

LA RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DU DROIT - RAPPORT GÉNÉRAL

Philippe le Tourneau

Volume 101, Number 2, September 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046262ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046262ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

le Tourneau, P. (1999). LA RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DU DROIT -
RAPPORT GÉNÉRAL. *Revue du notariat*, 101(2), 239–258.
<https://doi.org/10.7202/1046262ar>

LA RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DU DROIT - RAPPORT GÉNÉRAL¹

Philippe le Tourneau²

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I^{RE} PARTIE - LES RÉDACTEURS D'ACTES

- 1. La nature de la responsabilité des rédacteurs d'actes**
 - a) Le notaire
 - b) L'avocat
- 2. Les obligations des rédacteurs d'actes**
 - a) L'obligation de conseil
 - b) L'obligation d'efficacité

II^E PARTIE - LES DÉFENSEUR

- 1. Le régime de la défaillance contractuelle**
- 2. La consistance du préjudice**

III^E PARTIE - LES JUGES

- 1. La source**
- 2. Sa mise en oeuvre**
 - a) Le mal jugé
 - b) Les autres fautes des juges

CONCLUSION

1 Le ton oral de ce rapport a volontairement été maintenu.

2 Professeur, Faculté de Droit de Toulouse.

INTRODUCTION

L'éthique n'a jamais été autant en vogue qu'en ce moment; elle flotte dans l'air du temps, et est invoquée dans tous les domaines, y compris dans les affaires. Cette vogue est tout à la fois encourageante et inquiétante. Réconfortante, car elle manifeste une haute vision de l'homme; elle peut paraître de l'essence de la nouvelle modernité, née de la conviction que le libéralisme économique a besoin de freins, faute de quoi il susciterait nombre d'effets pervers. Alarmante, dans la mesure où, paradoxalement, elle révèle sans doute une dégénérescence de la morale et des comportements contractuels. En effet, jamais l'invocation de la morale n'est si vive que lorsqu'elle a déserté la vie. Or, une dégradation sensible des « valeurs » et une déliquescence de la société sont notables. De sorte que la convocation incessante de l'éthique semble un mouvement profond et durable, traduisant un trouble devant la désagrégation des repères traditionnels, et l'attente d'une nouvelle hiérarchie des valeurs. La vogue de l'éthique ne serait donc que le reflet de la crise qu'elle traverse, dans un monde « désenchanté ».

Le même phénomène me semble caractériser le droit. Il est lui aussi en crise, du fait de son excès même, de son inflation dans la plupart des pays. Un arsenal de textes enserrant l'homme dans un carcan rigide, d'interdits et de contraintes innombrables, à un point jamais atteint dans l'histoire. Le législateur entend tout prévoir, en descendant dans un luxe vétilleux de précisions. Le filet aux mailles denses des contraintes publiques, enserrant l'existence dans des noeuds toujours plus serrés, pèse lourdement sur les citoyens. De plus, cette masse est disparate et incohérente, sans ligne de force perceptible. Le droit est en « miettes ». Les régimes se superposent les uns aux autres. Tout cela avec souvent les meilleures intentions du monde. Or, plus les lois sont nombreuses, moins leur effectivité est assurée. Elles « s'étouffent mutuellement par leur surabondance »³. et sombrent alors dans le mépris général; malheureusement, celui-ci se propage ensuite à tout le droit, puis le mépris du droit contribue à la désagrégation de la société. Tout se tient. L'opinion publique remet en cause le droit et ses institutions.

3 Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Mayenne, Flammarion, 1996, p. 111.

Cette inflation des textes est escortée par une inflation jurisprudentielle exponentielle, qu'elle génère logiquement. Elle tient sans doute aussi pour une part à une évolution des mentalités, les plaideurs acceptant moins facilement que naguère le « coup du sort », et refusant de s'incliner devant une décision qui leur est défavorable. À mesure que le niveau de vie s'élève, plus chacun entend avoir la certitude d'être indemnisé. Enfin, la dernière cause de l'augmentation de la « processualité » réside dans l'extension considérable de l'assurance de responsabilité, car les plaideurs savent que les tribunaux n'hésitent plus à condamner quelqu'un à réparation, même en l'absence d'une véritable faute, dans la mesure où il n'en supportera pas le poids. Ainsi, il existe aujourd'hui une lame de fond des citoyens pour plus de justice, alors qu'ils ont tendance à moins respecter le droit et les institutions. Le phénomène est exactement parallèle à celui que j'ai relevé à propos de la morale. Le « spectre de la société contentieuse »⁴ est concomitant à la crise du droit.

Le droit, c'est aussi des hommes, ses acteurs. Malgré la diversité de leurs fonctions, ils forment un monde à part, avec ses rites hiératiques, ses costumes historiques, ses palais, sa langue spéciale. Tout en se méfiant les uns les autres, et en s'observant d'un oeil critique, une connivence les unit, car ils concourent tous, chacun à sa place, à la même mission. Et quelle mission! Une des plus hautes et des plus nobles de l'humaine condition : celle de la Justice. Aussi, les professionnels du droit ont-ils toujours été entourés d'une espèce d'aura, les plaçant sinon au-dessus du commun des mortels, du moins à côté. Et, brochant sur le tout, ils bénéficient d'une sorte d'immunité de fait, comme si s'en prendre à l'un d'entre eux risquait d'ébranler tout l'édifice, et de provoquer un effondrement de l'ordre du monde.

Ce tableau a les couleurs fanées d'un antique pastel, car il ne correspond plus à la réalité *como están los tiempos*⁵. L'immunité des professionnels du droit a volé en éclats, bien que d'inégale façon selon les professions et les pays. Les actions en responsabilité se sont multipliées à leur rencontre.

4 L. CADIET, « Spectre de la société contentieuse », Mélanges Gérard Cornu, Paris, PUF, 1994, p. 29 et ss.

5 Par les temps qui courent.

De prime abord, cette désacralisation apparaît bienheureuse dans des sociétés démocratiques et laïques. Mais, à bien y réfléchir, le contentement risque de se dissiper comme la brume du matin, car le phénomène est révélateur des diverses crises que j'ai déjà indiquées.

Le petit monde des juristes est extrêmement divers et foisonnant. Il était impossible d'envisager de les embrasser tous dans une vue générale. Une sélection était nécessaire. Une première limitation résulte d'une option des doctes dirigeants de notre association, ayant choisi comme intitulé de cette séance : la responsabilité des professionnels du droit⁶. Selon le *Vocabulaire Cornu*, le premier sens du mot profession est une *activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence*. Ainsi, un professionnel exerce une activité à titre habituel et intéressé. Je crois que cela nous permet d'écarter d'emblée les arbitres qui, même s'ils accomplissent généralement leur tâche à titre onéreux, n'en font point une profession. Une seconde limitation découle d'une analyse stricte du titre : les « professionnels du droit ». Elle me conduit à évacuer *ex abrupto* les professeurs. Non pas que j'estime ma confrérie infallible et intouchable, ni que je réduise son activité doctrinale à de purs jeux de l'esprit, sans aucune prise sur la réalité; loin s'en faut, puisque j'ai même l'immodestie de croire avoir influencé quelque peu le droit français, notamment par la théorie du parasitisme⁷. La raison de cet ostracisme résulte du fait que la fonction première du professeur n'est pas d'être un acteur du droit, mais seulement un *diseur* de celui-ci, de l'enseigner avant tout. Son activité doctrinale, purement intellectuelle, n'en fait pas un acteur; ce rôle revient à l'avocat utilisant lesdites opinions dans ses plaidoiries, et aux magistrats les adoptant dans leurs décisions. Il ne devient acteur que s'il conseille dans une consultation, ou juge en tant qu'arbitre; mais alors le régime qui lui est applicable n'offre aucune spécificité par rapport aux autres conseillers ou autres arbitres, si bien qu'il m'a semblé plus simple de ne pas l'isoler.

Vous me permettrez d'exclure encore les juristes d'entreprise, pour la bonne raison que ce sont des salariés, soumis au régime de ceux-ci, ni plus ni

6 Voir sur la responsabilité des professionnels en général, Philippe le TOURNEAU, *La Responsabilité civile professionnelle*, Paris, Economica-Poche, 1995.

7 Sur lequel j'ai publié de nombreux travaux, dont en dernier lieu, Philippe le TOURNEAU, *Le Parasitisme*, Paris, Litec, 1998.

moins, le fait qu'ils jonglent avec le droit n'ayant aucune originalité à leur égard quant à leurs fautes professionnelles. Enfin, la dernière limitation est purement arbitraire, fondée sur le pouvoir discrétionnaire d'un rapporteur général. En effet, j'écarte divers acteurs uniquement par souci de clarté et de simplification : les avoués (dont le régime est identique à ceux des avocats), les huissiers, les experts judiciaires (qui jouent leur partition dans les procès, et auraient pu entrer dans le sujet, mais qui ne constituent pas une profession en soi), enfin les conseils juridiques qui existent dans certains pays avec un régime différent de celui des avocats.

Que les rapporteurs nationaux n'éprouvent point d'amertume de l'élimination de certains professionnels, dont ils ont soigneusement décrit le régime de leur responsabilité : leur étude sera publiée *in extenso* par l'Association dans les Actes de ces Journées Panaméennes, où les lecteurs pourront en apprécier la richesse à tête reposée. Puisque je viens de citer les éminents rapporteurs nationaux, j'en profite pour les remercier collectivement pour la qualité et l'importance de leur dix-huit rapports. Certains rapporteurs, particulièrement scrupuleux, m'ont adressé plusieurs exemplaires de leur oeuvre, par des moyens divers, jusqu'à cinq. Pour tester ma sagacité, l'un d'entre eux a mis un peu de malice dans le procédé, en envoyant des versions différentes selon les modes de transmission!

Malgré les éliminations auxquelles j'ai procédé (au demeurant moins radicales que celles qui ont été opérées par certains collègues, qui n'ont étudié que deux professions, voire une seule), il reste du pain sur la planche, et même en surabondance. J'avoue avoir été fort embarrassé par le moyen de présenter harmonieusement la question posée. C'est que, même s'il existe des règles communes aux divers personnages qui demeurent en piste, ou à certains d'entre eux⁸, leurs fonctions principales sont si différentes qu'elles paraissent

8 Par ex. quant aux clauses sur la responsabilité des rédacteurs d'actes ou des avocats. La jurisprudence française tend à regarder comme nulles les clauses limitatives ou élisives de responsabilité, en qualifiant facilement leur faute de lourde (or lesdites clauses sont nulles, d'une façon générale, en présence d'une faute qualifiée; cf. Philippe le TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1998, n^{os} 521 et s.).

rebelles à une présentation unifiée. Aussi, tout en admirant l'ingéniosité de certains rapporteurs, j'ai renoncé à adopter un plan synthétique, qui eût sans doute été artificiel, préférant envisager successivement les trois fonctions principales des professionnels du droit : la rédaction d'actes, la défense des justiciables, enfin rendre la justice. Si cette dernière est l'office des juges, les deux autres sont le point de rencontre de plusieurs métiers, principalement ceux des notaires et des avocats (seuls retenus). Selon les instructions reçues du vénérable président de notre association, ce rapport ne traitera pas de l'éventuelle responsabilité pénale des professionnels du droit. J'ai étendu de mon propre chef cette consigne aux sanctions disciplinaires qu'encourent, le cas échéant, ces divers acteurs du droit, notamment les avocats et les notaires devant leur chambre ou ordre professionnel. Le sujet ainsi borné, ce rapport est apparu malgré tout quasiment impossible à rédiger, la disparate régnant entre les régimes juridiques des quinze pays étudiés; aussi, j'avoue mon incapacité ou mon indignité.

1^{RE} PARTIE - LES RÉDACTEURS D'ACTES

Les rédacteurs d'actes sont essentiellement les notaires et les avocats. J'indiquerai d'abord brièvement la nature de la responsabilité qui leur est applicable, avant d'indiquer quelles sont leurs principales obligations.

1. La nature de la responsabilité des rédacteurs d'actes

a) Le notaire

Le notaire est soumis dans de nombreux pays à un statut spécial qui retient nécessairement sur la responsabilité qui lui est applicable. Ce statut spécial n'est pas uniforme. Tantôt, c'est un fonctionnaire soumis au régime de ceux-ci (Brésil, Portugal). Tantôt, il s'agit d'un officier d'un régime ministériel (Belgique, France), ou d'un régime comparable distinct de celui de la fonction publique (Bulgarie, loi de 1998; Pologne, loi de 1991; Turquie); en Suisse enfin, la situation dépend des cantons : il en est dans lesquels le notaire est fonctionnaire, dans d'autres, il exerce son activité de façon indépendante, tandis que dans certains cantons, il connaît le double statut. Le fait que le notaire ne soit pas un

fonctionnaire n'entraîne pas un régime uniforme de responsabilité envers *le client* : dans plusieurs pays, elle est délictuelle (Bulgarie, Pologne, Turquie), dans d'autres, contractuelle (Belgique), enfin, dans un troisième groupe, délictuelle ou contractuelle selon la nature de l'acte (délictuelle en principe, elle est contractuelle lorsque le notaire intervient pour des actes qui n'entrent pas dans sa mission d'officier ministériel : France, Bulgarie, Porto Rico, et dans une dizaine de cantons suisses).

À côté des pays dans lesquels le notaire relève d'un statut plus ou moins spécial, il en est d'autres où il est soumis au régime de droit commun, contractuel ou délictuel selon la qualité de la victime (Italie, Pays-Bas, Québec).

L'assurance obligatoire tend à se généraliser, qu'elle soit individuelle (Bulgarie), ou collective (Argentine), ou encore qu'elle cumule ces deux modalités (France; Québec où, en plus de l'assurance personnelle, il existe un Fonds d'indemnisation géré par la Chambre des notaires). Dans certains droits, l'assurance n'est pas obligatoire, mais est devenue la règle (Italie), pouvant même être considérée comme une exigence déontologique (Belgique, Pays-Bas; mais dans ceux-ci, cela suppose que le notaire est membre de la Confrérie royale des notaires, ce qui n'est pas obligatoire). En revanche, il est des pays dans lesquels aucune mesure de ce genre n'existe (Brésil, Pologne, Turquie).

Le nombre d'actions engagées contre les notaires est stable en Pologne. Il semble en augmentation régulière en Belgique, en France et en Suisse. En revanche, après une hausse importante au cours des années 1960 à 1990, il connaît une baisse sensible au Québec depuis le début de l'actuelle décennie. Au Brésil et en Italie, la responsabilité des notaires est rarement engagée.

b) L'avocat

L'avocat rédacteur d'actes est partout soumis à la responsabilité contractuelle, généralement au titre du contrat de louage d'ouvrage, dit plus fréquemment aujourd'hui d'entreprise. Mais le droit portugais rejette cette qualification au profit de celle de mandat.

2. Les obligations des rédacteurs d'actes

C'est généralement à propos des notaires que les obligations des rédacteurs d'actes ont été mises en lumière⁹, avant d'être appliquées à d'autres professionnels, dont les avocats; de plus, dans les pays où les notaires ont un statut spécial, leur responsabilité est généralement appréciée plus sévèrement.

a) L'obligation de conseil

Tout professionnel est plus ou moins tenu par une obligation d'information et de conseil. Elle est particulièrement nette à la charge de ceux qui rédigent des actes pour autrui à titre professionnel. La solution est certaine dans tous les rapports qui ont traité de ce point. Mais sur qui pèse la charge de la preuve de la bonne exécution de cette obligation? La jurisprudence française est intéressante à cet égard, car elle a évolué récemment. C'était traditionnellement au client de prouver l'inexécution de l'obligation. La Cour de cassation opéra un revirement en 1997, dans un arrêt relatif à la responsabilité médicale, mais dans une formulation si large qu'elle vaut pour tous les professionnels : elle a jugé que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation »¹⁰. Aucun autre droit ne semble avoir adopté cette position. Mais celle-ci ne préjuge pas de la charge de la preuve quant à la pertinence et à l'étendue des conseils donnés. En principe, l'obligation ne doit être ici que de *moyen*, car l'effectivité du conseil échappe au pouvoir du donneur de conseil : le créancier est libre de n'en faire qu'à sa tête. Telle est la position de plusieurs droits (France, Italie, Québec).

Le rédacteur d'actes doit *prendre l'initiative* de renseigner et d'informer. Et, pour ce faire, il lui incombe parfois de demander des *précisions* à son partenaire, de *s'informer* de ses besoins, voire de procéder à des investigations, notamment sur les pouvoirs# des personnes qui demandent son concours.

9 Voir pour plus de détails sur le droit français, Philippe le TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1998, n^{os} 2408 et s.
10 Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n^o 75 ; RGDA 1997, 852, obs. Ph. RÉMY.

Le professionnel doit conseiller utilement et habilement ses clients, en attirant leur attention sur la nature, la portée et les risques de leurs engagements. Il est tenu de leur suggérer les mesures les plus propices pour obtenir le résultat qu'ils désirent atteindre. Il lui faut encore éclairer ses clients sur les formalités utiles ou nécessaires, auxquelles il n'est pas tenu légalement de procéder lui-même. Il est remarquable que le rédacteur d'actes soit également tenu, dans plusieurs droits, d'une obligation d'information envers toutes les parties : les doctrines polonaise et du Porto Rico y voient une obligation de neutralité à la charge du notaire.

Le devoir de conseil comprend celui de mise en garde sur les dangers de tel acte ou de telle mesure, voire de déconseiller formellement l'opération envisagée. À l'extrême, le professionnel doit *refuser* la mission qui lui est demandée lorsqu'elle dépasse sa compétence, qu'elle soit illicite ou qu'elle lui paraisse vouée à l'échec (ce qui anticipe le volet de l'efficacité). Le rapport français note judicieusement que l'obligation de conseil, ainsi largement entendue, est « un moyen de protection qui n'infantilise pas la personne protégée mais qui, au contraire, l'émancipe, et lui donne le pouvoir de choisir en connaissance de cause de courir le risque ou de ne pas le courir ».

La responsabilité des professionnels dont nous parlons dépend-elle de la qualité du client? Certes, jamais il n'est dispensé de son obligation de conseil par les compétences personnelles des clients¹¹. Cependant, dans plusieurs pays, l'intensité de son obligation n'est pas la même à l'égard d'une personne rompue aux affaires qu'envers quelqu'un d'inexpérience, ce qui paraît de bon sens (Belgique, Brésil, France, Italie, Portugal, Québec, Turquie).

La circonstance qu'un notaire se soit contenté de donner forme authentique à un acte rédigé par les parties elles-mêmes ou par un autre notaire n'est pas de nature à atténuer sa responsabilité. De même, les jurisprudences décident généralement que la présence d'un conseiller personnel du client (agent d'affaires, avocat, ou notaire) est sans incidence sur l'étendue de son devoir de conseil (Voir cependant en sens contraire le droit Belge). Dans tous les pays, en cas de concours de deux

11 Cf. pour la France, Civ. 1^{re}, 7 juill. 1998, très catégorique.

professionnels qui auraient commis une faute dommageable, la responsabilité de l'un n'efface pas et n'occulte pas celle de l'autre : aucune préséance n'a cours entre eux.

b) L'obligation d'efficacité

Le rédacteur d'actes, notaire ou avocat, doit être efficace. Cette obligation d'efficacité, tant technique que pratique, est importante. L'efficacité implique sa *compétence* (relevée par la doctrine polonaise à propos du notaire). Il est un juriste professionnel qui, devant connaître le droit positif, ne saurait commettre une erreur de droit, ni accepter de rédiger ou d'authentifier une convention dont il connaît le risque d'annulation, ni omettre de procéder à une formalité qui lui échoit légalement.

Avant d'authentifier un acte, un notaire doit procéder à des recherches diverses afin notamment de protéger les parties à l'acte : - sur *la situation des personnes*, c'est-à-dire leur identité, leur capacité ou leur qualité de propriétaire; - sur *l'existence et la consistance des biens*; - sur les *servitudes*; etc.

L'obligation d'efficacité est généralement considérée comme de moyens, sauf lorsqu'il n'existait aucun aléa dans l'opération à effectuer, par exemple pour la vérification de l'identité des parties (Belgique, Italie, Québec). Néanmoins, en Turquie, la responsabilité du notaire est engagée du fait des dommages causés indépendamment de toute faute de sa part ou de ses préposés. En Suisse, la faute est présumée : c'est au notaire de prouver qu'il n'a pas commis de faute pour s'exonérer.

Mucho me admira, j'ai été fort étonné qu'aucun rapport ne mentionna, quant à l'obligation d'efficacité, la norme ISO 9000, induisant une démarche de qualité. Je crois qu'il y a là un axe de réflexion que les praticiens auraient avantage à ne pas négliger. Je pense que les grandes entreprises exigeront dans l'avenir de leurs conseils extérieurs et de leurs rédacteurs d'actes de s'engager dans cette direction¹².

Quoi qu'il en soit, par le biais de l'obligation d'efficacité, la jurisprudence a élargi, dans bien des contrées, les obligations du notaire au point que la doctrine italienne considère

¹² Voir sur la question, *La Norme ISO 9000 et la prestation juridique*, Cah. dr. entr. 1998/3.

que le client est désormais protégé comme un « consommateur de service, face à un professionnel qui doit lui garantir la paix de l'esprit ». C'est beau, mais cela va un peu loin...

II^e PARTIE - LES DÉFENSEURS

Les défenseurs sont principalement les avocats. Certains pays connaissent des professions voisines, par exemple en France, les Avoués près les Cours d'appel, ainsi que les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui sont des officiers ministériels, comme en Belgique les avocats à la Cour de cassation. Mais je ne parlerai que de l'avocat, qui est connu partout.

Une augmentation sensible des actions à leur rencontre est relevée par de nombreux rapporteurs. Mais il est encore des pays où ils bénéficient d'une sorte d'exemption *de fait*, peu de clients osant intenter une action contre eux (Brésil, Italie). Il est à penser que cette différence de traitement tient à des raisons sociologiques et économiques plutôt qu'à des différences de compétence de ces professionnels selon les pays. Certes, une véritable faute est généralement relevée par les juges condamnant les avocats le rapporteur portugais estime que les juges ne sont pas plus sévères qu'auparavant; d'autres exposent le contraire : Belge, Italien, Québécois, Suisse. Cependant, l'équité commande de se rendre compte que leur métier est devenu de plus en plus difficile, du moins pour les généralistes (non spécialisés), dans les pays où les lois se sont multipliées, tout en entrant dans de plus en plus de détails, et en étant modifiées sans cesse. Selon un phénomène bien connu, l'accroissement des actions contre les avocats est aussi généralement lié à l'existence d'une assurance personnelle obligatoire (France, Pays-Bas, la plupart des cantons suisses) ou fortement conseillée par les ordres et, en fait, souscrite par les intéressés (Belgique, Italie, Portugal); en Pologne et au Québec, l'assurance est collective, tandis qu'en Belgique et au Luxembourg, les ordres des avocats ont souscrit une assurance *pour le compte d'autrui*. Mais en Argentine, il n'existe aucune obligation d'assurance pour les avocats, et les assureurs refusent de les assurer. Enfin, l'augmentation du contentieux contre les avocats suit celle du nombre de praticiens (par ex. : 10 000 au Porto Rico, 42 000 à Buenos Aires), et celle du nombre d'actions en justice en général.

Tous les rapports indiquent que la responsabilité de l'avocat envers son *client* relève du régime de la défaillance contractuelle, sauf celui des États-Unis : dans ce pays, le fondement peut être contractuel mais aussi délictuel, et c'est le cas le plus fréquent. Le rapporteur nous en dira un mot, si bien que je m'en tiens à la norme. Dans tous les pays, les actions *des tiers* contre les avocats sont évidemment de nature délictuelle, mais elles sont peu fréquentes, sauf semble-t-il aux États-Unis.

1. Le régime de la défaillance contractuelle

Le rôle de défenseur de l'avocat se dédouble, car d'une part, il assiste son client, d'autre part, il le représente. En stricte logique, la première activité relève du contrat d'entreprise, la seconde, du contrat de mandat (ou, dans certains pays, de commission, selon les rapports des Pays-Bas et de la Bulgarie; mais ne s'agit-il pas d'une erreur de vocabulaire de nos amis non francophones?). Certains pays effectuent cette distinction (Argentine, Belgique, France, Luxembourg, Québec, Turquie), mais elle est ignorée dans plusieurs droits. La différence fondamentale est que, dans le second contrat, l'avocat engage son client, ce qui n'est pas le cas dans le premier. Le régime juridique applicable à l'avocat est donc généralement celui du droit commun du contrat en cause. Toutefois, il découle dans certains pays d'une loi spéciale, en partie (Brésil, Turquie) ou totalement (Bulgarie, loi de 1991).

L'avocat n'est en principe tenu que par une obligation de moyen dans la plupart des pays (*contra* Pologne, obligation de résultat; en Suisse la faute est présumée, l'avocat peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute). Toutefois, une obligation assez exceptionnelle de résultat pèse sur ce professionnel lorsqu'une diligence précise et non aléatoire est mise à sa charge, comme de se présenter à l'audience, mais c'est plus souvent le cas dans son activité de mandataire qu'il en va de la sorte : par exemple, intenter une action avant le jeu d'une prescription, ou exercer une voie de recours dans les délais (cf. notam. rapp. belge, luxembourgeois, portugais, québécois); du reste, il semble que, dans la plupart des pays, la majorité des sinistres procède de l'inobservation de ces délais de prescription et de procédure, même de la part d'avocats chevronnés.

Le client doit donc normalement établir la faute de son défenseur, telle d'avoir développé une argumentation totalement inadaptée, ou bien de ne pas avoir tenu compte d'un revirement de jurisprudence; sa responsabilité s'étend aussi bien à la méconnaissance des règles du droit positif qu'à celle de la jurisprudence établie. En revanche, si une question est controversée, il serait inexact de parler d'une erreur de droit, mais sa responsabilité ne sera pas engagée s'il a pris soin d'aviser ses clients de cette particularité. D'autre part, un avocat ne pourra se voir reprocher d'avoir perdu sa cause, dès lors qu'il a plaidé de bonne foi et avec compétence (cf. rapp. brésilien), sinon ce métier deviendrait impossible!

Le rôle de cet auxiliaire de justice ne se termine pas par la plaidoirie. Il doit informer son client de la décision, l'examiner avec lui, et le renseigner sur l'opportunité d'user d'une voie de recours.

La faute simple suffit à engager la responsabilité de l'avocat (alors que naguère il fallait une faute lourde ou dolosive en Belgique ou en Suisse); elle est généralement appréciée *in abstracto* par rapport à la conduite qu'aurait eue un avocat compétent et diligent et aux connaissances qu'il aurait dû avoir (Belgique, États-Unis, France, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Québec). La Cour de cassation turque retient les deux modes d'appréciation *in abstracto* et *in concreto*.

2. La consistance du préjudice

Le plus souvent, le préjudice subi par le client est la perte d'une chance, notamment d'obtenir gain de cause, ou de voir un jugement réformé ou un arrêt cassé (ce qui conduira les juges, saisis par le client de l'avocat, à examiner quelles étaient les chances de succès de l'action, ce que certains auteurs étrangers nomment « l'affaire dans l'affaire »). Le rapporteur des Pays-Bas indique que la notion de perte d'une chance n'est pas admise dans son pays, même si deux arrêts récents y ont tout de même fait allusion.

La mise en oeuvre du concept de perte d'une chance suppose toujours, d'une part, qu'une telle chance existait et d'autre part, et en quelque sorte à rebours, l'existence d'un aléa. En l'absence d'aléa, l'introduction du concept de perte

d'une chance me semble une erreur, car elle fausse le mécanisme normal du droit de la responsabilité consistant à réparer l'entier préjudice. Il est des cas, sans doute assez peu fréquents, où le préjudice causé par la faute de l'avocat ne consiste pas dans la perte d'une chance, parce que *l'aléa n'existe pas, le préjudice étant certain dans ses éléments constitutifs*. Il en est notamment ainsi lorsque l'action perdue consistait tout simplement à demander au tribunal d'ordonner l'application d'un contrat, de contraindre une partie récalcitrante à exécuter ses obligations contractuelles. Alors, le jugement est en quelque sorte déclaratif : il se contente de constater, d'une part, l'existence d'obligations contractuelles, d'autre part, leur inexécution, et d'ordonner l'exécution. Dès lors, le préjudice causé par la faute de l'avocat équivaut exactement aux prestations contractuellement dues. Cette distinction, que la doctrine ne relève jamais, me semble importante.

De son côté, le rapport luxembourgeois pose l'intéressante question à savoir la pertinence d'appliquer la théorie de la perte de la chance pour réaliser une réparation adéquate du préjudice subi. Elle donnera lieu à une intervention orale particulière tout à l'heure.

III^e PARTIE - LES JUGES

Le principe de la responsabilité des juges et sa mise en oeuvre soulèvent des difficultés qui ne se rencontraient pas à propos de celles des avocats ou des notaires. Il est évidemment équitable, et donc souhaitable, de permettre aux victimes d'obtenir réparation de leurs dommages, même s'ils ont été causés par un juge. Mais, d'un autre côté, il est nécessaire de maintenir l'indépendance du juge et la sérénité des prétors qui seraient troublées si ce genre d'action prospérait trop facilement. La liberté d'esprit du juge implique l'absence de pressions, d'où qu'elles viennent : la menace d'une action en responsabilité, si celle-ci est admise facilement, constitue une telle fâcheuse pression. Enfin, il faut éviter que, sous couvert d'une faute des juges, le principe de l'autorité de la chose jugée soit bafoué, l'action en responsabilité servant de voie de recours supplémentaire. Le respect de ces exigences contradictoires est quasiment impossible.

Aux difficultés de principe s'ajoutent une difficulté de fait : c'est que les juges des magistrats seront forcément des

juges, et que l'esprit de corps conduit à une mansuétude spéciale, toute naturelle. Du reste, si d'une façon générale les juges se montrent plus sévères qu'autrefois envers les professionnels du droit, ils ne manifestent pas la même tendance à leur endroit, et n'aiment pas que ce sujet soit débattu sur la place publique. Ils prétendent même qu'il n'en va de la sorte que depuis qu'ils font preuve d'une plus grande sévérité dans la poursuite des faits de corruption des hommes d'affaires et des hommes politiques. L'argument ne me semble pas pertinent : l'exigence de responsabilité s'exerce aujourd'hui tous azimuts, et il est donc normal qu'elle vise aussi les juges, d'autant que comme toutes les corporations, la leur comporte inévitablement quelques brebis galeuses; s'il est de bons juges (la majorité d'entre eux), il en est de mauvais, comme il y a de mauvais notaires, de mauvais avocats, etc., et j'allais les oublier, même de mauvais professeurs! Cela étant, je me hasarde dans le débat puisque cette mission m'a été confiée; je l'entreprends sans esprit polémique, d'autant que j'éprouve du respect pour la magistrature en général, et même de l'admiration pour son oeuvre : il m'est arrivé de lui rendre hommage dans mes écrits.

1. La source

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, il n'est pas étonnant de constater que le régime de la responsabilité des magistrats est rarement celui du droit commun. Presque partout, le régime de la responsabilité des juges est très restrictif (sauf en Belgique et au Luxembourg), peut-être trop : leur protection est bien assurée même s'ils ne jouissent plus d'une véritable immunité (comme cela a longtemps été le cas, par exemple aux États-Unis où de nombreuses raisons sont encore invoquées en sa faveur). Dans la plupart des pays, il existe des textes particuliers régissant la responsabilité des juges, souvent d'ailleurs assez récents, témoignant d'une montée en puissance de celle-ci (Brésil, loi organique et loi de 1979; Bulgarie, loi de 1989, avant la démocratisation; France, article 11-1 ordon. 2 déc. 1958 et article L. 781-1 C. organis. jud.; Italie, loi de 1988; Luxembourg loi de 1988; Pays-Bas, loi de 1997; Pologne; Portugal; Turquie). En revanche, il n'y a pas de texte général sur la question en Belgique ni aux États-Unis. Cependant, la plupart des États fédérés ont adopté un code de déontologie s'imposant aux juges.

Je rappelle que je n'envisagerai que la responsabilité des magistrats professionnels, et encore, de l'ordre judiciaire. En dehors de ce dernier, je remarquerai seulement qu'il paraît assez normal que les conseils ou cours constitutionnelles, ainsi que les cours suprêmes (*stricto sensu*), échappent à toute responsabilité pour leur activité, comme cela a été décidé par la jurisprudence italienne. De même, la responsabilité juridique des membres du Conseil constitutionnel français ne peut pas être mise en cause (en dehors de l'article 10 de la Constitution). Plusieurs raisons me paraissent justifier ce parti : ces organes ne statuent pas sur des intérêts privés; ils sont composés d'un nombre restreint de membres et, n'ayant aucune juridiction au-dessus d'eux, on voit mal qui pourrait statuer : ils seraient obligés de siéger contre eux-mêmes.

2. Sa mise en oeuvre

Pour apprécier concrètement la responsabilité des juges, le mieux est sans doute de distinguer, à l'instar du rapport français, selon la nature de leur faute : le mal jugé, selon l'expression belge, « qui touche à l'essence même du pouvoir juridictionnel » (rapp. fr.), et les autres fautes, qui ne sont pas spécifiques, auxquelles tous les droits positifs appliquent un régime uniforme.

a) Le mal jugé

Les États-Unis sont hors série, car ils ne connaissent pas d'action en responsabilité relative au mal jugé : l'immunité des juges est encore à cet égard absolue, et aucune action n'est possible contre une administration. À l'inverse, la responsabilité individuelle du juge est engagée en Turquie dans certaines circonstances énumérées par la loi, qui semblent toutes des fautes lourdes ou des fraudes. Il en va de même au Brésil, essentiellement en cas de dol ou de fraude; cependant, dans ce pays la victime peut choisir d'agir contre l'État ; mais il n'y a pas d'exemples d'action directement exercée contre le juge et peu contre l'État.

Ailleurs, le mal jugé n'engage généralement pas la responsabilité personnelle du juge mais celle de l'État contre lequel l'action doit être engagée (qui peut, après condamnation, exercer une action récursoire contre le fautif, même si,

en fait, il semble qu'elle soit rarement engagée; dans les pays où la responsabilité de l'État est admise pour simple faute du magistrat, le recours est parfois moins largement ouvert : par exemple au Portugal, il suppose l'existence d'une fraude). Cette solution est logique, dans la mesure où la faute se rattache au service public de la Justice, qui est une des missions fondamentales de l'État.

C'est quant à la nature de la faute pouvant engager la responsabilité de l'État qu'existe du jeu; je veux dire par là que c'est un choix de politique législative d'exiger une faute qualifiée, ou de retenir une simple faute. La lecture des rapports montre que l'option a été peu ouverte. À peu d'exceptions près, tous les pays n'admettent la mise en cause (indirecte) de la responsabilité des juges pour le mal jugé qu'en présence d'une faute qualifiée, il est vrai d'intensité variable selon les droits. En Pologne, la mise en cause d'un magistrat est plus difficile que celle d'un autre fonctionnaire; en Bulgarie, les conditions sont très restrictives. La faute du magistrat doit être lourde en France, grave aux Pays-Bas et en Suisse. Le régime italien est un monument de dispositions restrictives : la faute doit être inexcusable (intermédiaire entre la faute lourde et la faute dolosive), et encore uniquement dans les cas spécifiés de façon limitative; l'action se prescrit par deux ans; enfin, le tribunal doit se prononcer sur l'admissibilité préalable de l'action par un jugement qui n'est soumis à aucun recours.

Mais il y a de notables exceptions à cette rigueur. Le Luxembourg d'abord, où la loi de 1988 prévoit qu'une simple faute du juge engage la responsabilité de l'État, à condition que la décision querellée ne soit pas couverte par l'autorité de la chose jugée. Au Portugal ensuite : la simple négligence du juge suffit à engager la responsabilité de l'État. Enfin, en Belgique où, en l'absence de dispositions légales à cet égard, la Cour de cassation a opéré un revirement important le 19 novembre 1991. Elle décida que la responsabilité de l'État peut être engagée pour la simple faute du juge, avec toutefois un tempérament lorsque l'acte incriminé constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle : la demande tendant à la réparation ne peut être alors reçue que si l'acte n'est plus revêtu de l'autorité de la chose jugée. Quoi qu'il en soit, cet arrêt se contente donc d'une simple faute. Un arrêt de la même

juridiction du 8 décembre 1994 devait préciser que celle-ci s'apprécie par rapport au comportement « d'un magistrat normalement soigneux et diligent » (appréciation *in abstracto*).

Quel est le système préférable? Au plan des principes purs, notamment celui de l'égalité, il peut sembler juste de retenir la même faute pour toutes les catégories de citoyens. Mais en pratique, cette solution paraît excessive, et risque de paralyser la justice. À vrai dire, ce péril n'a pas été constaté dans les trois pays ayant ouvert largement les portes aux actions contre les magistrats, car ceux-ci « s'autoprotègent » en n'admettant que rarement les actions. Mais alors ces régimes, s'ils apparaissent comme des leurres, risquent de porter atteinte à l'impartialité de la justice, dans la mesure où le seuil de la faute ordinaire serait rehaussé par rapport à celui qui est retenu dans les autres professions. J'ajouterai que l'égalité ne doit pas être assimilée à l'égalitarisme : qu'un régime différent soit prévu pour une situation différente n'est pas contraire à l'égalité.

Le revirement de jurisprudence se distingue du mal jugé : il est au contraire délibéré et généralement mûrement réfléchi pour résoudre une difficulté, combler une lacune de la loi, adapter le droit aux données, etc. Il est néanmoins la cause d'une injustice envers ceux dont l'action a échoué peu avant l'évolution, ainsi qu'envers ceux qui avaient adopté telle ou telle conduite au regard du droit positif, désormais modifié. Pour ce dernier aspect, la solution serait que la loi décidât que les revirements ne sont pas rétroactifs; en fait, il en va déjà souvent de la sorte, car il est fréquent que le législateur valide les actes passés avant un revirement de jurisprudence condamnant une pratique antérieure. Mais, d'une façon plus générale, il me semble que la seule mesure équitable serait d'établir un fonds d'indemnisation des victimes qui prouverait la réalité du préjudice qu'elles ont subi du fait du revirement, parfois bien établi lorsqu'elles ont été condamnées, et consistant dans d'autres cas en une perte d'une chance. Il serait sage d'établir un seuil minimum de préjudice pour demander réparation et un plafond à l'indemnité.

b) Les autres fautes des juges

J'écarte d'emblée les fautes personnelles des juges, indépendantes de leurs fonctions, notamment leurs délits ou crimes; tous les droits admettent dans ce cas l'action

de la victime selon les règles du droit commun, ce qui paraît évident.

La faute personnelle du juge, distincte du mal jugé mais liée à ses fonctions juridictionnelles, engage parfois sa responsabilité personnelle (Brésil; en Argentine, la victime peut demander sa destitution). Ainsi, la procédure de la prise à partie est prévue dans divers droits. En Belgique, elle est possible à l'encontre des magistrats s'étant rendus coupables de dol ou de fraude, soit lors de l'instruction, soit lors du jugement, la faute lourde n'étant pas ici assimilée au dol. Aux États-Unis, l'immunité traditionnelle des magistrats n'est plus absolue : depuis un arrêt de la Cour suprême de Virginie de 1980, des justiciables pourraient intenter une action en responsabilité directement contre eux, mais uniquement pour leurs fautes qui n'apparaissent pas juridiques, ce qui limite grandement la portée de l'évolution, qui fut pourtant parfois saluée comme une révolution. Étant donné les montants considérables des condamnations prononcées aux États-Unis dans les affaires de responsabilité, les juges s'assurent personnellement, du moins quand leur juridiction ne les a pas assurés.

Néanmoins, le plus souvent, ce n'est que la responsabilité de l'État qui pourra être mise en jeu, mais de façon moins rigoureuse que pour le mal jugé. Par exemple, l'action pour déni de justice est admise plus facilement dans certains pays que celle qui porte sur le mal jugé (France). La question ne se pose évidemment pas au Luxembourg, au Portugal et en Belgique, où l'action en responsabilité contre l'État est admise pour toute faute.

CONCLUSION

Mesdames, mesdemoiselles, messieurs, la synthèse que je viens de brosser maladroitement *in esta ponencia*, en ne retenant que les éléments saillants, me semble suffisamment éclairante pour me dispenser d'une longue conclusion (qui aurait été le pendant de mon introduction assez étendue). Mais j'espère que personne n'intentera une action en responsabilité civile contre moi-même ou contre l'Association pour mon insuffisance. Une impression se dégage du vaste panorama offert par les dix-huit rapports, soit une tendance forte vers une plus grande sévérité envers les acteurs du droit que

j'ai sélectionnés, même si elle n'est pas universelle. Elle témoigne de l'étonnant quiproquo régnant à leur propos (et sans doute à propos des professionnels de façon générale). Le public a tendance à les créditer des plus larges pouvoirs, de sorte qu'en cas d'insatisfaction il hésite de moins en moins à se retourner en justice contre eux, en oubliant la spécificité aléatoire du domaine où ils interviennent. Le droit n'est pas comparable à un produit sur lequel il n'est pas malaisé de donner une garantie. Certes, la liberté suppose la responsabilité, mais pas seulement celle de certaines corporations placées sur des piédestaux pour mieux ensuite les abattre. La liberté implique la responsabilité de tous les citoyens, et celle-ci suppose que chacun accepte et assume son destin qui voulait que son contrat échouât, ou qu'il perdît son procès. Le professionnel, quelque diligent et compétent qu'il soit, n'a pas prise sur le destin : il ne peut pas évacuer les aléas et risques de l'existence de notre humaine condition, dont le tragique est précisément dans l'imprévisibilité des manifestations de notre finitude. La vie continuera d'être entourée de risques. Nul ne pourra jamais retrouver le paradis perdu où régnait sans doute la sécurité absolue.