

Responsabilité de l'avocat en cas de moyen de défense inopérant



JEAN-PIERRE
CHIFFAUT-MOLIARD
Avocat au Barreau
de Paris

Dans un arrêt du 31 janvier 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation précise qu'un avocat ou un avoué n'engage pas sa responsabilité professionnelle en ne soulevant pas un moyen de défense inopérant.

Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2008, n° 04-20.151, F-P+B+I

Au-delà du contexte particulier de l'affaire, l'arrêt du 31 janvier 2008 fournit l'occasion d'une interrogation sur l'étendue du devoir de conseil de l'avocat dans la pratique contentieuse.

Ce qui est en effet remarquable dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 31 janvier 2008, c'est que le caractère inopérant du moyen n'était pas établi avec certitude à l'époque de l'intervention. Une divergence d'appréciation existait en effet à cette date entre la première chambre civile et la chambre commerciale sur le sort à réserver aux opérations de banque effectuées par un établissement de crédit non pourvu d'agrément administratif et cette divergence n'a été tranchée par l'Assemblée plénière qu'en 2005 (cf. Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, Bull. civ. ass. plén., n° 2), soit plusieurs années après les faits.

La solution à apporter au litige n'était donc pas acquise à l'époque et le moyen ne pouvait être *a priori* tenu pour sans valeur au moment où le comportement de l'avocat devait être apprécié.

Derrière sa formulation péremptoire, l'attendu de principe (« un avocat ou un avoué n'engage pas sa responsabilité professionnelle en ne soulevant pas un moyen de défense inopérant ») vise davantage la composante indemnitaires de la responsabilité (l'existence du préjudice) que sa composante factuelle (l'existence de la faute).

En effet, la Cour de cassation ne dit pas que le fait d'avoir omis de soulever un tel moyen était justifié. Et, de fait, tout conduit à retenir au contraire qu'une telle omission constituait un manquement objectif au devoir de compétence, puisqu'à l'époque de l'intervention le caractère inopérant du moyen n'était pas établi.

La Cour indique seulement que ce manquement supposé établi ne pouvait à lui seul fonder le droit à réparation mais qu'il convenait de caractériser le

préjudice en évaluant la perte de chance de voir retenir une solution différente.

Elle confirme ainsi qu'une distinction doit être faite entre la date à laquelle la faute est appréciée et celle à laquelle la perte de chance doit être évaluée.

De même que l'avocat ne peut ignorer l'évolution du droit positif, le juge ne peut davantage s'en affranchir pour apprécier *a posteriori* la pertinence de l'analyse juridique soumise à sa censure.

D'une manière plus générale, cet arrêt évoque en filigrane une certaine conception des qualités que l'on est en droit d'attendre, voire d'exiger, d'un auxiliaire de justice.

On sait que dans l'exercice de ses fonctions d'assistance et de représentation en justice, l'avocat est tenu d'une obligation de conseil et de diligence en ce sens qu'il lui incombe de présenter et faire valoir les moyens de droit utiles à la défense des intérêts qui lui sont confiés.

Cette obligation est (aux deux sens du terme) une obligation de moyens, l'avocat ne pouvant être tenu de garantir à son client une issue favorable du procès. L'aléa judiciaire est en effet une donnée incontournable de l'activité contentieuse, ne serait-ce qu'en raison des revirements de jurisprudence qui fournissent régulièrement la matière éditoriale des revues spécialisées.

Il incombe donc à celui qui recherche la responsabilité contractuelle de son obligé d'apporter la preuve que celui-ci a commis une faute dans la mise en œuvre de sa pratique. En application des principes généraux qui gouvernent la matière, l'appréciation de la faute s'effectue à l'aune du comportement d'un professionnel normalement diligent confronté à une situation ou question analogue (cf. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 96-13.614, Bull. civ. I, n° 282, JCP G 1998, IV, n° 3241).

En toute logique, cette appréciation doit se situer dans le temps non pas au moment où le juge de la responsabilité statue, mais au jour où l'obligation devait être exécutée, c'est-à-dire en considération du droit positif existant à l'époque de l'intervention, sans que l'on puisse reprocher à l'avocat de ne pas avoir anticipé une évolution ultérieure de la jurisprudence (cf. CA Paris, 9 déc. 2002, n° 2001/11294,

Maes c/ Lebois et a. ; voir également Profession Avocat – Le guide, 2008, n° 479).

Peut-on raisonnablement exiger de l'avocat qu'il se révèle, au gré des circonstances, soit génial, soit devin, selon qu'il sera l'inventeur ou plus modestement le détecteur de la solution nouvelle ?

Le débat se trouve alors déplacé vers l'appréciation du préjudice : si les chances de succès du moyen négligé étaient importantes, le caractère actuel et certain du préjudice sera retenu ; à l'inverse, si ces chances étaient nulles, ce qui sera le cas d'un moyen réputé inopérant, le préjudice sera inexistant.

La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait écarté la responsabilité de l'avocat auquel il était reproché de ne pas avoir fait valoir un moyen tiré de la violation de l'article 95 du Traité de l'Union européenne qui avait, selon elle, « toute chance d'être accueillie » (Cass. 1^{re} civ. 22 nov. 2007, n° 04-19.774, Bull. civ. I, n° 364).

Si le moyen qui n'a pas été soulevé présente le caractère d'une règle de droit clairement énoncée par la doctrine et incontestée dans son fondement par une jurisprudence unanime, le simple fait de ne pas l'avoir invoqué sera à juste titre retenu à faute contre l'avocat.

Il en sera le plus souvent ainsi des moyens de pur droit tenant à l'irrecevabilité des demandes adverses (prescription, défaut de qualité ou d'intérêt à agir, etc.) ou de la méconnaissance d'une disposition légale essentielle au succès de la thèse défendue.

On réservera la situation dans laquelle le moyen omis relève de l'ordre public, le juge ayant le pouvoir, voire parfois le devoir, de soulever d'office le moyen. Dans une telle circonstance, bien que la faute de l'avocat demeure, la discussion portera sur la recherche du lien de causalité et l'appréciation du préjudice, c'est-à-dire en l'espèce de la perte d'une chance de voir le sens de la décision rendue être inversé.

Si le moyen omis implique la mise en œuvre d'une analyse juridique controversée, le simple fait d'avoir par ignorance ou négligence éludé le débat sera retenu à faute comme constituant un manquement au devoir de compétence et de diligence.

Car, le revirement de jurisprudence peut soit constituer un véritable coup de tonnerre dans le ciel de Thémis, soit avoir été en germe dans la doctrine ou une jurisprudence minoritaire innovante ou résistante.

On illustrera la première catégorie par l'arrêt de la chambre sociale du 10 juillet 2002 qui a profondément bouleversé le régime des clauses de non-concurrence en droit du travail (Cass. soc., 10 juill.

2002, n° 99-43.334, Bull. civ. V, n° 239) et par celui rendu le 23 octobre 2007 par la chambre commerciale laquelle, au visa de l'article 1844 du Code civil, a prononcé la nullité d'une délibération d'assemblée générale ayant décidé l'exclusion d'un actionnaire sans que celui-ci ait pu prendre part au vote, au motif qu'un associé ne pouvait être privé de son droit de vote en dehors des situations limitativement prévues par la loi (Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, Bull. civ. IV, n° 225).

La règle de principe était bien connue, mais son application au cas d'espèce a pu paraître inattendue, voire pour certains auteurs, malvenue à défaut d'être mal fondée.

Si l'on peut, à juste titre, estimer *a posteriori* que le conseil qui a développé et soutenu ce moyen de nullité a été particulièrement bien inspiré, faut-il pour autant condamner tous ceux qui sont précédemment intervenus dans une circonstance similaire sans faire valoir l'argument ? ■