

Séminaire GRERCA- Lyon, Septembre 2014

La nature de la responsabilité liée aux activités juridiques.
Rapport italien

Noah Vardi
Version provisoire

I. Nature de la responsabilité et sa discipline normative.

Les “professions intellectuelles” sont réglées par le code civil aux articles 2229-2238. Le rapport entre avocat et client peut générer une responsabilité professionnelle. La nature de cette responsabilité peut être double, contractuelle et/ou délictuelle. Dans le premier cas, les dommages dérivent directement de l’inexécution de l’obligation à la base du contrat entre client et professionnel. On aura par contre une responsabilité délictuelle au cas où aux dommages causés par l’inexécution de l’obligation professionnelle s’ajoutent des dommages « injustes » reconnus par la loi et causés en violation du principe de *neminem laedere* (cf. art. 2043 code civil). Le droit italien admet la possibilité de cumul des deux actions, y compris dans les hypothèses de responsabilité du professionnel¹.

Quant au notaire, la définition de la nature de sa responsabilité est plus complexe, en considération de la duplicité de qualification de son activité : officier public² et libre professionnel. Cette duplicité a causé plusieurs questions autour de la qualification contractuelle ou délictuelle de la responsabilité professionnelle du notaire (dépendants des différents avis autour de la prévalence du caractère « public » ou « privé » de son activité). La jurisprudence semble finalement concorder sur la nature contractuelle de la responsabilité vers le client et délictuelle vers les tiers étrangers à l’acte rédigé³.

1

□ Cass. n. 4437/1982 ; Cass. n. 6233/1999 ; Cass. n. 8656/1996 ; Cass. n. 418/1996 ; Cass. n. 8090/1994

2

□ V. art. 1, loi n. 89/1913 sur l’ordre du notariat et les archives des notaires.

3

1.1. La responsabilité contractuelle.

La responsabilité contractuelle du professionnel trouve sa discipline générale dans l'art. 1176, 2ème alinéa, du code civil⁴, imposant d'évaluer la diligence nécessaire dans l'exécution des obligations professionnelles par rapport à la nature de l'activité exercée (et donc par rapport à la diligence « moyen » du professionnel)⁵. En plus, pour établir la responsabilité professionnelle il faut aussi considérer l'art. 2236 code civil⁶.

Selon la combinaison de ces deux dispositions, le professionnel sera normalement responsable même dans les cas de faute légère⁷, sauf si l'activité professionnelle attendue de l'avocat impose la solution de problèmes particulièrement compliqués, car dans ce cas, en appliquant l'art. 2236 code civil, la responsabilité sera envisagée seulement en cas de dol ou faute grave⁸.

⁴ Cass. n.14934/2002 ; Cass. n. 5946/1999 ; Cass. n. 3520/1979 ; Cass. n. 3433/1981 ; Cass. n.3255/1972 ; Cass. n.2450/1979

4

⁴ “*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”.

5

⁵ Un autre critère pour évaluer la diligence professionnelle moyen de l'avocat peut être celui du “Code déontologique” approuvé en 1997, que aux articles 12 et 13 établit que l'avocat ne doit pas accepter des mandats qu'il sait ne pouvoir pas exécuter avec une compétence adéquate. V. aussi l'article 3.1, 3ème alinéa du Code déontologique européen approuvé en 1988. (V. G. Facci, *La responsabilità del professionista*, Padova, 2006, p.790).

6

⁶ “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”.

7

⁷ La jurisprudence a considéré comme contraire à la diligence « ordinaire » de l'avocat, *inter alia*, n'avoir pas accompli les actes d'interruption de la prescription (Cass. 10454/2002); n'avoir pas demandé l'acquisition de preuves importants pendant le procès (Cass. 3463/1998); avoir renoncé au mandat sans informer le client (Cass. 5325/1993) ; avoir demandé une appellation évidemment sans fondement et dans l'intérêt d'un sujet différent du client (Cass. 12364/1992) ; avoir insisté dans un contentieux téméraire (Cass. 342/1957).

8

⁸ Cass. n. 10431/2000 ; Cass n. 10068/1996 ; Cass n. 7618/1997. V. F. Martini, *La responsabilità*, in *La responsabilità civile del professionista*, a c. di F. Martini, A. Mazzucchelli, M. Rodolfi, E. Vivori, Torino, 2007 p. 12.

La preuve de l'existence de problèmes techniques particulièrement difficiles, doit être montrée par le professionnel que veut l'invoquer. La limitation de responsabilité prévue par l'art. 2236 code civil peut être appliquée non seulement en cas de responsabilité contractuelle mais aussi en cas de responsabilité délictuelle du professionnel⁹.

Quant aux hypothèses typiques des "problèmes techniques particulièrement difficiles" qui permettent une responsabilité dite «atténuée», selon la jurisprudence il s'agit des problèmes qui nécessitent un engagement intellectuel «supérieur à celui d'un professionnel moyen, avec une présomption de préparation et d'emploi d'efforts eux aussi supérieurs à la moyenne»¹⁰. La limitation de responsabilité prévue par l'art. 2236 en tout cas peut être invoquée seulement en cas de maladresse (*imperizia*) et pas dans le cas de négligence ou imprudence, pour lesquels le professionnel est responsable même en cas de faute légère¹¹.

L'obligation du professionnel est généralement considérée comme obligation de moyens et pas de résultat¹². La jurisprudence a traditionnellement considéré l'obligation de l'avocat comme obligation de moyens¹³ (même si la doctrine observe que certaines activités entamées par l'avocat devraient se considérer comme obligation de résultat (i.e. n'avoit pas contesté

9

□ M. Rodolfi, *La responsabilità del professionista*, in *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 73

10

□ Cass. 977/1991; Cass. 5926/1993; Cass. 4152/1995. Un exemple concret cité par la jurisprudence (v. Cass. 11612/1990) est celui d'interpréter des lois ou des questions incertaines.

11

□ Cass. 4852/1999 ; Cass. 11440/1997; Cass. 6937/1996; Cass. 6464/1994

12

□ La distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens n'est pas toujours acceptée par la doctrine, selon laquelle la responsabilité du professionnel fait partie de la discipline générale des obligations et donc elle devrait être établie selon la prévision générale de l'art. 1218 c.c.. Le créancier/client devra donc prouver l'inexécution ou la inexacte exécution de l'obligation professionnelle, et le débiteur/professionnel devra montrer non seulement une absence de faute, mais aussi que l'inexécution dérive d'une cause étrangère. Il est néanmoins évident que le caractère aléatoire du résultat attendu par l'exécution de la prestation professionnelle pourra aider à classer comme cause étrangère le résultat non obtenu à la base de l'inexécution. La distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat sert donc à qualifier le contenu de l'obligation, et pas le type de responsabilité ou des différentes obligations, qui restent disciplinées par les mêmes prévisions générales. V. M. Rodolfi, *La responsabilità del professionista*, cit., p.67, qui cite Bianca 1991, 74; Breccia 1991, 139; Fortino 1984, 45; Rescigno 1979, 190; Santoro-Passarelli, 1967, 25; Cattaneo 1958, 47.

13

□ Cass. n.10454/2002; Cass. n.5928/2002; Cass. n.10431/2000; Cass. n.7618/1997.

une ordonnance ou autre mesure, avoir laissé passer un délai de prescription d'un crédit de son client etc.)).

Les mêmes considérations valent encore plus pour certaines obligations du notaire, au point que on parle de obligations de «quasi résultat», dans tous les cas où l'exécution du mandat professionnel ne peut s'identifier qu'avec le résultat poursuivi par le client (i.e. la correcte rédaction d'un contrat de vente immobilière¹⁴; l'attribution de procure à un sujet identifié; l'obligation de rédiger un testament valide)¹⁵. Quant aux hypothèses les plus communes de responsabilité professionnelle du notaire, il faut citer aussi le retard négligent d'une transcription quand il en suit un préjudice (art. 1176 et art. 2671 code civil); la rédaction des actes « expressément » contraires à la loi, ou manifestement contraires aux *bonos mores* ou à l'ordre public¹⁶; la violation des obligations de « consultation » générales et accessoires à l'activité du notaire (y compris la consultation sur les questions fiscales¹⁷).

Les dernières orientations de la jurisprudence à vrai dire tendent à éroder le principe traditionnel selon lequel la responsabilité de l'avocat est toujours une responsabilité de moyens. La jurisprudence a admis en effet que dans certaines hypothèses le client peut prétendre un résultat par l'avocat (i.e. l'obligation de fournir un avis extra-judiciaire relatif à l'opportunité ou moins de tenter une action juridique¹⁸; ou encore l'obligation d'informer ou dissuader un client de son intention de poursuivre une action judiciaire).

14

□ Le contrôle des documents cadastrales est identifié comme une obligation accessoire à celle principale, dont le notaire peut être expressément exonéré par le client (Cass. n.18147/2004; Cass. n. 12127/2003) et que peut entraîner une responsabilité professionnelle si elle est omise ou exécutée sans diligence.

15

□ V. Martini, *Il notaio*, in F. Martini et al., *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 89.

16

□ V. art. 28 l. 89/1913, entraînant aussi une responsabilité disciplinaire.

17

□ Cassation n. 309/2003

18

□ Cass. n.16023/2002

La simple constatation et preuve d'une inexécution ou de non-diligence de la part de l'avocat ne suffit pas néanmoins pour entraîner une responsabilité civile de ce dernier; il faut un dommage causé par cette négligente inexécution.

1.2. La responsabilité délictuelle.

La responsabilité délictuelle pour l'avocat est, en réalité, limitée à certains hypothèses, à savoir quand l'avocat de l'assistance judiciaire de l'accusé par contumace ou de l'accusé qui refuse une défense est négligent dans sa prestation; ou encore dans le cas de violation de l'obligation de ne pas utiliser des mots inconvenants et offensives (art. 89 code procédure civile)¹⁹ ; ou encore, l'exercice de l'activité procédurale de la part d'un avocat qui n'est pas inscrit à l'ordre dans l'arrondissement en question²⁰ (en violation de l'art. 5 r.d.l. n. 1578/1933), par rapport aux dépenses procédurales du convenu²¹.

Il existe enfin, une autre hypothèse de responsabilité professionnel: la responsabilité pour le litige téméraire (art. 96 code de procédure civile) que peut entraîner, en cas de dol ou de faute grave, le paiement non seulement des dépenses judiciaires mais aussi des dommages. Cette responsabilité, même en faisant partie du point de vue conceptuel du *genus* de la responsabilité délictuelle, trouve dans le code de procédure civile sa discipline exhaustive, et exclut donc un cumul ou une alternative entre les deux types de responsabilité²².

On trouve des hypothèses typiques de responsabilité délictuelle aussi pour l'activité du notaire. Il s'agit par exemple du cas d'un notaire que ne vérifie pas l'identité d'un emprunteur

19

□ Dans ce cas le juge peut aussi reconnaître le dommage non patrimonial souffert par la personne insultée, quand les expressions offensives ne concernent pas l'objet du procès (v. art. 89, 2eme alinéa, code procédure civile).

20

□ dans le passé, v. Cass. n. 1002/1960

21

□ Cf. G. Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p.764

22

□ V. Cass. n. 13455/2004 ; Cass. n. 4841/1999 ; Cass. n.253/1999; Cass. n. 3534/1997; Cass. n.2033/1987; Cass. n.6542/1990 ; Cass. n. 1525/1984 (Cf. G. Facci, cit., p. 834)

d'un titre de crédit émis par la banque; ou qui rédige un testament public nul que cause la perte de l'héritage au bénéficiaire ; ou la responsabilité dérivant de la nullité de l'acte de donation à laquelle suit une autre donation envers un tiers (ensuite privé du bien par les héritiers du premier donateur); ou de l'omission d'indication dans les registres prévus par la loi de faillite de tous les protestes enlevés contre un sujet que ensuite demande du crédit; ou la responsabilité causé par la mauvaise/omise identification du sujet chaque fois que cette omission cause des préjudices aux tiers²³.

1.3. La responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale.

Pour les avocats il faut rappeler que à coté des actions de responsabilité civile on peut avoir aussi une responsabilité disciplinaire, réglée tout autant dans le contenu, que dans les modalités avec lesquels elle est jugé, par les lois déontologiques des avocats²⁴.

Cette responsabilité vise à protéger la dignité et le décor de la classe des avocats et elle est indépendante de toute action de responsabilité civile professionnelle (et aussi par rapport à la responsabilité criminelle professionnelle, mais dans ce cas l'action disciplinaire doit être suspendue en attendant le jugement pénale et elle est obligatoire en cas de action pénale).

Finalement, il faut aussi citer la responsabilité pénale que peut être envisagé par rapport à l'avocat qui exerce une défense ou avis infidèles (art. 380 code pénal), exerce une défense à faveur de parties adversaires (art. 381 code pénal), pour trafic d'influence (*millantato credito*) (art. 382 code pénal), ou bien pour exercice abusif de la profession de la part de l'avocat non inscrit à l'ordre (art. 348 code pénal).

1.4. La responsabilité pour illicite administratif.

23

□ La jurisprudence de Cassation n'a pas exclu en principe (mais non dans le cas finalement décidé), la possibilité de qualifier comme contractuelle la responsabilité du notaire vers les tiers en appliquant la théorie de la responsabilité pour "contact social" utilisé dans la responsabilité du médecin (Cass. N. 14934/02. V G. Facci, cit., p. 597 et seq.).

24

□ Art. 38 r.d.l. 27.11.1993, n. 1578, *Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore*, reformée dans la loi 22.1.1934, n. 36 *Legge professionale forense*

Il faut enfin signaler une jurisprudence récente qui a établi une responsabilité pour illicite administratif de l'avocat qui a participé (même si seulement dans la phase préparatoire et consultative) à une opération en violation de normes administratives²⁵. Le cas est d'autant plus intéressant car il a été fait l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a établi la violation de l'art. 6 § 1 de la CEDH (droit à un procès équitable) et de l'art. 4 du Protocole n.1 de la CEDH (principe du *ne bis in idem*) à cause du double système de sanctions (administratives et pénales) prévues par le droit italien.²⁶

II. La preuve et la prescription.

Les règles générales pour la preuve de l'inexécution d'une obligation professionnelle sont distinguées selon leur origine. Pour l'inexécution d'une obligation contractuelle, l'art. 1218 c.c. prévoit que ce soit le créancier à prouver que l'obligation n'a pas été exécutée. La jurisprudence a simplifié cette « charge » probatoire en utilisant des présomptions favorables au créancier, auquel il suffit de montrer l'existence du titre de l'obligation pour déclencher la preuve contraire de la part du débiteur non-exécutant. C'est au débiteur-professionnel de fournir la preuve libératoire (force majeure, cas fortuit ou autres circonstances qui justifient la non-exécution).

Quant à la preuve dans les obligations surgissant d'une responsabilité extracontractuelle, c'est au créancier de montrer le fondement de contestation (rapport contractuel professionnel, fait illicite, lien de cause entre fait et dommage) sur la base des articles 2043 code civil, et 2697 code civil, et le principe sur le lien de cause de l'art. 1223 code civil cité par l'art. 2056 code civil.

Ce schéma trouve néanmoins des exceptions en considérant la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat et la jurisprudence a créé des

25

□ Cass. SS.UU. n. 20935/2009.

26

□ CEDH, *Affaire Grande Stevens et autres c. Italie*, du 4/3/2014.

hypothèses de présomption de responsabilité (i.e. pour les cas des obligations dites de « routine », valables soit en cas de responsabilité professionnelle, soit en cas de responsabilité délictuelle²⁷).

L'obligation de moyens implique une preuve d'une exécution non diligente de l'obligation, en considérant évidemment le contenu de l'obligation même (Cf. art. 1218 code civil et art. 2697 code civil). On peut faire des exemples que montrent la différente articulation de la charge de la preuve même à partir de ces bases communes. Dans le cas d'inexécution des activités procédurales ou dans le cas d'absence de rédaction des actes procédurales entre les termes de prescription, l'obligation de moyens n'empêche pas de simplifier la charge de la preuve, la faute étant prouvée par le fait même de l'expiration du délai (au moins que l'avocat puisse montrer que le retard dépend de la conduite du client)²⁸. Quand on est dans le domaine des activités « discrétionnaires » du professionnel au contraire, on ne peut pas adopter les mêmes présomptions et en plus, on trouve des clauses que limitent la responsabilité aux cas de faute grave ou intentionnelle. Ces limitations dérivent de l'art. 2236 cc. (la « nécessité de résoudre des problèmes techniques spécialement difficiles »). La jurisprudence a éclairci par exemple que la simple preuve d'un erreur de la part de l'avocat ne suffit pas à montrer le lien de cause avec la perte du procès, (sauf si on prouve que l'absence de l'erreur aurait déclenché un résultat procédural différent).

Quant à la prescription de l'action, pour la responsabilité contractuelle il s'agit du terme ordinaire de dix ans (art. 2946 code civil) ; pour la responsabilité extracontractuelle le terme de prescription est fixé en cinq ans (art. 2947 code civil).

27

□ Tout en restant une obligation de moyens (l'avocat ne peut pas garantir la solvabilité du débiteur de son client), l'obligation de récupération d'un crédit est, selon la jurisprudence, un exemple de obligation de "exécution simple" ou de "routine" (Cass. n. 5557/1980).

28

□ A. Mazzucchelli, *L'avvocato*, in F. Martini et al., *La responsabilità civile del professionista*, cit. p. 213

