

La responsabilité professionnelle est-elle subsidiaire ?

Ce point vient d'être abordé pour le notaire et l'arrêt sera publié au Bulletin (Civ. 1ère 27 février 2013, n° 12 – 16891). Il concerne également la responsabilité de l'avocat et nous renvoyons sur ce point à notre commentaire, « la responsabilité des avocats n'est pas subsidiaire » in G.P. 31 décembre 2010 – 4 janvier 2012, p. 15).

Ce trait est commun aux deux professions puisqu'il s'agit de dire à quelles conditions le préjudice subi par la faute du professionnel peut être réparé.

Un préjudice ne peut être réparé que s'il est certain et « le préjudice n'est pas certain tant que le créancier ne démontre avoir épuisé les voies de recours dont il disposait pour obtenir le remboursement de la dette et qui préexistaient à la faute commise par le professionnel » (C. Brière, La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit, Resp. et ass. Juillet 2004, n° 7 étude n° 17).

C'est pour cette raison que la demande d'une victime, en l'espèce une banque, est écartée lorsqu'après avoir déclaré sa créance lors d'une procédure collective elle ne se soucie pas du sort de cette déclaration, préférant assigner l'avocat qui n'a pas renouvelé une hypothèque (Cass. 1ère Civ. 16 janvier 2013, n° 11-24250).

Dans l'arrêt du 27 février 2013 le notaire a distribué des fonds sans tenir compte de l'hypothèque inscrite en faveur du créancier. Celui-ci ne justifie pas d'un préjudice certain à l'encontre de l'avocat. En effet il bénéficie toujours du droit de suite, caractéristique essentielle d'une sûreté réelle, même si sa mise en œuvre reste exceptionnelle. Cette solution n'est que la reprise d'un arrêt tout aussi net, correspondant à une espèce rigoureusement identique où, aux mêmes visas (les articles 1382 et 2166 du Code Civil, devenus 2461) la cassation était encourue. En son temps cette décision fut commentée (Cass. 1ère Civ. 28 septembre 2004, n° 02-11288, D. 2004, AJ 2711, RTD Civ. 2005, 401 obs. P. Jourdain ; RDI 2005, 206 obs. H. Heugas-Darraspen).

La solution reste toujours subtile et, au vrai, pas toujours intégrée par les juges du fond alors que la Cour de Cassation fait preuve d'appréciations constantes.

La responsabilité de l'avocat, ou plus généralement du professionnel, n'est pas « subordonnée à une poursuite préalable contre d'autres débiteurs » (Cass. 1ère Civ. 5 février 1991, n° 89-13528 ; Bull. Civ. 1991, I, n° 46). De même si une mesure conservatoire a été perdue par la faute de l'avocat, permettant de désintéresser le créancier, celui-ci subit sans attendre un préjudice certain (Cass 1ère Civ. 7 mai 2002, n° 99-14674, Bull. Civ. 2002, I, n° 121).

Il y a donc une appréciation fine à effectuer avant d'engager l'action en responsabilité contre le professionnel.