. Hocquet-Berg, RCA 2009. Comm. 219.

(4) O. Dufour, *L'avocat, le juge et la déontologie*, LPA 2009, n° 56.

(5) Y. Avril, *Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat*, D. 2009. Jur. 995  , note ss. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008.

(6) B. Beignier, B. Blanchard et J. Villacèque, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, La Gazette du Palais, LGDJ, 2007, n° 343, p. 406 s.

(7) Civ. 1^{re}, 31 janv. 2008, D. 2008. AJ. 488, obs. V. Avena-Robardet, et Jur. 1448, note A. Aynès, et 2009. Pan. 1044, obs. D. R. Martin et H. Synvet  ; RTD civ. 2008. 442, obs. P. Deumier  ; JCP 2008. II. 10074, note H. Slim, et I. 140, obs. G. Pillet ; JCP E 2008. 1742, note F. Buy ; LPA 2008, n° 73, note J. Lasserre Capdeville.

(8) Solution ancienne. Civ. 1^{re}, 25 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 328 ; D. 1998. IR 7  ; RTD civ. 1998. 210, obs. N. Molfessis  , et 367, obs. J. Mestre  ; AJDI 1999. 44, obs. G. Teilliais  ; 5 févr. 2009, JCP 2009. IV. 1393.

(9) Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, n° 01-17.908, D. 2005. Jur. 253, note F. Chabas, Pan. 403, obs. J. Penneau, et 2006. Chron. 111, C. Riot  ; RTD civ. 2005. 143, obs. P. Jourdain  ; Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 05-18.494 ; D. 2007. Jur. 2004, note J. Mouly, et Pan. 2346, obs. Centre de droit et d'économie du sport .

(10) Civ. 1^{re}, 5 févr. 2009, n° 07-20.196, JCP S 2009, n° 38, p. 1414, note A. Barège et B. Bossu.

(11) A. Aynès, note ss. Civ. 1^{re} 31 janv. 2008, préc. note 7 ; V. aussi, Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 136 ; D. 2006. Jur. 2894, note F. Marmoz  ; AJDI 2006. 587  ; RTD civ. 2006. 521, obs. P. Deumier  , 580, obs. P.-Y. Gautier  , et 2007. 103, obs. J. Mestre et B. Fages  ; JCP N 2006. 1217, note F. Buy ; JCP 2006. I. 166, obs. P. Stoffel-Munck.

(12) Sur les obligations de résultat et les obligations de moyens, V. Y. Picod, *Les obligations*, Rép. civ. Dalloz, 2009, n° 44-45.

(13) RTD civ. 2000. 582, spéc. 584, obs. P. Jourdain .

(14) Cette solution s'appliquait déjà au notaire rédacteur d'actes : Civ. 1^{re}, 15 oct. 1985, n° 84-12.309, *M. Marchand c/ M^{me} Noël*.

(15) Ce n'est pas la première fois qu'un avocat est sanctionné pour perte de chance : Civ. 1^{re}, 16 mars 1965, Bull. civ. I, n° 194 ; Com. 25 avr. 2001, Bull. civ. IV, n° 78 ; D. 2001. IR 1769  ; Civ. 1^{re}, 8 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 164.

(16) Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, RTD civ. 1988. 787, obs. P. Jourdain ; 2 févr. 1994, D. 1994. IR 55  ; JCP 1994. IV. 892.

(17) V. aussi sur la perte de chance de succès : Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, Bull. civ. I, n° 54.

(18) B. Beigner, B. Blanchard et J. Villacèque, *op. cit.*, n° 375.

(19) Civ. 2^e, 28 mai 2009, D. 2009. AJ 1606, obs. I. Gallmeister, Jur. 2667, note N. Pierre, et Chron. C. cass. 2069, obs. J.-M. Sommer et C. Nicolétis  ; RTD civ. 2009. 541, obs. P. Jourdain  ; JCP 2009, n° 28, note J. Mouly.

(20) Com. 7 avr. 2009, JCP 2009, n° 29-30, p. 32, note J.-P. Maublanc ; RD fisc. 2009. 391, note J.-P. Maublanc.

(21) Civ. 1^{re}, 9 avr. 2002, n° 00-13.314, Bull. civ. I, n° 116 ; D. 2002. IR 1469  ; JCP 2002. IV. 1904.