

Obligation de conseil et autres obligations

(Rapport espagnol)

RICARDO PAZOS CASTRO

Chercheur doctorant à l'Université de Saint-Jacques de Compostelle

Les différents professionnels juridiques doivent remplir plusieurs obligations envers les personnes qui ont besoin de leurs services. Bien sûr, ces obligations ne sont pas les mêmes pour tous les professionnels, mais on peut soutenir l'existence d'une obligation de conseil à propos de presque toutes les professions juridiques, lequel tout à fait logique parce que les professionnels juridiques sont caractérisés par avoir une formation spécialisée sur un cadre complexe, très technique, souvent difficile à comprendre, et rattaché aux intérêts individuels de citoyens qui ne sont pas experts en ce cadre. Alors, les personnes recourent au savoir d'un professionnel qui peut trouver les meilleures solutions aux problèmes qui se sont posés et les options les plus adéquates pour atteindre les objectifs des personnes qui n'ont pas reçu une telle formation juridique.

À propos des avocats, l'article 30 du Statut général des barreaux espagnols en vigueur¹ (ci-après, Statut de 2001) dit que l'obligation fondamentale de l'avocat est coopérer avec l'administration de justice en conseillant, en conciliant et en défendant les intérêts qui lui furent confiés. Au même temps, l'article 30 dit que la défense de ces intérêts « ne peut pas justifier la déviation de la fin suprême de Justice à laquelle le barreau est lié ». Sur la diligence due, l'article 42, premier alinéa du Statut de 2001 dit que les obligations de l'avocat sont, outre que toutes les obligations qui découlent de la relation contractuelle avec le client, l'accomplissement de la mission confiée avec le plus grand zèle et la diligence maximale. Et le deuxième alinéa de l'article 42 dit que l'avocat doit agir diligemment et en satisfaisant les exigences techniques, déontologiques et éthiques appropriées à la tutelle juridique.

D'autre part, le Statut Général des Barreaux Espagnols (SGBE) approuvé le 12 juin 2013 par le Conseil Général des Barreaux Espagnols, qui est dans l'attente de l'approbation du gouvernement pour entrer en vigueur et substituer au Statut de 2001, dit à son article 1 que l'avocat doit protéger en tout cas les intérêts des personnes dont droits et libertés il défend. À cet article il est dit aussi que les avocats sont essentiels pour garantir le droit fondamental à une défense et une assistance judiciaire. En plus, le SGBE donne quelques critères sur l'étendue des obligations des avocats. Selon l'article 48, troisième alinéa du SGBE, dans l'exercice de sa profession l'avocat doit agir avec la plus grande diligence et veiller à la satisfaction des intérêts de son client de manière prioritaire. Le quatrième alinéa de l'article 48 du SGBE proclame l'indépendance et la liberté de l'avocat, ainsi que la responsabilité qui découle de son activité professionnelle, et au même temps et de façon similaire au Statut de 2001, ce quatrième alinéa de l'article 48 du SGBE dit que l'avocat doit satisfaire les exigences techniques et déontologiques appropriées à la tutelle juridique. L'article 49, troisième alinéa du SGBE

¹ Décret royal 658/2001, du 22 juin.

prescrit l'obligation de l'avocat d'informer à son client sur la faisabilité de l'action en justice, de le dissuader de promouvoir des conflits et d'intenter actions sans aucune base légale, et de lui conseiller les meilleures voies pour atteindre ses objectifs. De manière plus générale on pourrait parler d'un devoir de fidélité et d'agir avec loyauté².

Les obligations essentielles de l'avocat consistent donc à conseiller son client et assumer en la direction technique d'un procès, mais il y a des autres plus spécifiques et qui sont très importants dont inexécution peut découler une responsabilité professionnelle. Par exemple, la garde des documents délivrés par le client, l'accomplissement des formalités et des délais légaux, l'obligation de secret professionnel et l'obligation de tenir au courant au client de la situation du procès et lui informer des événements en relation à son affaire. La responsabilité de l'avocat face à son client sera dans la plupart des cas de nature contractuelle³. La conclusion qu'on peut tirer est que le droit espagnol requiert que l'activité de l'avocat soit toujours impeccable⁴. Il n'y a aucune référence à une variation de la diligence due selon les compétences du client. La relation entre l'avocat et le client repose sur la confiance, comme il est dit à l'article 48, deuxième alinéa du SGBE, donc s'il y a une circonstance quelconque qui empêche le déroulement normal du procès et qui fait impossible à l'avocat remplir ses obligations, il devra renoncer à la mission que le client lui confia⁵. Ce pourrait être le cas où le client veut que l'avocat fasse des démarches sans aucun sens ou qu'il suive une stratégie de défense qui pourrait être qualifiée de négligente.

Sur les obligations des avoués, la norme essentielle est l'article 26, deuxième alinéa de la Loi 1/2000, du 7 janvier, de la procédure civile (LEC). Les huit points de cette norme énoncent les obligations à remplir par l'avoué une fois qu'il a accepté la représentation du client. Toutes ces obligations sont rattachées aux intérêts du client, directement ou indirectement. On peut mentionner d'abord le devoir de collaboration avec les organes judiciaires pour corriger des vices de procédure et veiller à son bon développement. L'avoué doit remplir aussi une obligation d'information à l'avocat sur la procédure et lui donner les documents et instructions reçus, afin de répondre au mieux aux intérêts du client. Des autres obligations des avoués sont transférer les écrits de son mandant et de l'avocat à la partie contraire ou communiquer à l'administration de justice de l'information en attention aux instruction de son client.

La LEC exige un pouvoir de représentation à l'avoué pour que celui-ci puisse agir en relation à l'affaire de son client. Ce pouvoir est analogue à un contrat de mandat, et

² J. I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, « La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores », dans COLLECTIF, *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 35-37 et 47. Voir aussi le déjà cité article 48, deuxième alinéa du SGBE, ainsi que l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 25 mars 1998 (Référence dans le Répertoire Aranzadi de jurisprudence : RJ 1998, 1651).

³ Voir les arrêts de la Cour suprême espagnole du 27 octobre 2011 (RJ 2011, 7313), du 30 juillet 2007 (RJ 2007, 4962), du 30 décembre 2003 (RJ 2003, 333) et du 23 mai 2001 (RJ 2001, 3372), parmi d'autres.

⁴ Voir l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 22 avril 2013 (RJ 2013, 3690). Voir aussi L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 4ème Ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 827-831.

⁵ Sur la base de l'article 26 du Statut de 2001 et 51 du SGBE, l'avocat a une totale liberté pour accepter ou refuser la direction d'une affaire juridique, ainsi que quitter l'assistance judiciaire du client en cas de divergence ou désaccord, bien sûr, sans porter atteinte au droit de défense.

L'inexécution des obligations implicites dans l'activité professionnelle de l'avoué fait que la responsabilité soit contractuelle. Les obligations établies à la loi pour l'activité des avoués sont dans la plupart des cas obligations de respecter quelques formalités et de faire des démarches, donc à l'égard des obligations des avoués les compétences du client n'auront aucune importance, en règle générale.

L'article 1 de la Loi organique du notariat du 28 mai 1862 (LN) dit que le notaire est un fonctionnaire public autorisé pour donner foi, conformément aux lois, des contrats et d'autres actes judiciaires. Logiquement, cette définition ne couvre pas toute l'activité du notaire, lequel doit aussi conseiller à toutes les personnes qui interviennent dans l'affaire, leur informer de certaines circonstances, rédiger des actes, etc. En plus, le devoir de diligence dans l'exercice de son activité implique beaucoup d'obligations en fonction de l'activité spécifique que le client demande au notaire. Par exemple, le notaire doit refuser de remplir sa fonction quand un des comparants manque la capacité nécessaire, quand la représentation n'est pas suffisamment certifiée ou quand l'acte ou le contrat est contraire aux lois ou manque des conditions essentielles de validité. Des autres obligations du notaire desquels peut découler une responsabilité civile sont le devoir de présenter au juge le testament *cerrado* (« fermé », c'est à dire, rédigé par le testateur et déposé devant le notaire, qui ne connaît pas le contenu du document), le retard dans l'expédition de documents, vérifier l'identité des comparants ou garder des documents de façon adéquate⁶.

Pour la Cour suprême espagnole, la relation du notaire avec le client est en principe un louage de services⁷, mais parfois elle est considérée un contrat de mandat, surtout en relation à l'activité de gestion de documents⁸. La responsabilité civile du notaire sera contractuelle ou extracontractuelle en fonction de l'obligation dont l'inexécution donne lieu au dommage et de la personne qui subisse le dommage.

En ce qui concerne les conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce, la situation est similaire à celle des notaires, car ils sont aussi au même temps des professionnels et des officiers publics. L'article 296 de la Loi hypothécaire (Décret du 8 février 1946) est le premier des articles de cette loi qui traitent la responsabilité civile de ces professionnels. À cet article il est établi que les conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce seront responsables des dommages causés par quelques conduites que l'article précise dans cinq points. Ces conduites nous permettent d'indiquer les obligations les plus importantes des

⁶ Pour un exposé complet sur les obligations du notaire et les inexécutions qui donne lieu à une responsabilité, voir M. BALLESTEROS ALONSO, « La responsabilidad civil de registradores y notarios », dans COLLECTIF, *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 110-126 ; R. VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 209-233. Voir aussi la classification des causes de responsabilité professionnel du notaire faite par GOMEZ ACEBO, « La responsabilidad civil del notario », *Revista de Derecho Notarial*, vol. V-VI, juillet-décembre 1954, pp. 321-325. Cette classification fut suivie par E. GIMENEZ ARNAU, *Derecho notarial español*, vol. III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1965, p. 325.

⁷ Arrêt de la Cour suprême espagnole du 6 mai 1994 (RJ 1994, 3718). Voir aussi les arrêts de la Cour suprême espagnole du 18 mars 2014 (Référence dans le Répertoire Aranzadi de jurisprudence : JUR 2014, 109049)

⁸ Arrêt de la Cour suprême espagnole du 28 novembre 2007 (RJ 2007, 8124). Sur les différences entre le contrat de louage de services et le contrat de mandat, voir l'arrêt du 14 mars 1986 (RJ 1986, 1252).

professionnels dont on parle à ce moment⁹. Ces obligations consistent fondamentalement à inscrire des actes au registre et faire des annotations préventives ou mentions marginales sur des titres inscrits dans le livre foncier, et à les supprimer le cas échéant. Toutes ces activités doivent être faites de manière que la information disponible au registre soit exacte et précise. Alors, les conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce seront réputés responsables civiles s'ils ne font pas l'inscription, mention, annotation ou suppression quand la loi oblige à les faire, si l'inscription, mention ou annotation son inexactes, ou si les certificats que ces professionnels doivent délivrer son erronés, incomplets ou délivrés hors du délai prescrit par la loi.

En principe, l'accomplissement des formalités n'ont rien à voir avec les compétences du client, et puisque l'activité de ces professionnels est souvent rattaché aux formalités du droit, les obligations des notaires et des conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce seront absolues à cet égard. Mais au même temps, ils doivent remplir une fonction de control des actes juridiques où ils interviennent et d'information au client sur l'acte juridique, et dans ces cas les compétences du client sont importantes. Peut-être un des plus importants cadres où ce type d'obligations a lieu est la protection au consommateur. L'article 84 du Texte refondu de la loi générale concernant la protection des consommateurs et des utilisateurs et autres lois complémentaires (ci-après, TRLGDCU)¹⁰ parle de l'autorisation et inscription des clauses déclarées abusives. Il est dit que les notaires et les conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce, dans l'exercice de leurs fonctions publiques, n'autoriseront pas ni inscriront les contrats et les actes juridiques dans lesquels on prétend l'inclusion de quelques clauses déclarées nulles à cause d'être être abusives dans un arrêt ou jugement inscrit au Registre des conditions générales des contrats (ci-après, RCGC)¹¹. Dans ces cas, la compétence du client fait varier le niveau d'exigence aux professionnels, puisque si le client est aussi un professionnel du droit il sera nécessaire de lui donner moins d'information, et l'exposé de cette information pourra être fait avec des expressions techniques et complexes, lequel serait inadéquat pour une personne qui ne comprend pas la terminologie juridique. À mon avis, les compétences des clients sont plus importants pour les notaires, car ils doivent vérifier que les comparants comprennent l'acte juridique réalisé, et souvent les personnes qui interviennent ont un bas niveau de connaissance sur les formalités et, en plus, ils ont besoin d'explications simples, faciles à comprendre (par exemple, au rédiger un testament). À cet égard, on peut mentionner l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 28 novembre 2007¹², dans lequel le notaire fut considéré responsable du dommage parce qu'il n'avait pas rempli son obligation

⁹ Voir l'exposé détaillé de M. BALLESTEROS ALONSO, « La responsabilidad civil de registradores y notarios », dans COLLECTIF, *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 76-97.

¹⁰ Adopté par le Décret législatif royal 1/2007, du 16 novembre 2007. La dernière modification de ce texte a été faite le 28 mars 2014.

¹¹ Voir l'article 11 de la Loi 7/1998, du 13 avril, des conditions générales des contrats (ci-après, LCGC). En plus, à l'article 23 de la LCGC il est établi un devoir d'information des notaires et conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce. Cette obligation comporte informer sur l'applicabilité de la LCGC, faire respecter des conditions d'incorporation aux contrats des conditions générales, ainsi que de remarquer l'obligation d'inscription de celles-ci dans les cas prévus dans la loi, et faire observer le caractère de conditions générales des clauses contractuelles qui furent déjà inscrites au RCGC.

¹² RJ 2007, 8124.

d'information, mais la responsabilité est partagée avec le client, qui n'avait pas été diligent non plus.

En ce qui concerne la charge de la preuve dans les cas de responsabilité civile de tous les professionnels juridiques mentionnés, on doit dire qu'en règle général la preuve de l'inexécution de l'obligation, du dommage, du lien de causalité et de la négligence du professionnel incombe aux clients qui intentent l'action en justice¹³. La responsabilité du professionnel juridique découle du fait de ne pas avoir agi avec toute la diligence exigée en raison de son profession, qui est la diligence maximale même si le contrat entre le client et le professionnel est de louage de services et, en conséquence, l'obligation du professionnel n'est que de moyens. Bien qu'on requiert une conduite négligent pour constater la responsabilité civile du professionnel juridique et que la Cour suprême espagnole fait référence souvent à la diligence due¹⁴, au même temps on peut identifier des obligations qui semblent vraies obligations de résultat. Par exemple, l'obligation de l'avocat de respecter le délai légal pour présenter un recours, les obligations qui découlent du contrat de mandat entre le client et l'avoué et du contrat de gestion de documents demandé à un notaire, et la fonction publique exercé par les notaires et les conservateurs des hypothèques et greffiers du registre du commerce. Ces dernières obligations sont proches à ces qui découlent d'un contrat de louage d'ouvrage, lequel les ferait devenir obligations de résultat, et donc la diligence du professionnel ne serait tenue en compte pour établir sa responsabilité civile¹⁵.

Il est adéquat de mentionner que l'application du TRLGDCU provoquerait l'inversion de la charge de la preuve de la faute. L'article 147 du TRLGDCU dit que les prestataires de services sont responsables des dommages causés aux consommateurs, sauf qu'ils prouvent qu'ils ont agi avec toutes les exigences établies règlementairement et toutes les autres attentions exigés par la nature du service. Alors, dans ce cas c'est le professionnel qui doit prouver qu'il agit diligemment. Mais le recours aux normes de consommateurs par les clients des services juridiques, bien qu'il est possible, n'est pas fréquent¹⁶. On peut mentionner l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 14 mai 2008¹⁷, qui appliqua la loi de consommateurs antérieure au TRLGDCU dans un cas de responsabilité professionnelle d'un notaire, ainsi que les arrêts de la Cour provinciale d'Asturies du 31 mars 2010¹⁸ et de la Cour provinciale de Valence du 21 avril 2004¹⁹.

¹³ Voir les arrêts de la Cour suprême espagnole du 22 avril 2013 (RJ 2013, 3690), 27 février 2006 (RJ 2006, 1564), 7 février 2000 (RJ 2000, 283), parmi d'autres. Sur la charge de la preuve en relation en relation à l'activité des avocats, voir aussi L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 4ème Ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 833.

¹⁴ Voir les arrêts de la Cour suprême espagnole du 14 mai 2008 (RJ 2008, 3077), du 28 novembre 2007 (RJ 2007, 8124), du 30 décembre 2002 (RJ 2003, 333), du 7 février 2000 (RJ 2000, 283), parmi d'autres.

¹⁵ À cet égard, sur la responsabilité des notaires, voir L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 4ème Ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 900; R. VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 202.

¹⁶ L'application du TRLGDCU à l'activité des notaires est soutenue dans R. VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 201 et 207. L'auteur cite un arrêt de la Cour provinciale d'Alava du 17 novembre 2000 (Référence dans le Répertoire Aranzadi de jurisprudence : AC 2001, 573).

¹⁷ RJ 2008, 3077.

¹⁸ JUR 2010, 175057. La cour admit dans son arrêt que dans le cas où le client qui intente une action en justice contre le professionnel serait un consommateur, la loi de consommateurs sera applicable et ce fait causera l'inversion de la charge de la preuve de la faute. La Cour n'appliqua pas la loi de consommateurs

dans cet arrêt parce que le demandeur était une entreprise qui avait contracté les services d'un avocat dans le cadre d'une activité professionnelle.

¹⁹ JUR 2005, 47495.