



**HAL**  
open science

## Sens et non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques

Rodolphe Bigot

► **To cite this version:**

Rodolphe Bigot. Sens et non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques. Johann Le Bourg; Christophe Quézel-ambrunaz. Sens et non-sens de la responsabilité civile, Presses de l'Université Savoie Mont Blanc, 2018, 978-2-919732-88-3. halshs-01953467

**HAL Id: halshs-01953467**

**<https://shs.hal.science/halshs-01953467>**

Submitted on 3 Jan 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Sens et non-sens de la responsabilité civile

Sous la direction de  
Johann Le Bourg  
Christophe Quézel-Ambrunaz



# Table des auteurs

---

## INTRODUCTION

### Johann Le Bourg

*Maître de conférences à l'Université Savoie Mont Blanc (CDPPOC, EA 4143)*

### Christophe Quézel-Ambrunaz

*Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc (CDPPOC, EA 4143)*

## PARTIE I

### Dominique Lagorgette

*Professeure à l'Université Savoie Mont Blanc (LLSETI, EA 3706)*

### Alain Sériaux

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (LDPSC, EA 4690)*

### Mickaële Lantin Mallet

*École des Hautes Études en sciences sociales*

### Yazid Ben Hounet

*Chargé de recherche au CNRS / Laboratoire d'anthropologie sociale (CNRS, Collège de France, EHESS)*

### Marine Bobin

*Doctorante en anthropologie à l'Université Toulouse 2 (LISST, UMR 5193 – Centre d'anthropologie sociale)*

### Frédéric Bruneault

*Professeur au Collège André-Laurendeau, Département de philosophie*

### Andréane Sabourin Laflamme

*Professeure au Collège André-Laurendeau, Département de philosophie*

### Stéphanie Bordel

*Chargée de recherche en psychologie sociale, Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement*

### Dina I. Waked

*Professeur à l'École de droit de Science Po (Traduction : Laurie Friant)*

## PARTIE II

### Clément Benelbaz

*Maître de conférences à l'Université Savoie Mont Blanc (CDPPOC, EA4143)*

### Jean-François Dreuille

*Maître de conférences HDR à l'Université Savoie Mont Blanc (CDPPOC, EA 4143)*

### Philippe le Tourneau

*Professeur émérite de l'Université Toulouse Capitole*

### Matthieu Poumarède

*Professeur à l'Université Toulouse Capitole (IEJUC, EA 1919)*

### Aurélie Ballot-Léna

*Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre (CEDCACE, EA 3457)*

### Geneviève Pignarre

*Professeure émérite de l'Université Savoie Mont Blanc (CDPPOC, EA4143)*

### Olivier Gout

*Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3 (Équipe de recherche Louis Jossierand, EA 3707)*

### Daniel Gardner

*Professeur à l'Université Laval*

### Mariève Lacroix

*Professeure agrégée et vice-doyenne aux études, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa*

### Rodolphe Bigot

*Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne (CEPRISCA, EA 3911)*

## CONCLUSION

### Philippe Brun

*Avocat général à la Cour de cassation, en service extraordinaire*

# Sommaire

---

Introduction .....	7
<b>PARTIE I    Regards aux confins du droit</b>	<b>25</b>
CHAPITRE 1    Étude diachronique de « responsable » et des termes associés (XII <sup>e</sup> -XVIII <sup>e</sup> siècles) .....	27
CHAPITRE 2    Une théologie de la responsabilité.....	89
CHAPITRE 3    Sens et non-sens de la responsabilité du point de vue anthropologique.....	99
CHAPITRE 4    La responsabilité civile est-elle toujours pertinente ? Principes philosophiques au fondement de nos obligations mutuelles .....	123
CHAPITRE 5    Sens et fonctions de la responsabilité pour l'homme occidental : apport de la psychologie sociale.....	149
CHAPITRE 6    Sens et non-sens de l'analyse économique du droit de la responsabilité délictuelle .....	173
<b>PARTIE II    Regards de juristes</b>	<b>197</b>
CHAPITRE 1    La responsabilité de la puissance publique face à l'Histoire .....	199
CHAPITRE 2    Victime d'une infraction et voie pénale, quelques pistes de sens et de non-sens .....	223
CHAPITRE 3    Sens et non-sens de la responsabilité civile en cas d'inexécution du contrat.....	233
CHAPITRE 4    Sens et non-sens de la responsabilité civile en droit des affaires....	251
CHAPITRE 5    Sens et non-sens de la responsabilité en droit social .....	275
CHAPITRE 6    Sens et non-sens de la responsabilité civile dans la matière médicale .....	297
CHAPITRE 7    Sens et non-sens de la responsabilité civile en matière d'accidents de la circulation.....	311
CHAPITRE 8    Sens et non-sens de la responsabilité civile des aliénés et des <i>infantes</i> .....	331
CHAPITRE 9    Sens et non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques .....	359
Brèves remarques conclusives .....	433

# Sens et non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques

Rodolphe Bigot

Un droit au sens est revendiqué de longue date<sup>1</sup>. Dans le prolongement de cette quête, la confrontation des sens et des non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques amène à bien se comprendre, dans une partie introductive, sur l'appréciation de ses termes puis de leur articulation, lesquels conduisent à une délimitation du sujet qui pourrait bien les dépasser. Les sens et non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques se cristallisent sur deux grandes fonctions de la responsabilité. En premier lieu, la fonction principale de réparation de la responsabilité des professions juridiques est bien réalisée par la seule assurance privée, mais cette dernière la malmène dans ses principes (I). En second lieu, les fonctions additionnelles de la responsabilité des professions juridiques sont étouffées par l'assurance (II).

## Introduction : le sens et l'articulation des termes du sujet

### A. Le sens des sens et des non-sens

La pièce du sens a deux visages. Janus, côté face, regarde le sens négativement. Le non-sens est exprimé par l'intermédiaire de plusieurs locutions courantes : « *en dépit du bon sens* », soit contrairement à ce qu'exigerait la raison ; « *cela, ça n'a pas de bon sens* » correspond à ce qui est insensé ou absurde ; « *(être) hors du sens* » signifie n'avoir plus toute sa raison ou n'avoir plus la capacité de juger normalement. Janus, côté pile, regarde vers ce que la langue ordinaire assimile au bon sens. Le Centre national de ressources textuelles et lexicales<sup>2</sup> nous indique qu'au sens figuré, le sens est ce qui va de soi, s'impose comme une évidence, ce qui « *tombe sous le sens* ». Dans

---

<sup>1</sup> F. BAYROU, *Le Droit au sens*, Flammarion, 1996.

<sup>2</sup> [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr)

le domaine intellectuel, du jugement, de la compréhension, de la raison, il s'agit d'une faculté de bien juger, de comprendre les choses et d'apprécier les situations avec discernement. D'un point de vue philosophique, le sens s'entend plus précisément du bon sens ou la raison. On y verrait encore la capacité de bien juger, de prendre une décision, sans *a priori*, raisonnablement (à propos de choses qui ne relèvent pas du raisonnement scientifique, d'une méthodologie ou d'une théorie). L'expression s'inscrit ainsi parfois par opposition à l'égarement, la folie, l'emportement inconsidéré. C'est alors une capacité de juger normalement, sainement.

Abstraitement, le sens induit enfin le sens commun, qui serait entendu soit comme une manière d'agir commune à tous les hommes raisonnables, soit comme l'ensemble des jugements ne pouvant être raisonnablement remis en question. Le sens commun présente aussi quelques dangers, tels que « *l'appel au « consentement universel », qui voit dans le fait qu'une croyance (s'il en est une) soit répandue dans toute l'humanité à toutes les époques un indice et une garantie de sa vérité* »<sup>3</sup>. Si, dans cette lignée, la philosophie peut se définir délibérément contre le sens commun, le droit est imprégné du souci de s'y conformer, s'il veut provoquer l'adhésion et ne pas revêtir les seuls habits de la force brute. À plus forte raison, le droit de la responsabilité, si lourdement imbibé des comportements humains, tant volontaires qu'involontaires, peut faire l'objet de mesures de ses sens et non-sens, avec des outils en corrélation avec la démarche du sociologue qui combine « *cette sensibilité aux différences avec une visée de scientificité* »<sup>4</sup>. Il sera adopté une telle démarche qui conduit à remettre en cause les frontières entre disciplines. On ne saurait se désintéresser d'un ensemble de présupposés philosophiques, anthropologiques, éthiques ou épistémologiques, par référence à la théorie de la science, qui sont contenus au moins à l'état pratique dans le travail empirique<sup>5</sup>.

## B. La responsabilité civile inséparable de l'assurance et des responsabilités disciplinaire et pénale

La responsabilité est un terme devenu familier du juriste contemporain. Il n'a pourtant que fort récemment pénétré la science du droit pour subir dans la foulée l'aspiration des victimes à la réparation<sup>6</sup>. Devant nous concentrer sur l'un de ses aspects, à savoir la responsabilité civile, il y aurait déjà là un non-sens. On ne peut étudier la responsabilité civile des professions juridiques sans appréhender corrélativement

<sup>3</sup> F. ARMENGAUD, *V*<sup>s</sup> « Sens commun », in *Encyclopædia Universalis*, 2017.

<sup>4</sup> L. PINTO, *V*<sup>s</sup> « La démarche sociologique », in *Encyclopædia Universalis*, 2017 : « *Sans vouloir enfermer la science sociale dans un ensemble de propositions définissant sa nature ultime, on peut, sur deux points au moins, se prononcer à coup sûr : elle pratique selon des procédures publiques et contrôlables d'analyse, de démonstration et de vérification, et elle dispose d'un domaine d'objets qui lui est propre* ». – Comp. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001.

<sup>5</sup> G. G. GRANGER, *V*<sup>o</sup> « Épistémologie », in *Encyclopædia Universalis*, 2017 : « *Si l'on traduit par notre mot "science" le mot grec ἐπιστήμη, l'épistémologie est, étymologiquement, la théorie de la science. Bien que la forme anglaise du vocable ait existé avant que le français ne l'assimile, c'est pourtant avec le sens différent et plus large de "théorie de la connaissance" qu'il est généralement utilisé* ».

<sup>6</sup> Ph. PIERRE, *V*<sup>o</sup> « Responsabilité » (Droit), in *Encyclopædia Universalis*, 2017.

leur responsabilité disciplinaire et pénale<sup>7</sup>, et le jeu de l'assurance dans leur propre articulation à raison de leurs « *micro-influences* » et « *macro-influences* » respectives<sup>8</sup>. Le professeur Tunc a identifié comme définition courante de la responsabilité civile « *l'institution par laquelle une personne est tenue de réparer un dommage causé à autrui, et distinguée de la responsabilité pénale, elle-même traditionnellement conçue comme l'imposition d'un châtement à qui a commis certaines violations des lois* »<sup>9</sup>.

Bien qu'occupant une place de premier plan dans les sociétés industrialisées, la responsabilité civile se trouve pourtant dans une situation paradoxale, de crise orchestrée par d'autres institutions, la solidarité et l'assurance<sup>10</sup>, parfois assimilées l'une à l'autre<sup>11</sup>. Générant la socialisation des risques<sup>12</sup>, cette dernière a bouleversé le fonctionnement de la responsabilité civile<sup>13</sup> au point qu'elle y a insufflé son propre déclin<sup>14</sup>. Sacrifiée sur l'autel de l'assurance, la responsabilité a été, du même coup, sanctuarisée, mais aussi, en quelque sorte, canonisée, à l'image de Saint-Denis<sup>15</sup>. À ce titre, au sein du « *couple canoniquement indissociable* »<sup>16</sup>, le marché de l'assurance serait un gardien de la responsabilité. À coup sûr, l'assureur est un « *janséniste*

<sup>7</sup> L. VILAR, *V<sup>ts</sup> « Responsabilité pénale »*, in *Encyclopædia Universalis*, 2017.

<sup>8</sup> C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Ph. Brun, th. Dalloz, 2010, n° 557-558.

<sup>9</sup> A. TUNC, *V<sup>ts</sup> « Responsabilité civile »*, in *Encyclopædia Universalis*, 2017.

<sup>10</sup> A. TUNC, *ibid.*

<sup>11</sup> F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. Bénabent et A. Lyon-Caen, th. LGDJ, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2001, n° 368 : « *Le procédé consiste en l'instauration d'un mode de réparation spécifique, né d'un besoin de sécurité exprimé en commun. L'assurance procède ainsi d'une certaine idée de solidarité, tant dans le groupement qu'elle réalise, que dans son mode de fonctionnement* ».

<sup>12</sup> A. TUNC, *ibid.*

<sup>13</sup> A. TUNC, *ibid.* : « *Désormais, le "responsable" ne répond plus des conséquences de ses fautes : il paie une prime, précisément, pour qu'un assureur prenne sa place. Au profit de l'assuré, le principe fondamental selon lequel chacun doit répondre du dommage causé par sa faute est entièrement écarté, du moins tant que la faute n'est pas intentionnelle. Or, dans la plupart des pays, l'État lui-même impose l'assurance de responsabilité en divers domaines, notamment dans celui, si important en pratique, des accidents de la circulation. Même quand elle n'est pas imposée, l'assurance de responsabilité se répand, du fait même de l'extension ininterrompue de la responsabilité, à laquelle elle contribue, par un mouvement dialectique, car le juge hésite moins à condamner lorsqu'il sait que derrière le "responsable" se tient un assureur* ».

<sup>14</sup> G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, th. LGDJ, 1965.

<sup>15</sup> M. SERRES, *Petite Poucette*, éd. Le Pommier, 2012, p. 27 : « *Dans sa Légende dorée, Jacques de Voragine raconte qu'au siècle des persécutions édictées par l'empereur Domitien advint à Lutèce un miracle. L'armée romaine y arrête Denis, élu évêque parmi les premiers chrétiens de Paris. Incarcéré, puis torturé dans l'île de la Cité, le voilà condamné à être décapité au sommet d'une butte qui se nommera Montmartre. Fainéante, la soldatesque renonce à monter si haut et exécute la victime à mi-chemin. La tête de l'évêque roule à terre. Horreur ! Décollé, Denis se relève, ramasse sa tête et, la tenant dans ses mains, continue à grimper la pente. Miracle ! Terrifiée, la légion fuit. L'auteur ajoute que Denis fit une pause pour laver son chef à une source et qu'il poursuivit sa route jusqu'à l'actuelle Saint-Denis. Le voilà canonisé* ».

<sup>16</sup> M. BRUSCHI, « *L'assurance et la responsabilité professionnelle* », in *Actes du colloque : la responsabilité professionnelle : une spécificité réelle ou apparente*, LPA, 11 juill. 2001, n° 137, p. 70. – B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 1. – Y. FLOUR, « *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?* », in *Fin de la faute ?*, *Droits*, n° 5, PUF, 1987, p. 29 et s., spéc. p. 40. – M.-A. FRISON-ROCHE, « *La dialectique entre responsabilité et assurance* », *Risques*, 2000, n° 43, p. 79. – De même dans tous les systèmes

*pascalien, version scientifique, point mystique* »<sup>17</sup>. Si l'assurance a pu être un facteur d'égalité économique<sup>18</sup>, elle est majoritairement considérée comme déstructurante. Pêle-mêle, elle dénaturait les concepts de la responsabilité au point de la rendre stérile<sup>19</sup>. Elle lui ferait perdre une grande partie de sa consistance à l'effet prophylactique qu'elle portait initialement<sup>20</sup>. Il lui est associé les maux de l'interférence<sup>21</sup>, de la déformation<sup>22</sup> et de l'amalgame<sup>23</sup>. Ayant pris le rôle de « meneur de jeu du droit de la responsabilité »<sup>24</sup>, celle-ci ne servirait plus que de simple support de l'assurance<sup>25</sup>. La doctrine s'en amuse et relève que « *c'est à peine exagérer que prêter aux tribunaux ce plaisant aphorisme* »<sup>26</sup> : « *dis-moi si tu es assuré, je te dirai si tu es responsable* »<sup>27</sup>. Éclaté en miettes, « *il ne reste plus grand-chose, en pratique, du grand principe de l'article 1382* »<sup>28</sup>, devenu le nouvel article 1241 du Code civil<sup>29</sup>, ni de ses bienfaits<sup>30</sup>.

Parfois énigmatique<sup>31</sup>, la responsabilité civile des professions juridiques n'a pas échappé aux influences, mais le terrain de jeu y est différent. La France connaît en la matière des particularismes marqués tenant au partenariat fort entre les professions

---

juridiques occidentaux : C. LARROUMET, *Réflexions sur la responsabilité civile. Évolutions et problèmes actuels en droit comparé*, Université Mac Gill, Institut de droit comparé, Montréal, 1983, p. 23.

- <sup>17</sup> D. NOGUÉRO, « Sélection des risques, discrimination, assurance et protection des vulnérables », *RGDA* 2010, n° 3, p. 633 et s., spéc. p. 663.
- <sup>18</sup> M. RICHARD, *La fonction de l'assurance. Essai de théorie économique*, dir. P. Fromont, th. Rennes, 1943.
- <sup>19</sup> S. B. MARKESINIS, « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », *RIDC* 1983, p. 301 et s.
- <sup>20</sup> Ph. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Étude de droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 669 et s., spéc. n° 15.
- <sup>21</sup> R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, préf. G. Ripert, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 741.
- <sup>22</sup> J. BONNARD, *Droit des assurances*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 23 et s.
- <sup>23</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 10.
- <sup>24</sup> Y. JOUHAUD, « Évolutions de la jurisprudence en matière d'assurance », *Risques*, 1992, n° 10, p. 59. – P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du xx<sup>e</sup> siècle, Études offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 21.
- <sup>25</sup> Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, 1996/1, L'Harmattan, p. 31. – P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, p. 14.
- <sup>26</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 641.
- <sup>27</sup> D. MAZEAUD, *Lamy Droit de la responsabilité*, préface à l'édition originale.
- <sup>28</sup> A. TUNC, « Le droit en miettes », in *APD, La responsabilité*, t. 22, Sirey, 1977, p. 31 et s., spéc. p. 32.
- <sup>29</sup> Nouvel article 1241 du Code civil : « *On est responsable du dommage causé par sa faute* ». – Nouvel article 1242 : « *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ».
- <sup>30</sup> F. MARCHADIER, « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDCiv.* 2009, n° 2, p. 245 et s., spéc. p. 268. Adde Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », *RTDCiv.* 1998, p. 1 et s.
- <sup>31</sup> S. PELLET, « Le professionnel du droit face à l'évolution de la jurisprudence ou l'art d'être devin... mais pas trop ! », *RDC* 2017, n° 1, p. 48 : « *Le notaire supporte une énigmatique obligation d'anticiper les évolutions prévisibles de jurisprudence* ». – H. SLIM, « Les professionnels du droit et le devoir d'anticipation », *RLDC* n° 157, mars 2018, n° 6421, p. 34 et s.

et un assureur historique<sup>32</sup>. Le système assurantiel et corporatif de défense professionnelle a su jouer et parfois se jouer des mécanismes de l'assurance obligatoire<sup>33</sup>. Dans le prolongement de ce qui a été nommé « *système responsabilité* »<sup>34</sup>, l'étude de cet autre système juridique<sup>35</sup>, professionnel, invite à une projection en trois dimensions. À ce titre, ayant mené une recherche d'ampleur internationale sur le sujet après avoir établi un questionnaire exhaustif à l'attention de 18 pays sur tous continents<sup>36</sup>, le professeur Slim a apporté une conclusion des plus éclairantes, dans son rapport général, qui mérite d'être reprise *in extenso* : « *grâce aux transactions, le contentieux relatif à la responsabilité civile des professionnels du droit n'est que la partie visible de l'iceberg. Cette dernière constatation montre que le thème de la responsabilité des professionnels du droit, en dépit de son classicisme, n'a peut-être pas encore livré tous ses secrets. Elle révèle notamment que le développement de l'assurance de responsabilité civile, loin d'annoncer la fin de l'histoire, est susceptible d'en constituer un nouveau chapitre. Il ne suffit pas, en effet, de relever l'existence d'une tendance évidente à privilégier les transactions ou la déjudiciarisation, notamment dans les pays où les professionnels du droit sont tenus de souscrire une assurance de responsabilité civile ou bénéficient d'un dispositif de garantie. Il convient également de vérifier si cette déjudiciarisation se déroule en toute transparence et si elle conduit à respecter les attentes des victimes, notamment celles que les tribunaux sont susceptibles de satisfaire. On ne peut en outre négliger l'impact de cette déjudiciarisation, limité à la responsabilité civile des professionnels du droit, sur les responsabilités pénale et disciplinaire de ces derniers et, éventuellement, sur les modalités d'articulation de ces trois types de responsabilité* »<sup>37</sup>. Il existe ici plus qu'ailleurs « *une interpénétration des fonctions respectives de responsabilités civile et pénale* »<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> F. ARHAB-GIRARDIN, « L'assurance et la responsabilité civile des professions du droit, questions choisies », *RLDC* n° 157, mars 2018, n° 6424, p. 49 et s.

<sup>33</sup> Cf. des exemples récents : R. BIGOT, « Les principes de l'assurance obligatoire de professions du droit chahutés par une pratique séculaire. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2017 », *RGDA* 2017, n° 7, p. 395 et s. – Y. AVRIL, « L'assurance de représentation des fonds versés à l'avocat », *yvesavrill.com*, 26 janv. 2017 ; « L'assurance de responsabilité obligatoire pour l'avocat », *Dalloz avocats* 2017, p. 180.

<sup>34</sup> M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, préf. M.-L. Demeester, th. Defrénois, 2006, p. 2.

<sup>35</sup> Sur le concept de système juridique, cf. *APD, Le système juridique*, t. 31, Sirey, 1986. – Adde Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 8<sup>e</sup> éd., 2014, p. 17.

<sup>36</sup> La Belgique, le Brésil, le Chili, la Chine, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, le Maroc, les Pays-Bas, la Pologne, le Québec, la Roumanie, la Suisse, le Venezuela et le Vietnam.

<sup>37</sup> H. SLIM, « Rapport général. La responsabilité des professionnels du droit », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s., spéc. p. 631. – Comp. en droit international privé : H. SLIM, Fasc. 255-10 : « Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », *Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances*, 22 août 2016.

<sup>38</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité. Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2017, n° 1. – G. VINEY, *Introduction à la responsabilité. Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 74-1 à 74-6. – Comp. avec l'assurance des dirigeants sociaux, A. CONSTANTIN, « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bulletin Joly Sociétés* 2010, n° 9, p. 762 et s. : « *L'assurance de responsabilité des dirigeants sociaux (dite "RCMS") est une institution d'une assez grande complexité, à la croisée des questions de responsabilité civile, de responsabilité pénale, de droit des sociétés et de droit des assurances, voire de droit fiscal* ».

## C. Les professions juridiques : des périmètres en mouvement

Encore faut-il savoir ce que l'on entend par professions juridiques. La doctrine avait déjà identifié les sept critères interdépendants du professionnel, en l'absence singulière de définition légale, retenant ainsi que « *le mot professionnel, gris au possible, est malaisé à définir, sans doute parce qu'il est protéiforme* »<sup>39</sup>. La carence législative n'a été comblée que très récemment, et partiellement. Dernièrement, le législateur a fait évoluer l'article liminaire inséré dans le Code de la consommation, par la loi du 21 février 2017, en y ajoutant à la définition de consommateur<sup>40</sup>, celle de professionnel<sup>41</sup> et de non-professionnel<sup>42</sup>. Il s'agit d'une politique législative des petits pas<sup>43</sup> qui n'a pas tenu compte de la distinction pourtant nécessaire du professionnel et de la profession. En effet, le professeur le Tourneau s'est pourtant efforcé de démontrer que « *toute personne exerçant une profession (un métier) n'est pas un professionnel [...]. Ainsi, d'un enseignant, d'un chercheur, d'un artiste, qui exercent tous une profession sans être des professionnels* »<sup>44</sup>.

Dans l'univers du droit à travers le monde, le pluralisme des professions juridiques est élevé<sup>45</sup>. Le professionnel du droit serait déjà « *notre homme de loi, qui représentait la sagesse et le bon sens* »<sup>46</sup>. Le professeur Théry, en qualité de rapporteur de synthèse de travaux internationaux approfondis sur le thème des professions juridiques, a relevé que « *les divers intervenants proposent une liste différente* »<sup>47</sup>. Une première hésitation porte sur l'opportunité d'inclure toutes les professions qui gravitent autour du droit et de la justice : « *l'expert n'est pas un juriste et, en France du moins, ne doit surtout pas l'être (art. 238 du Code de procédure civile) ; le médiateur ou le conciliateur veut restaurer la concorde et non faire droit. On pourrait même écarter l'arbitrage ad hoc qui, quoique juridictionnel, a quelque chose du caractère atomiste du contrat isolé. Mais on voit que la question demeure pour l'arbitrage institutionnel qui fait figure d'ordre*

<sup>39</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz Référence, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 0.12. – Comp. G. PIGNARRE, « Le devoir de conseil et les autres obligations. Rapport français », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 89 et s., n° 1.

<sup>40</sup> Créé par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (art. 3) avec la première définition légale du consommateur.

<sup>41</sup> « *professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ».

<sup>42</sup> « *non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». En amont, cf. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *RDC* 2017, n° 1, p. 109.

<sup>43</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (art. 3), modifiée par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 puis la Loi n° 2017-203 du 21 février 2017.

<sup>44</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz Référence, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 0.12.

<sup>45</sup> G. ALPA, A. DE VITA, « Rapport général. Le pluralisme des professions juridiques », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 25 et s.

<sup>46</sup> J. BONNARD, « Dieu et Dieu font Droit », *LPA* 2017, n° 114, p. 8 et s.

<sup>47</sup> Ph. THÉRY, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 9 et s., spéc. p. 11.

*juridictionnel parallèle* »<sup>48</sup>. Les universitaires sont parfois intégrés dans les principales professions juridiques, comme aux États-Unis. En France, les professeurs sont fonctionnaires mais autorisés à cumuler une activité juridique libérale (consultation, conseil, avocat, arbitre, médiation...), pouvant ainsi mettre en jeu leur responsabilité civile professionnelle dans le cadre de leur activité accessoire. Si l'on excepte les États-Unis, il n'existe nulle part de profession unique<sup>49</sup>. En effet, sous le statut commun de « *lawyer* », au nombre de 1 180 386 en 2008, on trouve les avocats en « *private practice* » exerçant seul ou en cabinet (74 %), les « *lawyers in house counsel* » appartenant au service juridique d'une personne morale (8 %), ceux au service du gouvernement (8 %), les juges (3 %) <sup>50</sup>, etc. En France, aucune définition légale de la profession juridique, ni des professions intellectuelles, ni des professions réglementées n'existe<sup>51</sup>. Seule une définition légale des professions libérales a vu le jour avec l'article 29-I de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives<sup>52</sup>. Incantatoire, cette définition est certes affirmée en théorie, mais sa portée et ses enjeux sont très limités en pratique<sup>53</sup>. En excluant les salariés par exemple, elle rejette nombre de professionnels juridiques, avocats ou notaires en premier lieu.

Parmi les sept grands modèles identifiés de par le monde<sup>54</sup>, la France n'a pas su échapper au phénomène de pluralisme des professions juridiques, au point de constituer l'« *exception culturelle française* »<sup>55</sup>, avec la subsistance des charges en premier plan<sup>56</sup>. Cette singularité est non seulement marquée d'une longue tradition, mais encore facilitée par l'absence de définition légale globale. Puis, sur fond de conquête des marchés du droit, « *la concurrence des systèmes juridiques amène aujourd'hui, à*

<sup>48</sup> Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 10.

<sup>49</sup> Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 20.

<sup>50</sup> A. A. LEVASSEUR, « Les professions juridiques aux États-Unis », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 117 et s., spéc. p. 121.

<sup>51</sup> G. ALPA, A. DE VITA, *op. cit.*, p. 25 et s.

<sup>52</sup> « *Les professions libérales groupent des personnes exerçant à titre individuel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour but d'assurer, dans l'intérêt du client et du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant* ».

<sup>53</sup> R. BIGOT, « La place de l'indépendance et de la responsabilité dans la définition légale des professions libérales », *RJCom., Les Cahiers du Chiffre et du Droit*, n° 3, 2015, p. 30 et s. – S. LAMBERT-WIBER, « Le professionnel libéral en droit fiscal : enjeux et limites d'une définition », *RJCom., Les Cahiers du Chiffre et du Droit*, n° 3, 2015, p. 40 et s. – Comp. É. DE LAMAZE (propos recueillis par S. VIARD), *Cinq années au service des professions libérales à Bruxelles 2010-2015*, LGDJ, Lextenso éd., 2017.

<sup>54</sup> G. ALPA, A. DE VITA, *op. cit.*, pp. 41-43.

<sup>55</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Le pluralisme des professions juridiques en France », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 131 et s., spéc. n° 3.

<sup>56</sup> Les notaires et huissiers de justice en Alsace-Moselle ne disposent cependant plus du droit de présentation de leur successeur à l'agrément du garde des Sceaux.

*coups de réformes et de rapports*<sup>57</sup>, à un pluralisme désordonné des professions que les récentes lois du 22 décembre 2010 et du 28 mars 2011 rendent encore plus confus »<sup>58</sup>. Déjà, des chartes de collaboration interprofessionnelle ou alliances plus ou moins officielles avaient vu le jour au niveau des organes professionnels<sup>59</sup>. Des structures associant avocats, notaires, huissiers, administrateurs judiciaires et experts-comptables sont à présent permises<sup>60</sup>.

La « vieille lune » de l'interprofessionnalité a ressurgi avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Les premières dispositions l'ayant amorcée remontent à 1972<sup>61</sup>. La finalité, mêlée à l'ouverture des capitaux<sup>62</sup>, est manifestement financière et l'interdisciplinarité n'est que très indirecte<sup>63</sup>. La détermination des professions pouvant travailler ensemble dans une structure d'exercice interdisciplinaire ne relève pas toujours de l'évidence, confrontée à des difficultés psychologiques et techniques, de même que l'harmonie dans pareille structure n'est pas acquise tant la guerre ouverte entre les professions (entre celles du chiffre et celles du droit puis entre celles du droit elles-mêmes) sur leurs périmètres respectifs d'intervention n'a cessé de s'amplifier, par exemple autour

<sup>57</sup> J.-M. VARAUT, *Mission de réflexion et de propositions en vue de l'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques* La Documentation française, 1998. – T. LAMARCHE, « Pour une simplification des actes de procédures entre auxiliaires de justice », *JCP G* 2011, n° 8, 225, p. 394 et s. – C. JAMIN, « Rapport Darrois, une rénovation profonde de la profession d'avocat », *D.* 2009, p. 932, n° 3. – M. PRADA, A. DAMAIS, L. JARIEL, P. DE LAPASSE, M. LEBECQ, Rapport sur *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, Mission confiée par le Garde des Sceaux et le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, mars 2011. – C. NOURISSAT, « Petit manuel de séduction juridique à l'usage des affaires internationales. À propos du rapport Prada du 19 avril 2011 », *JCP G* 2011, n° 19, act. 541, p. 904 et s. – É. BONNET, « Michel Prada, grand commis de l'État », *JCP G* 2011, n° 19, act. 539, p. 901. Sur les premières incitations au regroupement de nombreux professionnels du chiffre, cf. Ph. MERLE, « De la fusion des sociétés de commissaires aux comptes », in *Mélanges P. Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 353 et s.

<sup>58</sup> S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 4.

<sup>59</sup> R. BIGOT, *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité civile professionnelle. L'exemple des professions du droit et du chiffre*, avant-propos H. Slim, préface D. Noguéro, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 53, 2014, n° 18. – J.-J. TAISNE, Rapport introductif, Partie 2, « Quel avenir pour les professions du droit et les relations entre les membres ? », in *Les déontologies des professions du droit : quel avenir ? Droit interne – Droit comparé*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2010, p. 75 et s., spéc. n° 153, p. 80.

<sup>60</sup> C. NEAU-LEDUC, « Les modes d'exercice des professions juridiques en France », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 307 et s. – E. DE LAMAZE, « Un premier pas vers l'interprofessionnalité capitalistique des professions libérales », *JCP G* 2011, n° 16, 440, p. 731 et s. – P. BERGER, « L'interprofessionnalité », *Droit & patrimoine*, n° 203, mai 2011, p. 70 et s. Adde J.-P. BERTREL, « Le contrôle des sociétés de participations financières de notaires et d'avocats après le décret du 23 mars 2012 », *Droit & patrimoine*, n° 214, mai 2012, p. 26 et s.

<sup>61</sup> J.-F. BARBIÈRI, « Vers l'interprofessionnalité : un chemin semé de difficultés », *RJCom.*, *Les Cahiers du Chiffre et du Droit*, n° 3, 2015, p. 25 et s.

<sup>62</sup> D. IWEINS, « Ouverture des capitaux des cabinets d'avocats : le progrès en marche », *Gaz. Pal.* 2017, n° 22, pp. 8-9.

<sup>63</sup> B. BRIGNON (dir.), « Le renouveau des SEL et des SPFPL », *Journ. Sociétés*, févr. 2014, n° 116, p. 11 s. – J.-J. BARBIÈRI, « Les effets verticaux et horizontaux de la multi-participation et de l'interprofessionnalité (quelques observations) », *Journ. Sociétés*, févr. 2014, n° 116, spéc. p. 31.

de la rédaction légale d'actes juridiques<sup>64</sup>. Le feu aurait été attisé par la loi du 6 août 2015 au bénéfice des experts-comptables<sup>65</sup>. Quelques mois plus tôt, la Cour de cassation avait pourtant relevé une incompatibilité d'ordre public économique pour certaines professions, refermant l'interprofessionnalité sur les professions libérales juridiques ou judiciaires<sup>66</sup>. L'interprofessionnalité d'exercice est néanmoins entrée en vigueur avec le décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 (*JO* 7 mai 2017, texte n° 30) et la constitution d'une société pluri-professionnelle (SPE), pouvant revêtir toute forme sociale sauf la SCP, est désormais possible pour l'exercice en commun de plusieurs des professions d'avocat, d'avocat aux Conseils, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable<sup>67</sup>. Mais à force de modifier les formes d'organisation des métiers du droit, « *on changera aussi le contenu du métier, et via la réorientation des lignes d'inventivité juridique, on changera le modèle d'État de droit* »<sup>68</sup>.

La définition légale de leur périmètre respectif d'exercice est source d'une compétition effrénée entre les professionnels, qui s'ajoute aux dissensions anciennes des spécificités statutaires de chaque profession et que l'« *ubérisation* » ne va pas aplanir<sup>69</sup>. Plusieurs professionnels provenant de professions différentes étaient déjà amenés à voir leurs responsabilités mises en cause simultanément à l'occasion d'une même opération<sup>70</sup>. La jurisprudence témoigne encore de l'augmentation – à tout

<sup>64</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 02-11.743, *Bull. civ. I*, n° 99 : il résulte des dispositions combinées des articles 54, alinéa 4, et 59 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée, et de l'article 22 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, que les experts-comptables ont la faculté de rédiger des actes sous seing privé, sans pouvoir en faire l'objet principal de leur activité, lorsque ces actes constituent l'accessoire direct des missions d'ordre comptable ou des travaux comptables qui leur sont confiés par leurs clients. Il appartient à celui qui allègue qu'un expert-comptable a eu, de manière illicite, une activité juridique, d'en apporter la preuve.

<sup>65</sup> Il est ainsi indiqué, sur la page du site du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables réservée au 72<sup>e</sup> Congrès – Lille 2017, intitulé *Expert-comptable, Expert-conseil*, que « *depuis de nombreuses années, la profession manifeste la volonté de compléter les missions traditionnelles par des missions de conseil. Depuis le 6 août 2015, la loi Macron a accordé aux experts-comptables un nouveau périmètre d'exercice, favorisant ainsi le développement des missions de conseil. En effet, il n'est maintenant plus nécessaire que celles-ci soient réalisées dans le cadre de missions principales. Elles sont maintenant totalement déconnectées. Cette libéralisation est une véritable source d'attractivité de la profession car elle donne une image positive. Les missions de conseil ont en effet une valeur ajoutée pour le client et le collaborateur, contrairement à celles qui répondent à une obligation administrative* » (<http://www.experts-comptables.fr/lordre-et-ses-entites/congres/72e-congres-lille-2017---135>).

<sup>66</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-13.565, *JCP G* 2015, 306, p. 505, n° 6, obs. Y.-M. SERINET, et 326, p. 538, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 2015, p. 306, note J.-J. DAIGRE ; *BJS* 2015, p. 78, n° 113b3, note J.-F. BARBIÈRI ; *JCP E* 2015, 1108, note B. BRIGNON.

<sup>67</sup> L. JARIEL, in F. G'SELL (dir.), « L'interprofessionnalité d'exercice est entrée en vigueur », *JCP G* 2017, n° 23, *Avocats*, 660, p. 1120.

<sup>68</sup> O. FAVEREAU, *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso éd., 2009.

<sup>69</sup> R. AMARO, « L'« ubérisation » des professions du droit face à l'essor de la legaltech », in Dossier : *L'« ubérisation » : l'appréhension par le droit du phénomène numérique*, Dalloz IP/IT, mars 2017, p. 161 et s. – Adde H. SLIM, « La notion de représentation et d'assistance en justice face aux défis de la technologie numérique », *JCP G* n° 14, 4 avr. 2016, 394.

<sup>70</sup> Cf. R. BIGOT, *th. préc.*, n° 19 et les annexes : sur la responsabilité d'un notaire et d'un diagnostiqueur immobilier : annexe 214, échantillon notaire n° 52 (CA Nîmes, 1<sup>re</sup> Chambre A, 23 nov. 2004, *RG* n° 02/00712) ; de deux notaires : annexe 169, échantillon notaire n° 211 ; d'un notaire

le moins d'une judiciarisation – des mésententes entre professionnels d'une même discipline, au sein de structures d'exercice comme dans celles où ils ont seulement mis en commun des moyens d'exercer<sup>71</sup>. La loi du 6 août 2015 renforce l'incohérence existante<sup>72</sup>, en particulier celle initiée par l'ordonnance du 19 septembre 1945 autorisant les experts-comptables à intervenir auprès de la clientèle en matière fiscale, en matière sociale, voire par rédaction d'actes juridiques, en principe de façon accessoire à l'activité comptable principale. Mais aucun contrôle n'est réalisé sur cet aspect de proportionnalité. Par conséquent, l'activité juridique « accessoire »<sup>73</sup> peut prendre le pas sur l'activité comptable initialement. Quelques données chiffrées sont à mettre en relation entre le chiffre d'affaires de certaines professions, leur nombre, leur périmètre d'activité (principale/accessoire) et la sécurité ou l'insécurité juridique apportée par la profession eu égard à sa sinistralité annuelle. De nombreux chefs de petites ou moyennes entreprises reconnaissent ne confier qu'à leur expert-comptable, qui leur propose, en plus de la mission générale de tenue de compatibilité, la rédaction des contrats de travail, celle des statuts de société ou de leur évolution, les procédures de licenciement ou de rupture conventionnelle, rédaction des protocoles transactionnels comprise, etc.

La question sous-jacente est celle de savoir si cette profession du chiffre ne serait pas devenue une profession juridique, à inclure dans notre recherche. La profession la plus lésée par cette situation est sans doute celle des avocats, et le cumul dorénavant envisageable des activités d'avocat et d'expert-comptable pour celui qui a les deux diplômes n'est pas à même d'y changer grand-chose<sup>74</sup>.

---

et d'un expert-comptable : annexe 164, échantillon notaire n° 133 (TGI Lille, 1<sup>re</sup> Chambre, 8 janv. 2004, *RG* n° 02/02255) ; annexe 247, échantillon expert-comptable n° 758 (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2007, n° 04-15.358) ; d'un notaire et d'un agent immobilier : annexe 234, échantillon notaire n° 385 (TGI Paris, 1<sup>re</sup> Chambre, 1<sup>re</sup> Section, 25 mai 2005, *RG* n° 04/11650) ; d'un commissaire aux comptes et d'un expert-comptable : annexe 271, échantillon commissaire aux comptes n° 559 (Crim., 15 juin 2005, n° 04-85.639) ; d'un avocat et d'un expert-comptable : Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2009, n° 08-11.374, *Bull. civ. I*, n° 43 ; de deux avocats de barreaux différents : annexe 251, échantillon avocat n° 865 (TGI Paris, 1<sup>re</sup> Chambre, 1<sup>re</sup> Section, 29 sept. 2004, *RG* n° 03/10646) ; d'un notaire et d'un mandataire judiciaire : annexe 243, échantillon notaire n° 496 (CA Poitiers, 3<sup>e</sup> Chambre civile, 3 nov. 2004, *RG* n° 01/03653).

<sup>71</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2015, n° 13-24931 et n° 13-27788 (1<sup>er</sup> arrêt), et n° 14-10257 (2<sup>nd</sup> arrêt) : conflit au sein de SCP d'avocats ; Com., 31 mars 2015, n° 13-23238 : conflit au sein d'une SCM. – Sur les premières incitations au regroupement de nombreux professionnels du chiffre, cf. Ph. MERLE, « De la fusion des sociétés de commissaires aux comptes », in *Mélanges P. Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 353 et s.

<sup>72</sup> L. MAYAUX, Éditorial, « Assurances de la responsabilité civile professionnelle : en marche vers la pluri-professionnalité ? », *RGDA* n° 2, févr. 2017, p. 1 : « on voit très bien, en cas d'acte susceptible de mettre en cause la responsabilité de plusieurs membres de cette structure, les assureurs de chacun d'eux se disputant pour faire reconnaître la responsabilité de l'autre professionnel. Le résultat ne pourra qu'être contre-productif, surtout si la SPE (qui, rappelons-le, est solidairement responsable avec chacun de ses membres) est mal assurée. Le professionnel dont la responsabilité n'aura pas été engagée subira tout de même les conséquences du sinistre en tant qu'associé de la structure. C'est l'effet boomerang ! Tout cela a manifestement échappé au législateur ».

<sup>73</sup> H. SLIM, « La consultation juridique à l'épreuve de la libre prestation de service », *JCP G* n° 23, 3 juin 2013, 662.

<sup>74</sup> J.-J. TAISNE, Rapport introductif, Partie 2, « Quel avenir pour les professions du droit et les relations entre les membres ? », in *Les déontologies des professions du droit : quel avenir ? Droit interne – Droit comparé*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2010, p. 75 et s., spéc. n° 153, p. 80.

En premier lieu, représentant un « *poids économique considérable* »<sup>75</sup>, les 21 000 experts-comptables réalisent un chiffre d'affaires global de 11,5 milliards d'euros<sup>76</sup>, soit près du triple de celui réalisé par les avocats, pourtant au nombre de 68 500 en France<sup>77</sup>. Un chiffre d'affaires trois fois plus élevé avec néanmoins trois fois moins de membres. Il s'agit donc de professions attractives pour les étudiants, au point que la doctrine ironise, à propos de leur code d'authentification pour accéder gratuitement aux bases de données juridiques payantes, en relevant une pratique : « *ce code vous sera très utile pour monnayer un stage estival dans des micro-entreprises du chiffre et du droit, si vos parents n'ont pu vous en trouver un...* »<sup>78</sup>. En second lieu, dans leur ensemble, les experts-comptables génèrent 1 700 sinistres de responsabilité civile professionnelle par an en moyenne, soit 200 sinistres de plus que les avocats dans leur totalité<sup>79</sup>. Là où le bât blesse, en troisième lieu, c'est la nature de cette sinistralité. Une partie prédominante de la sinistralité des experts-comptables est de nature juridique. Sur une période de quatre ans, seulement 435 sinistres ont été enregistrés dans le domaine de la tenue de comptabilité (et au titre de garanties accessoires : 118 dossiers de détournements de fonds, 164 dossiers de garantie archives, 418 sinistres pour des raisons non identifiées à leur ouverture). En revanche, 1 912 sinistres sont liés à leur intervention en matière fiscale au sens large, en rapport avec un redressement fiscal ou pour avoir achoppé une option plus avantageuse. 708 sinistres prennent leur source dans la rédaction d'un contrat. 696 sinistres sont issus d'une erreur en droit social et 87 sinistres d'un problème purement juridique autre que de droit social<sup>80</sup>. Enfin, 76 sinistres sont liés à une prise de participation<sup>81</sup>.

Deux *scenarii* d'interprétation se présentent. Premièrement, cette sinistralité juridique prédominante serait la conséquence logique d'une activité juridique elle-même devenue principale. Secondement, cette forte sinistralité juridique serait le fruit d'une compétence très relative dans le domaine juridique, lequel n'est certes pas celui de leur formation. Sans doute s'agit-il d'un effet combiné de ces deux éventuelles tendances. Pour illustrer le propos, par suite du rachat d'une gigantesque société de sécurité, d'aucuns ont pu s'émouvoir, en ce qui concerne les experts-comptables, de leur « *diversification de plus dans le service aux entreprises, après le conseil juridique*

<sup>75</sup> *Tendance Droit*, « Panorama des professions du chiffre et du droit », LexisNexis, oct. 2011, p. 9.

<sup>76</sup> <http://www.experts-comptables.fr/lordre-et-ses-entites/lordre-des-experts-comptables-linstitution/chiffres-cles/chiffres-cles---128>

<sup>77</sup> Précisément 68 409 avocats en France au 1<sup>er</sup> mai 2018 : <https://www.cnb.avocat.fr/fr/les-chiffres-cles-de-la-profession-davocat>. – Comp. *Tendance Droit*, *op. cit.*, p. 5. – Sur l'évolution du nombre et du chiffre d'affaires des avocats, cf. Rapport confié par J.-J. Urvoas, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, à K. Haeri, *L'avenir de la profession d'avocat*, févr. 2017, p. 5 et s. – Rapport d'activité 2015 de la CNBF, p. 49.

<sup>78</sup> J. BONNARD, « Dieu et Dieu font Droit », *LPA* 2017, n° 114, p. 8 et s.

<sup>79</sup> R. BIGOT, *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité civile professionnelle. L'exemple des professions du droit et du chiffre*, avant-propos H. Slim, préface D. Noguéro, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 53, 2014, n° 201.

<sup>80</sup> Par exemple, Soc., 26 avr. 2017, n° 15-25.204 : le licenciement dont la procédure a été conduite par l'expert-comptable, personne étrangère à l'entreprise, est dépourvu de cause réelle et sérieuse, nonobstant la signature pour ordre de la lettre de licenciement au nom de l'employeur.

<sup>81</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 204.

et fiscal, l'informatique et les fournitures de bureaux »<sup>82</sup>. La question de la légitimité de l'extension des domaines d'interventions de certains professionnels possédant pourtant des monopoles bien assis (experts-comptables, géomètres experts, notaires, banquiers, assureurs pour ne citer qu'eux), avec celle sous-jacente de l'assainissement de la fonction de consultation juridique, méritent ainsi d'être posées. La provocation à un nouveau conflit existait en germe dans l'organisation de la pluridisciplinarité d'exercice entre ces professions, s'ajoutant au conseil en droit et la rédaction d'actes à l'accessoire d'une prestation comptable principale. Ce n'est pas seulement une complémentarité de spécialistes au service des clients qui a ainsi été augurée, mais plutôt un chevauchement, qu'il conviendrait de réajuster<sup>83</sup>. On retombe en outre sur le problème d'actualité de définition des catégories professionnelles, soumis au contrôle de conformité du juge administratif<sup>84</sup>.

En définitive, sont habituellement réunis sous l'appellation de professions juridiques, différents métiers, charges et fonctions. *A priori*, le professionnel juridique exerce une activité elle-même juridique de manière dominante. Il n'y a, à ce titre, aucun doute pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avocats, les huissiers de justice, les notaires, les mandataires de justice dans les procédures collectives, les greffiers des tribunaux de commerce<sup>85</sup> et, jusqu'à une période récente, les conservateurs des hypothèques – supprimés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>86</sup> – et les avoués, dont le seul statut a été supprimé par la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, la fonction demeurant<sup>87</sup>. Il s'agit en fait, pour les avoués, d'une fusion à la date du 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>88</sup> avec la profession d'avocat qui a été organisée<sup>89</sup>, similairement à ce qui a pu être accompli

<sup>82</sup> I. LETESSIER, « Fiducial prêt à reprendre Neo Sécurité », *Le Figaro.fr*, 30 avr. 2012. Adde C. DELZANNO, « Gestion de patrimoine : les experts-comptables actifs », *Droit & patrimoine*, n° 217, sept. 2012, p. 14 et s.

<sup>83</sup> J.-F. BARBIÈRI, *op. cit.*, *RJCom.*, *Les Cahiers du Chiffre et du Droit*, n° 3, 2015, p. 29 : « Non seulement il n'est pas souhaitable de brouiller davantage la complémentarité en aggravant ces risques de chevauchement d'activités, mais encore il nous semble fortement recommandé de rajuster les périmètres d'intervention entre les deux professions s'il l'on entend vraiment qu'elles puissent travailler ensemble, de façon harmonieuse, dans des structures interdisciplinaires ».

<sup>84</sup> A. FABRE, « La détermination des catégories professionnelles, talon d'Achille des PSE », *Semaine sociale Lamy*, 3 avril 2017, n° 1763, pp. 13-17. – F. CHAMPEAUX, « Les catégories professionnelles, l'arme fatale », *Semaine sociale Lamy*, 3 avril 2017, n° 1763, p. 2.

<sup>85</sup> Les greffiers des tribunaux de commerce sont des officiers publics et ministériels. Leur statut est défini par l'article L. 741-7 du Code de commerce. Ils perçoivent leur rémunération du public.

<sup>86</sup> Propos recueillis par C. CROUZEL et C. LACHÈVRE, « Interview à M. le ministre du Budget et de la Fonction Publique Éric Woerth », *Le Figaro*, 18 nov. 2008.

<sup>87</sup> R. BIGOT, « Les avoués et les professions ayant des charges dans la cuisine indemnitaire du droit de présentation : le beurre, l'argent du beurre, mais pas le sourire de la crémère tout de même ! », *LPA*, 18 nov. 2016, n° 231, p. 3 et s.

<sup>88</sup> J. JUNILLON, « Fusion avoués/avocats. Pour le meilleur et pour le pire », *JCP G* 2011, n° 5, p. 200 et s. – M. VERPEAUX, « La suppression des avoués près les cours d'appel : non à la propriété, oui à l'égalité ! », *Droit & patrimoine*, n° 203, mai 2011, p. 36 et s. – R. MARTIN, « Feu la postulation », *JCP G* 2008, n° 41, act. 592, p. 3.

<sup>89</sup> Modification de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 ; loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées ; décret n° 2011-451 du 22 avr. 2011 (*JO* 24 avr. 2011, p. 7328) sur les conditions d'accès des avoués et de leurs collaborateurs aux professions juridiques et judiciaires.

pour les avoués de première instance en 1971 et les conseils juridiques en 1991. Le débat relatif à la projection d'une grande profession du droit<sup>90</sup> n'est que la continuité d'une volonté d'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques<sup>91</sup>.

Sont également pleinement juridiques les missions confiées aux greffiers près des tribunaux civils et aux magistrats. Ils répondent néanmoins d'un statut de fonctionnaires et du régime de droit public quant à la mise en cause de leur responsabilité. Il conviendra néanmoins d'évoquer le cas des magistrats de l'ordre judiciaire faisant appel, depuis une période très récente, à l'assurance pour la couverture de leurs risques professionnels, par suite d'un éventuel recours de l'État à leur rencontre<sup>92</sup>. Interviennent encore dans la sphère juridique, mais avec un rôle non exclusivement juridique : les agents immobiliers, les géomètres experts, les conseillers en gestion de patrimoine, les experts de justice, les diagnostiqueurs immobiliers, les arbitres<sup>93</sup>, notamment internationaux<sup>94</sup>, les médiateurs<sup>95</sup>, les traducteurs juridiques<sup>96</sup>, ayant une certaine parenté avec les experts de justice<sup>97</sup>, *a fortiori* lorsqu'ils sont inscrits sur une

<sup>90</sup> J.-M. DARROIS, *Mission confiée par le Président de la République. Rapport sur les professions du droit*, mars 2009, p. 50-51 ; « À défaut d'une profession unique du droit, une profession unifiée est réaliste », *JCP G* 2009, n° 14, Doctrine Entretien I, 131, p. 15 et s. – O. DUFOUR, « Rentrée solennelle du barreau de Paris : Jean Castelain défend la grande profession du droit », *LPA*, 6 déc. 2010, n° 242, p. 3-4. – M. PRADA, A. DAMAIS, L. JARIEL, P. DE LAPASSE, M. LEBECQ, *op. cit.*, p. 5.

<sup>91</sup> J.-M. VARAUT, *Mission de réflexion et de propositions en vue de l'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques* La Documentation française, 1998, p. 80.

<sup>92</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 153 et s. : par suite de l'affaire « *Laëtitia* » et de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 rendant possible la non prise en charge des frais de défense du magistrat suspecté d'avoir commis une faute, l'Union Syndicale des Magistrats (USM) a souscrit le premier contrat d'assurance collective de responsabilité civile professionnelle à adhésion facultative, prenant effet en 2011.

<sup>93</sup> H. SLIM, « Une évolution jurisprudentielle majeure dans le domaine de la responsabilité des arbitres », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2014, n° 11-17.196, *RLDC* 2014/116, n° 5455, p. 23 et s. – N. FERRIER, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », in C. JALLAMION, A. PÉLISSIER (dir.), Colloque *Risque, assurance et arbitrage*, organisé par l'Université de Montpellier 1, 9 juin 2010, *RGDA* 2012, n° 1, p. 205 et s. – É. JOLIVET, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », in C. JALLAMION, A. PÉLISSIER (dir.), Colloque *préc.*, *RGDA* 2012, n° 1, p. 216 et s. – F.-X. TRAIN, « L'arbitre, prestataire de service juridictionnel », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2005, n° 03-13.116, *RLDC* n° 26, avr. 2006, n° 1089, p. 14 et s. – « Rapport du Club des juristes sur la responsabilité de l'arbitre », *LPA* 2017, n° 114, p. 2.

<sup>94</sup> M. PRADA, A. DAMAIS, L. JARIEL, P. DE LAPASSE, M. LEBECQ, Rapport sur *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, Mission confiée par le Garde des Sceaux et le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, mars 2011, p. 4. – Ph. THÉRY, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 9 et s., spéc. p. 10.

<sup>95</sup> Y. CHAPUT, « La responsabilité du médiateur dans le contentieux des affaires. Une hypothèse de non-droit ? », in *Les droits et le Droit, Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 127 et s.

<sup>96</sup> D. NOGUÉRO, « Obligations et responsabilités du traducteur juridique », in M. CORNU et M. MOREAU (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 257 et s. Sur les autres professions et activités non commerciales, J.-F. BARBIÈRI, C. BIGUENET-MAUREL, D. LEPÉLTIER, *op. cit.*, n° 620-621.

<sup>97</sup> F. TERRÉ, « Observations finales », in M. CORNU et M. MOREAU (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 308.

liste<sup>98</sup>. Le contentieux en responsabilité des traducteurs est néanmoins rarissime<sup>99</sup>. S'agissant de la profession des experts-comptables<sup>100</sup>, l'effet conjugué des constats précédents et de la loi du 6 août 2015 libéralisant à leur profit la consultation juridique qui ne fera que renforcer la tendance à l'immixtion juridique, permet de la requalifier en profession juridique, à tout le moins d'y être remembered, à l'instar d'une proposition ancienne<sup>101</sup>, et donc de l'intégrer à la présente recherche.

Les professions juridiques relèvent des 72 professions réglementées connues, avec pour « *point commun : une activité généralement soumise à l'obligation d'assurance* »<sup>102</sup>. Il existe toutefois près de cent quarante obligations d'assurances en France<sup>103</sup>. Si la représentation majoritaire parmi elles est la profession libérale<sup>104</sup>, quelques-unes appartiennent à la catégorie des fonctionnaires. Il existe aussi quelques assurances facultatives. L'enjeu de l'assurance obligatoire des professions les plus sinistrées et le maintien de l'assurance facultative de celles qui le sont moins apparaît ainsi. Empreints de nombreux éléments de similitude mais aussi de dissemblance<sup>105</sup>, les statuts et l'exercice des professions du droit n'échappent pas à la complexité dans l'analyse juridique<sup>106</sup>. Les thèses portant sur la responsabilité des professions juridiques n'étudient généralement, de manière étroite, que celles des avocats, des notaires et des huissiers de justice<sup>107</sup>. Le critère de ralliement utilisé est parfois celui de la rémunération par la clientèle<sup>108</sup>. Il paraît adapté aux professionnels mais non aux professions. Une étude récente a encore montré que « *les professions juridiques envisagées variant quelque peu d'un rapport international à l'autre, le socle du rapport sera constitué par celles qui ont été prises en considération le plus fréquemment, à savoir*

<sup>98</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 29 sept. 2011, n° 09-10.445, *BICC* n° 754, 15 janv. 2012, p. 26, n° 32.

<sup>99</sup> D. NOGUÉRO, *op. cit.*, p. 273.

<sup>100</sup> Pour des précisions sur les limites des missions juridiques confiées aux professions du chiffre, cf. F. G. TRÉBULLE, *Droit des sociétés*, avr. 2004, comm. 53, p. 17 et s., sous Com., 23 avr. 2003, n° 00-21.698, *Bosoni c/ Polack*.

<sup>101</sup> J.-M. VARAUT, *Mission de réflexion et de propositions en vue de l'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques*, La Documentation française, 1998, p. 80.

<sup>102</sup> E. BERNARD, Dossier 33, « La RC des professions des professions réglementées », *L'Argus de l'assurance*, n° 7219, 27 mai 2011, p. 33.

<sup>103</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2017, n° 20.

<sup>104</sup> J.-F. BARBIÈRI, C. BIGUENET-MAUREL, D. LEPELTIER, *Professions libérales*, Mémento pratique Francis Lefebvre 2013-2014, Avant-propos, p. 5. *Adde Tendances Droit*, *op. cit.*, p. 1. – J. SAVATIER, *La profession libérale. Étude juridique et pratique*, th. LGDJ, 1947. – *Adde* S. PELLINGHELLI, *L'évolution de la profession libérale (l'exemple des professions juridiques et médicales)*, thèse Nice, 1995. – G. VACHET, « L'exercice de l'activité libérale (salarier-indépendance) », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions libérales*, Tome II / Nice, 1997, LGDJ, 1998, p. 69 et s. – Un Observatoire de l'activité libérale est créé par le décret n° 2011-200 du 21 février 2011 donnant jour à la Commission nationale des professions libérales : X. DELPECH, *Création de la Commission nationale des professions libérales*, Décret n° 2011-200 du 21 févr. 2011, *JO* 23 févr., *D.* 2011, n° 9, p. 601.

<sup>105</sup> J.-F. BARBIÈRI, C. BIGUENET-MAUREL, D. LEPELTIER, *op. cit.*, n° 100 et s.

<sup>106</sup> F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Études G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éd., 2008, spéc. p. 616.

<sup>107</sup> M. WILMANN, *La responsabilité civile des auxiliaires de justice. Avocats – Huissiers de justice – Notaires*, dir. A. Giudicelli, th. Université de La Rochelle, 2005, p. 4. – C. CARBONARI, *La responsabilité civile des professionnels du droit*, dir. J.-M. Bruguière, th. Université d'Avignon, 2003, p. 11-12.

<sup>108</sup> C. CARBONARI, *ibid.*

*les professions d'avocat, de notaire et de magistrat ; les autres ne seront évoquées que par raccroc* »<sup>109</sup>, *a fortiori* avec les mouvements simultanés de concentration de professions judiciaires et d'expansion des professions juridiques<sup>110</sup>, sur fond de bataille des marchés du droit<sup>111</sup>. L'on essaiera au contraire d'embrasser, à défaut d'une unique et grande profession du droit<sup>112</sup>, l'ensemble des professions juridiques, dans un sens large. Malgré des variations dans les obligations<sup>113</sup>, à plus forte raison lorsque celles-ci sont renouvelées<sup>114</sup>, on peut adapter à la responsabilité civile des professions juridiques l'approche générale adoptée en matière de responsabilité déontologique<sup>115</sup>. Il y est recherché des exigences communes<sup>116</sup> et un meilleur service aux usagers du droit<sup>117</sup>. En effet, le serment de chacune des professions constitue un « socle » commun à leur activité, le Parquet se trouvant « *au confluent de plusieurs déontologies, puisque la loi leur a confié la surveillance des principales professions du droit et du chiffre. Cela permet d'avoir une approche générale, transversale, de la déontologie à la française* »<sup>118</sup>.

## I. La fonction principale de réparation de la responsabilité réalisée mais malmenée par l'assurance des professions juridiques

Puisqu'entièrement prise en charge par l'assurance privée, la responsabilité civile des professions juridiques paraît avoir pris le courant dans le bon sens (A). Très vite cependant, elle se retrouve à contresens, l'assurance privée minorant le débit des indemnités qui en découlent (B).

<sup>109</sup> F. LEDUC, « Les garanties d'indemnisation. Rapport de synthèse », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, pp. 181-190, spéc. p. 181.

<sup>110</sup> S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n° 5 et s.

<sup>111</sup> H. CROZE, « La bataille de l'amiable », *Procédure* 2011, Repère 2. – F. G'SELL, « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.* 2010, n° 37, p. 2450 et s.

<sup>112</sup> L. GARNIERE, « En marche vers la grande profession du droit ? », *Gaz. Pal.*, 2 mai 2017, n° 17, p. 3 ; « Le rapprochement des professions du droit dans le viseur du Cercle Montesquieu », *Gaz. Pal.*, 2 mai 2017, n° 17, p. 5.

<sup>113</sup> Par ex., S. LAMBERT, « L'absence d'obligation de mise en garde du conseiller en gestion de patrimoine agissant comme courtier », *RGDA* 2017, n° 5, p. 320.

<sup>114</sup> C. GRIMALDI, « La prise en considération des concepts du nouveau droit des contrats par le rédacteur d'actes en vue d'en assurer l'efficacité », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 505 et s.

<sup>115</sup> H. SLIM, F. LORNAME, « La responsabilité des professionnels du droit », avant-propos H. Groutel, *RCA* Hors-série, juin 2002, p. 81.

<sup>116</sup> É. DE MONTGOLFIER, « Vers des exigences déontologiques communes aux professions réglementées du droit », *JCP G* 2011, n° 14, *Libres propos* 367, p. 628 et s.

<sup>117</sup> B. BEIGNIER, « Rapport de synthèse », in *Les règles déontologiques au service des usagers du droit*, Colloque du Haut Conseil des professions du droit à la Grand'Chambre de la Cour de cassation, 3 nov. 2011.

<sup>118</sup> B. LEGRAS, « Le point de vue du magistrat du parquet », Partie 2, « Quel avenir pour les professions du droit et les relations entre les membres ? », in *Les déontologies des professions du droit : quel avenir ? Droit interne – Droit comparé*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2010, p. 93 et s., spéc. n° 175. – H. AUBRY, « Règles déontologiques et loi », *RRJ* 2011, n° 3, p. 1105 et s., spéc. p. 1127, n° 50.

## A. Une responsabilité totalement prise en charge par l'assurance privée, un courant dans le bon sens

L'assurance privée a maîtrisé de longue date les enjeux indemnitaires considérables de la responsabilité des professions juridiques (1). Cela justifie, d'un point de vue technique et économique, que la solidarité nationale n'ait pas été sollicitée (2).

### 1) La maîtrise ancienne d'enjeux indemnitaires considérables de la responsabilité

Dans le domaine de l'assurance de responsabilité civile des professions juridiques, le mécanisme de garantie mis en place est susceptible d'influer, certes, sur la couverture du risque, mais aussi sur la réparation des victimes, fonction première de la responsabilité. Il convient donc de la mesurer préalablement, sans quoi on ne peut affirmer que les dommages que les victimes subissent du fait de l'activité des professionnels assurés sont correctement indemnisés. Cette question se pose avec acuité parce que l'assurance considérée a été conçue pour la défense des intérêts des professionnels et est concentrée entre les mains d'une seule société d'assurance<sup>119</sup>. Le développement de l'assurance au cours du XIX<sup>e</sup> siècle a naturellement trouvé un écho favorable auprès des professions juridiques, qui sont à l'origine de la fondation des Mutuelles du Mans, créée pour garantir les archives des avoués, des avocats, des conservateurs des hypothèques et des notaires contre les accidents personnels ou les incendies, dans une première étape<sup>120</sup>. L'essor des réclamations relatives à la responsabilité de professionnels du droit et la sévérité accrue des tribunaux à leur égard à partir de 1845<sup>121</sup> permirent, dès 1880, l'extension progressive de la couverture

<sup>119</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 60 et s. – Dans le même sens, J. BIGOT, « Problématique des assurances collectives de dommages », *RGDA* 2016, n° 10, p. 459 et s. – J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2230 et s.

<sup>120</sup> F. WAKS, D. LAGARD, *Histoires du groupe MMA. La force d'un engagement mutuel*, Les Éditions Textuel, 2007, p. 64-65. – M. PICARD, A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. III, *Assurances de choses, Assurances de responsabilité*, LGDJ, 1943, p. 428 et s.

<sup>121</sup> É. MARTEAU, *Des assurances terrestres*, th. Paris, Ménard et David Libraires-Éditeurs, 1872, p. 93 et s. – A. BAILLY, *De la responsabilité civile des notaires et de l'assurance de ce risque professionnel*, th. Lyon, 1907. – M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 1912, p. 52 et s. – P. PÉRIN, *De l'assurance de responsabilité des fautes professionnelles du notaire et de l'avoué*, th. Paris, 1913, p. 178 et s. – G. STEFANI, *De l'assurance des fautes*, th. Paris, PUF, 1923, p. 29-30. – J. SAPIN, *Les assurances de responsabilité professionnelle*, th. Lyon, 1937. – R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, *Les sources de la responsabilité civile*, préface G. Ripert, LGDJ, 1939, n° 2 et 281. – H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préface H. Capitant, t. 3, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd. refondue, 1960, p. 794 et s., n° 2649. – G. RIPERT, « Ébauche d'un droit civil professionnel », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 677 et s., spéc. p. 687, n° 14. – Comité notarial de contentieux et de coordination, *Le notariat et sa responsabilité civile professionnelle*, Imprimerie G. de Bussac, 1984, p. 105. – H. GROUDEL, « Hors-sujet », in *Le Discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis Litec, éd. du Juris-Classeur, 2004, p. 85 et s., spéc. n° 5. – H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préface G. Durry, LexisNexis, Litec, 2008, n° 142, p. 86.

de ce nouveau risque des professions, « *sur l'initiative d'une grande mutuelle* »<sup>122</sup>, ancêtre du groupe MMA. Le phénomène est depuis toujours mal connu<sup>123</sup>, voire non identifié<sup>124</sup>, alors que les enjeux peuvent être, pour leur part, phénoménaux. La souscription d'une assurance de responsabilité civile professionnelle s'est tout d'abord faite de manière spontanée<sup>125</sup>, avec le premier contrat d'assurance collective de responsabilité souscrit en 1887 par l'association des conservateurs des hypothèques<sup>126</sup>, ayant servi par la suite de modèle à l'ensemble des contrats conclus dans l'intérêt des professions réglementées du droit puis du chiffre. Ce n'est qu'au milieu du xx<sup>e</sup> siècle que le législateur est intervenu pour encadrer le phénomène<sup>127</sup>. Alors que la France était généralement en retard dans le secteur économique et juridique de l'assurance à cette période<sup>128</sup>, *a contrario* l'assureur des professions juridiques a été manifestement très avant-gardiste en organisant très tôt une coopération avec celles-ci par le biais de contrats d'assurances collectives, en les associant à sa gestion reposant elle-même largement sur des mécanismes contractuels, y compris de résolution des litiges. On ne peut donc, pour analyser concrètement la responsabilité des professions juridiques, la désolidariser de l'assurance.

La réflexion théorique sur la problématique de l'influence de l'assurance sur la responsabilité, puis l'indemnisation qui en découle ou non, ne pouvait ainsi être menée qu'à partir d'une position ancrée dans la pratique et même au cœur de celle-ci. Elle met dès lors à profit les informations et la collaboration des professionnels, dont notamment un assureur occupant une position éminente, mises en lumière dans une recherche récente, ayant pu être menée grâce à la contribution de l'assureur historique des professions juridiques et comptables, lequel a notamment permis d'extraire des statistiques générales et de réaliser un échantillonnage représentatif des risques<sup>129</sup>. Il s'agit donc d'une méthodologie de recherche originale et novatrice.

<sup>122</sup> M. PICARD, A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. III, *Assurances de choses, Assurances de responsabilité*, LGDJ, 1943, n° 187, p. 429, note 1.

<sup>123</sup> Ph. PIERRE, « La responsabilité notariale à la croisée du classicisme et de l'atypisme », Séminaire de formation sur la responsabilité notariale à la Cour de cassation le 30 mai 2008, *La Revue des Notaires*, sept. 2008, p. 14. – D. CHOLET, « L'assureur et le procès, présentation générale », in Actes du Colloque *L'assureur et le procès*, Université du Maine, 27 nov. 2009, « Thème 1. L'intégration de l'assureur dans le procès. Présidence : J. Bigot », *RGDA* 2010, n° 2, p. 540.

<sup>124</sup> C. BELLENGER, *Histoire de l'assurance de dommages en France*, dir. J.-L. Harouel, th. Université Panthéon-Assas, 2011.

<sup>125</sup> H. SLIM, « Rapport général. La responsabilité des professionnels du droit », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s., spéc. n° 4.

<sup>126</sup> Cf. *infra* notes n° 85 et 219.

<sup>127</sup> H. SLIM, « Les garanties d'indemnisation. Rapport français », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, pp. 191-206, spéc. n° 3.

<sup>128</sup> V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, n° 21. Comp. B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 8. – A. TUNC, « Ébauche du droit des contrats professionnels », in *Le droit privé français au milieu du xx<sup>e</sup> siècle, Études offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 136 et s., spéc. p. 137, n° 2.

<sup>129</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, p. 539 et s. : les annexes contiennent des statistiques relatives à la sinistralité des professions prises comme objet d'étude, dans ses différents aspects (répartition par cause, coût moyen, délai moyen, taux d'appel, taux de pourvoi), les contrats d'assurance collective des différentes professions, un exemple de règlement intérieur et de statuts d'un comité tech-

Un premier sens de la responsabilité des professions juridiques en France est qu'elle fait l'objet, de longue date, d'une couverture par l'assurance privée qui, seule, arrive à mutualiser le risque, sans aucun recours à la solidarité nationale. Cette entreprise a mis en place des contrats d'assurance collective de responsabilité civile professionnelle profitant aujourd'hui aux professions d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, d'avocat, de notaire, d'huissier de justice, de mandataire de justice dans les procédures collectives, d'expert de justice, d'expert-comptable, de commissaire aux comptes, de diagnostiqueur immobilier, d'agent immobilier, de géomètre expert, de conseiller en gestion de patrimoine, d'avoué et de conservateur des hypothèques dans la mise en œuvre de la garantie subséquente par suite de leur suppression, de magistrat enfin. Dans l'exercice de leurs fonctions, tous les membres de ces professions – commettants ou préposés ; personnes morales ou personnes physiques – peuvent générer un ou plusieurs sinistres de responsabilité<sup>130</sup> ayant des répercussions financières sur leurs victimes. L'assurance collective est un palliatif efficace au risque d'absence d'assurance individuelle d'un professionnel et donc de non-indemnisation des victimes, connu dans le domaine médical par exemple<sup>131</sup>.

Les enjeux économiques importants tiennent à ce que, sur une période de dix années, du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2009, l'assureur historique a enregistré, pour ces professions<sup>132</sup>, 68 923 sinistres qui représentent une somme totale supérieure à 23 milliards et 197 millions d'euros de réclamations<sup>133</sup>. Ces 68 923 dossiers ouverts par l'assureur correspondent à une charge financière d'indemnités de 1 372 856 863 €, faite de l'indemnisation des dommages et intérêts réglés aux victimes ainsi que des frais accessoires générés par la défense amiable ou judiciaire des assurés. Parmi ces principales professions juridiques notamment, plus de 8 000 nouveaux sinistres de

---

nique régional, des échantillons de sinistre classés selon le type de réclamation et le type de solution (réclamation amiable/solution amiable, réclamation judiciaire/solution amiable...). L'échantillonnage a porté sur 984 dossiers. Un questionnaire de 21 pages fut mis en place, pour appréhender les problématiques juridiques, processuelles, économiques et sociologiques de cette sinistralité et de son indemnisation et renseigné pour chaque dossier, ce qui représentait encore, avant interprétation actuarielle, une saisie informatique de 20 664 pages.

<sup>130</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s. – A. BÉNABENT, « La responsabilité des professionnels du droit en France », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 761 et s.

<sup>131</sup> D. NOGUÉRO, « Refus de garantie par suite de la réclamation de la victime adressée pendant la suspension de la garantie pour non-paiement de la prime », *JDSAM* 2013, n° 1, p. 61 et s. – B. VORMS, « L'absence d'assurance d'un praticien libéral autorise-t-elle l'ONIAM à agir contre un établissement privé ? », *JDSAM* 2013, n° 3, p. 1 et s. – G. COURTIEU, « L'indemnisation des accidents médicaux : des lois perverses », *RCA* n° 3, mars 2003, chron. 6.

<sup>132</sup> Les administrateurs et mandataires judiciaires, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avoués, les avocats, les commissaires aux comptes, les conservateurs des hypothèques, les experts-comptables, les experts de justice, les géomètres experts, les huissiers de justice et les notaires ; et sans compter d'autres professions réglementées garanties par ce même assureur comme les diagnostiqueurs immobiliers, les agents immobiliers, les généalogistes, les conseillers en gestion de patrimoine... avec lesquels en tout ce sont environ 11 000 sinistres ouverts par an.

<sup>133</sup> Précisément 23 196 830 507 €. Et seulement 67,5 % des dossiers furent renseignés (soit 46 505 dossiers sur 68 923 sinistres ouverts) par l'assureur lors de leur ouverture, quant au montant de la réclamation.

responsabilité civile professionnelle sont ouverts auprès de leur principal assureur chaque année<sup>134</sup>. C'est ce qu'on appelle la sinistralité, qui a une tendance à la stagnation depuis 20 ans, avec une augmentation sur les coûts, liée à l'élévation parallèle des coûts de la vie qui se répercutent de manière proportionnelle sur les préjudices indemnisés. Une bonne nouvelle donc, ou un bon sens : l'américanisation du droit et la judiciarisation ne seraient donc qu'un épiphénomène pour le contentieux des professions juridiques.

Les conséquences indemnitaires de la responsabilité des professions juridiques se décomposent en deux modes de règlement des victimes, amiable ou judiciaire. En premier lieu, sur 34 559 sinistres ouverts<sup>135</sup> par des assignations judiciaires à leur rencontre, celles donnant lieu à une condamnation judiciaire (40 %) de ces derniers représentent un montant global de 965 703 070 €. En second lieu, sur 34 364 sinistres ouverts par une réclamation amiable, les règlements amiables finalisés par transactions avec les victimes représentent 54 % de la sinistralité pour une somme totale de 407 153 793 €. La durée moyenne d'ouverture et de vie des sinistres rend difficile l'étude de ces risques, plus encore d'en connaître avec certitude les récents exercices. La durée de vie des sinistres des professions juridiques est estimée à environ sept ans en moyenne entre la survenance du sinistre (la réclamation) et le règlement de la victime. S'y ajoute le délai complémentaire entre le fait générateur et la réclamation, également long, par exemple de quatre ans pour les avocats<sup>136</sup>.

## 2) L'absence de recours à la solidarité nationale : une justification technique et économique

Deux grands domaines de l'assurance de responsabilité professionnelle<sup>137</sup> ont été comparés sur une même période, l'un ayant cédé au lobbying des assureurs et de la profession pour un transfert partiel de charge vers la solidarité nationale : le domaine médical ; l'autre étant resté, dans sa longue tradition de discrétion, sous l'égide de la mutualisation privée : le domaine juridique. La période de quatre années 2006-2009 a été retenue, par alignement du premier rapport de l'Observatoire des risques médicaux<sup>138</sup>, dont les tendances sont depuis confirmées<sup>139</sup>. Le premier mérite des lois de 2002 réorganisant le risque médical réside dans l'organisation naissante de

<sup>134</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 2.

<sup>135</sup> Toutes les réclamations amiables formulées par les tiers lésés aux professionnels et toutes les assignations signifiées à ces professionnels et/ou leur assureur dans le cadre de l'action directe constituent des dossiers de sinistres qui doivent être, en principe, ouverts par cet assureur.

<sup>136</sup> P. ROGER, « La responsabilité et l'assurance de l'avocat », in *Les nouvelles missions de l'avocat*, colloque annuel du Master 2 Recherche Droit du patrimoine approfondi de l'Université de Paris I, 11 mai 2011, *Droit & patrimoine*, n° 205, juill.-août 2011, p. 21.

<sup>137</sup> M. PICARD, A. BESSON, *op. cit.*, n° 187, p. 429 et s. : en 1943, le premier grand groupe de l'assurance de responsabilité professionnelle vise les officiers ministériels et « un deuxième groupe d'assurance de responsabilité professionnelle vise les professions médicales ».

<sup>138</sup> *Rapport 2010 de l'Observatoire des risques médicaux – Années 2006 à 2009*, ONIAM, janvier 2011.

<sup>139</sup> Observatoire des risques médicaux, *Rapport d'activité 2014, Années 2008 à 2013*, www.oniam.fr.

la transparence des données, mais pas encore de haute transparence<sup>140</sup>. Il resterait encore à apprécier plus finement les résultats financiers des entreprises d'assurance<sup>141</sup> ainsi que le rapport entre les revenus professionnels du corps médical et leur prime d'assurance, pour vérifier leur capacité ou incapacité réelle à la souscription. On sait déjà que les acteurs médicaux ont généré, sur quatre ans, 4 083 sinistres<sup>142</sup> donnant lieu à 470 790 080 € d'indemnisation durant cette période<sup>143</sup>. La responsabilité des professions juridiques correspond sur la même période à 32 621 sinistres, pour un coût total estimé à 713 867 624 €, ce qui dépasse largement tant en coût qu'en nombre la sinistralité liée au risque médical. 52 % des dossiers se résolvent de manière amiable et 48 % de manière judiciaire<sup>144</sup>. La répartition du coût ultime<sup>145</sup> de ces sinistres apporte un éclairage complémentaire et nouveau<sup>146</sup>. Les indemnités en principal des dossiers judiciaires représentent exactement 50 % des 713 867 624 €. Les sinistres réglés amiablement correspondent à 34 % de ce montant global, dont le reste est composé des frais de défense judiciaire (16 %).

<sup>140</sup> D. NOGUÉRO, « La place des assureurs dans le dispositif légal. L'obligation d'assurance de responsabilité médicale », in M. BACACHE, A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, 10 ans après*, préface B. Kouchner, Bruylant, 2013, p. 241 et s. : « On songe au coût important que représente l'assurance, pour certains, et à la menace ou à la tentation du retrait de certains opérateurs sur ce marché de l'assurance de responsabilité. Pour peser objectivement et avec pertinence cette situation, il faudrait disposer de données chiffrées fiables et actualisées sur la branche RC médicale, c'est-à-dire les primes collectées, le profil des risques pour lesquels la couverture est accordée ou non, ainsi que la sinistralité et le montant des diverses indemnisations ».

<sup>141</sup> P.-Y. POINDRON, « Responsabilité civile professionnelle : les solutions de la mutualisation », *Le Concours Médical*, 5 nov. 2003, n° 33 : « Claude Évin, ancien ministre socialiste de la Santé, conteste que l'augmentation des primes soit exclusivement due à la sinistralité ». – D. NOGUÉRO, *op. cit.*, in M. BACACHE, A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *op. cit.*, p. 241 et s.

<sup>142</sup> *Rapport 2010 de l'Observatoire des risques médicaux – Années 2006 à 2009*, ONIAM, janvier 2011, p. 5.

<sup>143</sup> Si l'on compare avec les chiffres « bruts » rarement diffusés par les assureurs, on s'aperçoit que les 120 000 000 € avancés pour la part de marché annuelle des professionnels de santé correspondent ni plus ni moins aux 470 790 080 €, indiqués dans le Rapport 2010 de l'Observatoire des risques médicaux, divisés par quatre années (B. GUÉRINON, J.-F. ABEILLE, « Victimes d'accidents médicaux. Quelles indemnisations ? Assurance ou défaillance. Le point de vue de l'assureur et du juriste », in *Les cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 4, *L'indemnisation et l'assurabilité des dommages médicaux*, PUAM, 2005, p. 31 et s., spéc. p. 32 : « Le marché de l'assurance de responsabilité médicale est de 400 000 000 €, dont 280 000 000 € pour les établissements et 120 000 000 € pour les professionnels de santé »). Et si l'on ose pousser le raisonnement, en simplifiant quelque peu le mécanisme, une mutualisation globale des professionnels de santé, ne serait-ce que par 200 000 médecins généralistes et spécialistes (L. MORLET, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit de l'indemnisation en droit privé*, dir. H. Groutel, th. Université du Maine, 2003, n° 750), correspondrait à faire l'opération suivante : 120 000 000 € divisés par 200 000 = 600 € par an par praticien, ce qui ne paraît pas *a priori* inenvisageable. Le siège du principal frein à cette mutualisation globale s'enracine dans la position de quelques assureurs et courtiers qui se partagent actuellement la très bonne part du risque et n'ont aucun intérêt économique au changement...

<sup>144</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 3.

<sup>145</sup> C'est-à-dire le coût total et final des sinistres après les éventuels recours de franchise, découverts obligatoires et recours subrogatoires.

<sup>146</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 4.

Des enseignements peuvent être tirés du rapprochement. La réparation de l'accident médical avait-elle réellement besoin d'être secourue par la solidarité nationale<sup>147</sup> ? Non<sup>148</sup>. Était-il possible de réguler autrement le risque, par une prise en compte des hauts revenus des spécialistes permettant sans doute l'auto-assurance<sup>149</sup> et une large mutualisation comme pour les professions juridiques d'une part, et par une vérification (ou l'établissement de la transparence) des résultats des assureurs d'autre part ? Oui. Pourtant, le législateur a de nouveau cédé au lobbying (lois n° 2002-303 du 4 mars 2002 et n° 2002-1577 du 30 décembre 2002) en créant un nouveau Fonds de garantie par la loi du 28 décembre 2011<sup>150</sup>, réalisant encore un transfert de charge partiel du risque médical, des assureurs et des praticiens médicaux vers la solidarité nationale<sup>151</sup>. De trop rares assureurs avaient cependant proposé la solution de la mutualisation par une surtaxe raisonnable pour chaque contrat en responsabilité civile professionnelle des médecins<sup>152</sup>. Mais en instrumentalisant la peur du procès<sup>153</sup>, ces derniers ont toujours mal accepté le principe de leur responsabilité, encore déformée par les médias et amplifiée par les assureurs voulant « *augmenter déraisonnablement leurs tarifs* »<sup>154</sup>. Regrettablement, un décalage fort entre le discours sur le risque et

<sup>147</sup> M. BACACHE, « Réparation de l'accident médical : la solidarité au secours de la responsabilité », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2010, n° 09-11.270, *Bull. civ. I*, n° 63, *D.* 2010, n° 18, p. 1119 et s. – Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2017, n° 18. – Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2009, n° 845.

<sup>148</sup> P.-Y. POINDRON, « Responsabilité civile professionnelle : les solutions de la mutualisation », *Le Concours Médical*, 5 nov. 2003, n° 33.

<sup>149</sup> Les revenus moyens d'un chirurgien dépassent 115 000 € par an, ceux d'un anesthésiste dépassent 120 000 €, cf. T. GONGGRYP, « L'insupportable légèreté du refus d'une maîtrise des coûts résultant des accidents médicaux », in *Les cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 4, *L'indemnisation et l'assurabilité des dommages médicaux*, PUAM, 2005, p. 73 et s., spéc. p. 77, note 16. *Adde* Rapport de l'IGAS (Inspection générale des affaires sociales – Rapport RM 2007-027P, févr. 2007) présenté par P.-L. BRAS, C. D'AUTUME, B. ROUSSILLE, V. SAINTOYANT, « L'assurance en responsabilité civile médicale, version occultée », in R. PELLET (dir.), *Responsabilité, assurance et expertises médicales. Bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008). Propositions de réformes*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 147 et s., spéc. p. 163 : sur l'évolution des revenus des gynécologues-obstétriciens, « *La CNAMTS n'a pas été en mesure de fournir, dans les délais de nos travaux, les données sur les honoraires, demandées par la mission, nécessaires pour approfondir l'analyse* ».

<sup>150</sup> Cf. « Professionnels de la santé : création d'un nouveau fonds de garantie », *Bulletin d'actualités Lamy Assurances*, janv. 2012, n° 190, p. 9 : *L.* n° 2011-1977, 28 déc. 2011, art. 146, *JO* 29 déc. *Adde* Décret n° 2012-548 du 23 avr. 2012 relatif au fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de préventions, de diagnostic ou de soins dispensés par des professionnels de santé.

<sup>151</sup> J. BONNARD, *Droit des assurances*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 11, p. 8.

<sup>152</sup> P.-Y. POINDRON, *op. cit.* Comp. E. DURAND, « La mutualisation des risques modifie la donne en matière de responsabilité civile médicale », *L'Argus de l'assurance*, n° 7219, 27 mai 2011, p. 27.

<sup>153</sup> M. MOUCHOT BRACARD, *La responsabilité médicale des médecins généralistes : fondements, évolution des affaires juridiques sur 15 années et proposition d'un référentiel de bonne pratique*, dir. H. Partouche, th. Faculté de Médecine René Descartes Paris V, 2007, p. 116.

<sup>154</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Un remède possible aux abus de la responsabilité (et de l'irresponsabilité) médicale : le filtrage des actions en responsabilité médicale », in *Études G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p. 399 et s., spéc. p. 402. *Adde* B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, Montchrestien, Lextenso éd., 2011, n° 342, p. 400.

le risque réel lui-même a dominé les débats. Les affirmations erronées et les données opaques mises en avant par des assureurs ayant un intérêt direct à faire accepter une limitation du droit à indemnisation se sont imposées<sup>155</sup>.

Bien qu'il soit relevé de longue date une « *signification profondément inégalitaire de notre droit* »<sup>156</sup>, le législateur n'a su y échapper en opérant cette réforme « *fortement teintée de corporatisme* »<sup>157</sup> et en créant une situation plus favorable aux professionnels assurés et aux assureurs<sup>158</sup>. Bien que reconnu postérieurement à la réforme<sup>159</sup> et s'appuyant sur une argumentation non étayée par des statistiques précises<sup>160</sup>, le lobbying l'a emporté<sup>161</sup>. Ayant pris postérieurement connaissance des statistiques des assureurs, la doctrine s'en est scandalisée car « *il apparaît donc que la fréquence des sinistres paraît assez stable et que le tohu-bohu médiatique n'est pas justifié* »<sup>162</sup>. Pire, cela n'a pas empêché le législateur de récidiver<sup>163</sup>. Le résultat n'est pas au rendez-vous. Certes, la procédure d'indemnisation a évolué dans la bonne direction, néanmoins, un médecin, président de l'Association d'aide aux victimes d'accidents corporels, et un avocat spécialisé, ont dressé dernièrement, dans *Le Livre noir de la médecine*, un sombre bilan. Ils ont tenté alors d'aider les victimes à se « *défendre à armes égales contre le corps médical, les organismes de santé et les assurances. Pour ne plus jamais être une victime, mais un patient reconnu et respecté* »<sup>164</sup>.

<sup>155</sup> M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, « La résistible ascension de l'idée de limitation de l'indemnisation du dommage résultant des accidents médicaux », in *Les cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 4, *L'indemnisation et l'assurabilité des dommages médicaux*, PUAM, 2005, p. 67 et s. – M. VATEL, « Gestion de sinistres. L'indemnisation des dommages corporels reste un casse-tête », *L'Argus de l'assurance*, 24 févr. 2012, n° 7254, p. 32 et s., spéc. p. 33.

<sup>156</sup> M. JÉOL, *Changer la justice*, éd. Jean-Claude Simoën, 1977, p. 30 et 33.

<sup>157</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2009, n° 845.

<sup>158</sup> C. ESPER, « Quelques réflexions sur l'assurance du risque médical : les effets de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé », in *Les cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 4, *L'indemnisation et l'assurabilité des dommages médicaux*, PUAM, 2005, p. 25 et s., spéc. p. 28.

<sup>159</sup> P. DEUMIER, « Reconnaissance du lobbying en France (art. 26, III-B de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale, 2 juill. 2009 – chapitre XXII bis de l'Instruction générale du Bureau du Sénat, 7 oct. 2009) », *RTDCiv.* 2010, p. 62 et s.

<sup>160</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd, 2009, n° 626 ; comp. le même ouvrage, 7<sup>e</sup> éd, 2012, n° 636. Adde N. BRERO, *L'assurance et l'accès à la justice (approche critique)*, dir. G. J. Martin, th. Nice, 1994, p. 361.

<sup>161</sup> J. BONNARD, *op. cit.*, n° 27. Comp., à un degré inférieur, L. JOSSERAND, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 369 et s.

<sup>162</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, n° 627.

<sup>163</sup> « Responsabilité civile : fonds de garantie pour les médecins libéraux », *RLDC* n° 88, déc. 2011, Actualités, p. 26. – J. BONNARD, *op. cit.*, n° 11, p. 8. Adde plus largement, Ph. BRUN, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Réforme de la responsabilité civile : regards impressionnistes sur un projet académique », *RLDC* n° 89, janv. 2012, n° 4517, p. 57 et s., spéc. p. 57-58 : « *la cohérence d'ensemble paraît visiblement mise au service d'un programme transparaissant de manière à peine subliminale des principales dispositions : celui de "resserrer les vannes" d'une responsabilité soupçonnée d'être devenue, par la grâce d'une jurisprudence "compassionnelle" trop généreuse, trop dispenseuse à force de ne pas vouloir distinguer entre les intérêts protégés. On reconnaît la patte des assureurs derrière plusieurs dispositions* ».

<sup>164</sup> D.-M. et Ph. COURTOIS, *Le Livre noir de la médecine*, Albin Michel, 2016.

S'agissant des professions juridiques, l'assureur historique se fait également le relai de celles les plus sinistrées en avançant parfois que leur responsabilité « est de *plus en plus recherchée* »<sup>165</sup>. S'il est vrai que la sinistralité des notaires est de longue date de grande ampleur, la première en nombre et en coût (avec la réserve que celle des agents immobiliers n'est pas connue dans son ensemble à raison de l'éclatement des contrats d'assurance, mais elle pourrait être aussi importante quantitativement<sup>166</sup>), le nombre des sinistres ouverts chaque année sur la même période est resté stable<sup>167</sup>. La présente contribution, sous l'angle de la responsabilité des professions juridiques et de leur assurance, présente un intérêt direct au regard de cette fausse croyance répandue sur ces chiffres du monde médical. Sur la même période 2006-2009, les professions juridiques ont connu une sinistralité en nombre huit fois plus importante que celle du corps médical, et presque deux fois supérieure en coût<sup>168</sup>, alors même que seule l'assurance privée intervient, en silence, dans leur domaine. Les conséquences de leur responsabilité étant totalement prises en charge par l'assurance privée – magistrats mis à part –, le courant du fleuve de l'indemnisation paraît donc avoir pris le bon sens, démentant à tout le moins toute idée tendant à appréhender, *a priori*, sous l'angle de la solidarité nationale le risque des professions juridiques. L'étude de la responsabilité des professions juridiques et du fleuve indemnitaire qui en découle amène cependant à se plonger dans ses affluents, dont certains pourraient avoir un courant à contresens.

## B. Une responsabilité avec des indemnités minorées par l'assurance privée, un courant à contresens

Le courant du fleuve indemnitaire de la responsabilité des professions juridiques circule à contresens du principe de la réparation, à tout le moins de la réparation intégrale. Cela tient à deux facteurs conjugués. D'une part, l'importance de son débit est freinée par un système assurantiel de défense professionnelle (1). D'autre part, la longueur de son cours est minorée, ce qui conduit à une réduction de l'indemnisation qui en découle sous l'effet, parfois conjugué, de la perte de chance et de la transaction (2).

<sup>165</sup> M. JALANS, « Le point de vue de l'assureur », in *L'obligation de conseil et la responsabilité civile du notaire : actualités et perspectives*, Actes du séminaire du 23 juin 2011 *Les notaires à l'Université*, sous la dir. de C. Coulon et F. Chasles, RJO 2011, n° 4, p. 481 et s., spéc. p. 487. – J. BRANCHEREAU, « La mise en jeu de la responsabilité. Le point de vue de l'assureur », *op. cit.*, RJO 2011, n° 4, p. 489 et s.

<sup>166</sup> À elle seule, la Fédération Nationale de l'Immobilier (FNAIM) représenterait entre 3 500 et 5 000 courriers de réclamations des consommateurs par an (dit autrement des sinistres) pour 12 000 adhérents dont au moins 6 000 agents immobiliers. Cf. C. DELZANNO (Propos recueillis par), Entretien avec René Pallincourt, président de la FNAIM, « La profession souffre d'une mauvaise image car certains s'affranchissent de toute règle éthique », *Droit & patrimoine*, n° 207, oct. 2011, p. 11.

<sup>167</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 6.

<sup>168</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 35. – Dans le même sens, A. LAUDE, J. PARIENTE, D. TABUTEAU, *La judiciarisation de la santé*, Institut Droit et Santé, Université Paris Descartes, Éd. de Santé, 2012, spéc. p. 189 et s. : Chapitre 2. « Aspects comparés avec la profession d'avocat ».

## 1) Le débit de la réparation freiné par le système assurantiel de défense professionnelle

Il existe un savoir-faire séculaire de l'assureur historique (a). Ce savoir-faire peut se révéler arbitraire, car mis au profit essentiel des professionnels assurés et non des victimes (b). L'assureur historique ne veut donc pas toujours le faire-savoir (c).

### a) Un savoir-faire séculaire

En mesurant la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile des professions juridiques, on constate une perte d'efficacité de l'indemnisation par l'assurance. L'assurance de responsabilité des professions juridiques met en lumière un droit de l'indemnisation qui peut paraître « inachevé » par rapport à d'autres domaines voisins, dont celui des victimes d'accidents médicaux. Est en cause ici l'existence de comités dans les différentes branches des professions qui ne permet pas un traitement égal des assurés et des victimes, en d'autres termes un non-sens. Ainsi, apparaît la nécessité de rechercher la voie d'une amélioration de la protection des assurés et de l'indemnisation des victimes.

La responsabilité civile des professions juridiques et l'indemnisation de leurs victimes sont sous contrôle d'un système assurantiel de défense professionnelle<sup>169</sup>. La principale particularité de l'assurance de ces professions est d'être dotée d'une organisation de défense collective. Précisément, un même assureur est devenu l'apérateur unique de ces risques professionnels, bénéficiant ainsi d'une sorte de monopole de fait au terme duquel il détient 80 % environ des parts de marché de l'assurance de responsabilité des professions juridiques en France<sup>170</sup>. La mutualisation s'est construite sur le modèle de l'assurance collective, surtout à adhésion obligatoire, préférable à l'adhésion facultative, pour l'unité des garanties et la facilité de gestion notamment. L'assurance privée a ainsi permis, de longue date, de mutualiser chacune des professions juridiques, qui connaissent pourtant de fortes amplitudes quant à leur responsabilité et leur sinistralité. Pour autant, le législateur n'est intervenu qu'au cas par cas, faisant preuve d'un libéralisme à géométrie variable<sup>171</sup>, au point que l'on puisse

<sup>169</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 223 et s.

<sup>170</sup> H. SLIM, « Les garanties d'indemnisation. Rapport français », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, pp. 191-206, spéc. n° 26.

<sup>171</sup> Pour un exemple récent d'absence d'harmonisation, cf. « Des précisions sur l'obligation d'assurance de responsabilité civile professionnelle des CIP et des IFP » (D. n° 2016-799, 16 juin 2016, JO 17 juin), RLDA n° 117, juill./août 2016, n° 5948, p. 10 : « Pour rappel, l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 instituant les statuts de conseiller en investissements participatifs (CIP) et d'intermédiaire en financement participatif (IFP) a introduit dans le Code monétaire et financier les articles l. 547-5 et l. 548-5. Ces articles imposent aux CIP et IFP de justifier à tout moment de l'existence d'un contrat d'assurance les couvrant contre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle en cas de manquement à leurs obligations professionnelles. Le décret n° 2016-799 du 16 juin 2016 définit les modalités selon lesquelles les professionnels doivent satisfaire à cette obligation, notamment le montant minimum du plafond de garantie des contrats d'assurance. Le plafond de garantie distingue un montant par sinistre et un montant par année d'assurance permettant la couverture d'au moins deux sinistres sur l'année. Ces montants ne sont pas les mêmes pour les CIP et les IFP. En effet, pour les CIP, le contrat d'assurance de responsabilité civile souscrit doit comprendre des garanties dont le montant ne peut être inférieur à 400 000 € par sinistre et 800 000 € par année d'assurance (C. mon. fin., art. D. 547-3, al.

être convaincu que les pouvoirs publics n'ont en définitive adopté aucune doctrine de l'assurance obligatoire<sup>172</sup>, sur fond de conciliation d'intérêts contradictoires<sup>173</sup>. Cette situation a été anticipée et compensée par l'expansionnisme d'un assureur historique. Des garanties contractuelles de haut niveau sont souscrites en son sein par les différentes instances professionnelles, *via* les contrats d'assurance collective<sup>174</sup>. Pour ne prendre que l'exemple des notaires, l'ensemble des lignes d'assurance peut conduire à un niveau de couverture à hauteur de 250 millions d'euros par sinistre<sup>175</sup>. Les garanties assurantielles apportent ainsi, en amont, une sécurité importante dans la protection de la dette de responsabilité des assurés. Elles devraient, en aval, bénéficier aux victimes dans la réparation de leur créance.

Pendant, cette sécurité reste soumise à la précarité temporelle, selon la volonté tant des instances souscriptrices que celle de cet assureur historique. Il serait donc sans doute préférable que le législateur s'adapte aux risques connus en matière de seuil plancher de garantie et de plafond de garantie et impose une réglementation qui ne soit plus seulement de façade, en instaurant des planchers de garantie obligatoires en adéquation avec les problématiques croisées des fortes réclamations, des fortes évaluations et des règlements les plus importants dans chacune des professions. Le fondement complémentaire de l'intervention du législateur se trouve dans l'organisation spécifique de défense professionnelle, faite de comités de gestion concertée et accolée à ces assurances collectives, laquelle est susceptible de contrôler en partie, de manière plus ou moins directe, l'indemnisation des victimes.

L'influence méconnue des procédés d'indemnisation amiable procède d'une mainmise, certes classique, de l'assureur historique des professions juridiques – ayant une sorte de monopole de fait<sup>176</sup> et non de droit<sup>177</sup> – sur un processus de résolutions des conflits. Elle est associée à une politique de déjudiciarisation renforcée dudit assureur, leader tant du marché des professions du droit que de celui l'assurance de protection juridique. Le dépassement de la logique de défense professionnelle vers celle d'indemnisation, par la création de commissions d'indemnisation dédiées, permettrait de lever les contraintes temporelles, financières et d'accès à l'information

---

*1<sup>er</sup>, nouv.) alors que pour les IFP le montant ne peut être inférieur à 250 000 € par sinistre et 500 000 € par année d'assurance (C. mon. fin., art. D. 548-3-1, al. 1<sup>er</sup> nouv.). Les dispositions de ce décret entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016 ».*

<sup>172</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 220.

<sup>173</sup> S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, Ellipses, 2<sup>e</sup> éd. 2017, n° 63.

<sup>174</sup> R. BIGOT, « L'article L. 129-1 du Code des assurances, comète ou nébuleuse pour l'assurance collective de dommages des professionnels du droit ? », *Bulletin Juridique des Assurances – BJDA* n° 55, 2018, p. 42 et s.

<sup>175</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 91 et s. – J. BRANCHEREAU, « La mise en jeu de la responsabilité. Le point de vue de l'assureur », in *L'obligation de conseil et la responsabilité civile du notaire : actualités et perspectives*, Actes du séminaire du 23 juin 2011 *Les notaires à l'Université*, sous la dir. de C. Coulon et F. Chasle, RJO 2011, n° 4, p. 489 et s.

<sup>176</sup> H. SLIM, « Rapport général. La responsabilité des professionnels du droit », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s., spéc. p. 631 : « très fréquemment, il existe de facto un assureur prépondérant, voire unique, qui prend en charge le marché de l'assurance pour l'ensemble des professionnels du droit. L'existence d'un tel assureur est certes de nature à favoriser l'émergence d'une procédure, officielle ou officieuse, d'indemnisation des victimes ».

<sup>177</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 2006, n° 123, p. 123.

que le système assurantiel de défense professionnelle fait actuellement peser sur les victimes. L'on préférerait, pour le bénéfice de l'ensemble des acteurs, la recherche d'une indemnisation intégrale et rapide des tiers lésés. Aux origines, ce système assurantiel était légitime dans sa fonction de défense professionnelle, puisqu'il a été créé et s'est développé avant toute intervention législative obligeant les professionnels à s'assurer. Mais les différentes obligations d'assurances professionnelles, instituées par le législateur à partir de la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, l'ont été non pas pour protéger le patrimoine des professionnels du droit assurés, mais celui de leurs clients ou des tiers-victimes. La légitimité de la fonction de défense professionnelle s'estompe déjà au regard de l'intention du législateur ayant érigé les assurances obligatoires. Mais elle se désintègre et devient un non-sens lorsque l'on découvre que le système dénoncé a pris le contrôle de l'indemnisation des victimes en se substituant *de facto* au juge pour une partie importante des sinistres<sup>178</sup>.

### b) Un savoir-faire arbitraire

Ce système génère divers effets sur le domaine de leur responsabilité et de l'indemnisation des victimes, lesquels ne sont pas tous positifs<sup>179</sup>. Tantôt il existe des mécanismes réglementés d'indemnisation. La garantie d'accès au juge est alors préservée<sup>180</sup> et la stratégie<sup>181</sup> indemnitaire des parties y est fortement conditionnée voire limitée. Tantôt, il n'existe aucun mécanisme réglementé. Le risque est que l'indemnisation soit limitée ou bien pire, évitée, par la plénitude des stratégies déployées. Dans ce dernier cas, c'est alors le choix entre un petit non-sens ou un grand non-sens qui subsiste...

Il est vrai que la faveur contemporaine des textes pour les solutions conventionnelles « *donne parfois l'impression d'une œuvre désespérée de délestage de l'institution judiciaire* »<sup>182</sup>. Déjà qu'en l'absence de monopole sur un risque, les assureurs ont réussi à élaborer, à côté des règles de la responsabilité *stricto sensu*, des règles de « responsabilité » qui ont davantage trait au droit des assurances<sup>183</sup>. À plus forte raison, en présence d'un assureur en situation de quasi-monopole de fait, le phénomène a des

<sup>178</sup> Ph. PIERRE, « L'assureur-juge ? Entreprises d'assurances et régulation des conflits suscités par les accidents de la route », *Revue Judiciaire de l'Ouest*, 1985-1, p. 4 et s. Comp. N. BRERO, *th. préc.*, p. 236.

<sup>179</sup> Comp. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, préface M.-L. Demeester, th. Defrénois, 2006, n° 160.

<sup>180</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in *Études offertes à H. Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 457.

<sup>181</sup> A. MASSON, « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques. Essai de théorie des stratégies juridiques », *RRJ* 2008-1, p. 443 et s. – C. LIENHARD, « Libre propos. La stratégie de l'avocat et l'expertise », in *Recherche, Droit et Justice*, n° 35, nov. 2010, p. 1 et s. – C. CHAMPAUD, D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, coll. « États de droits. Regards sur la justice », 2006. – G. PELLICELLI, *Stratégie d'entreprise*, éd. De Boeck, 2007. – J.-C. WOOG, M.-C. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz Référence, 2<sup>e</sup> éd., 2006.

<sup>182</sup> C. BRENNER, « Le consommateur et le procès », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le consommateur*, Journées colombiennes 2007, t. LVII, éd. Bruylant et LB2V, 2010, p. 667 et s., spéc. p. 671. – Adde J. GAUTIER, D. CORVEE, « De la nécessité de penser le processus de médiation ou comment développer les modes alternatifs de règlement des conflits », *LPA* 2017, n° 115, p. 21 et s.

<sup>183</sup> M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, dir. D. Mazeaud, th. Le Mans, 2001, n° 455, p. 649.

effets sur-amplifiés. Ces effets s'inscrivent à contresens de la fonction principale de réparation de la responsabilité des professions juridiques en s'appuyant ainsi sur le phénomène conjugué de la position dominante et de la souscription de contrats d'assurance collective de responsabilité civile professionnelle couvrant l'ensemble de la profession le plus souvent, sur lesquelles se greffe un système assurantiel de défense professionnelle, qui génère un risque de contrôle de l'indemnisation par un seul apériteur. Ce risque se transforme fréquemment en prise de contrôle, par les comités de gestion concertée que les contrats d'assurances collectives stipulent systématiquement. À cet effet, imprégnés d'une teinte fortement corporatiste puisque les professions y sont surreprésentées, les comités procèdent à l'examen des sinistres. Ainsi, ils se vouent à la défense professionnelle. Il en résulte trop souvent une résistance arrogante sur les conditions de la responsabilité, pourtant réunies. Il s'agit donc d'une organisation corporatiste perturbatrice de l'assurance et de la responsabilité<sup>184</sup>. Les perturbateurs de la responsabilité sommeillent dans les contrats d'assurance collective, dont l'adhésion obligatoire s'est imposée au fil du temps<sup>185</sup> de manière jurisprudentielle ou légale<sup>186</sup>. Par exemple, un barreau peut l'imposer à ses membres<sup>187</sup>. Le refus d'un avocat de s'acquitter auprès de l'Ordre du montant des cotisations afférentes à la prime d'assurance couvrant la responsabilité civile professionnelle justifie son omission au tableau<sup>188</sup>. De même, un Conseil de l'Ordre a le pouvoir de répartir les primes d'assurance entre les différents membres du barreau, en tenant compte de principes d'égalité et d'équité<sup>189</sup>.

Matériellement, ces contrats organisent un système inhabituel de gestion contrôlée ou concertée des sinistres. Ces instruments<sup>190</sup> contractuels peuvent agir comme des dé-régulateurs des techniques assurantielles classiques et de celles de la responsabilité. L'organisation de ces comités est très structurée. Dans certaines professions comme le notariat, le contrat d'assurance est précisé par des statuts et un règlement intérieur du comité. L'on a cependant pu s'interroger sur les conséquences de leur agissement dans l'ombre. Organisées comme des antichambres de l'indemnisation, elles peuvent parfois devenir des chambres de l'anti-indemnisation. Le droit des assurances comporte en principe sa propre discipline, au moyen de sanctions classiques. Cependant, celles-ci sont difficilement applicables dans le contrat d'assurance collective. La résiliation après sinistre est ainsi inexécutable. En outre,

<sup>184</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 526 et s. – Dans le même sens, J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2268.

<sup>185</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, pp. 191-206, spéc. n° 27 et s.

<sup>186</sup> Par exemple, le contrat d'assurance collective des notaires de France est souscrit par le Conseil supérieur du notariat, représenté par son président en exercice, agissant en vertu des attributions qui lui sont conférées par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 (art. 44).

<sup>187</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 oct. 1999, n° 96-11.857, *Bull. civ. I*, n° 255 ; *JCP G* 1999, II, p. 10197, concl. J. SAINTE-ROSE. – Il ne s'agit pas d'une pratique anticoncurrentielle : Cons. conc. décis. n° 03-D03, 16 janv. 2003, *BOCC* 16 juin 2003 ; *JCP G* 2003, II, p. 10051, note R. MARTIN.

<sup>188</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2002, n° 99-14.837, *RCA*, 2003, comm. 55.

<sup>189</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2014, 13-10185. – Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2015, n° 14-17.536, *Bull. civ. I*.

<sup>190</sup> R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. n° 11 : « En tant que tel, le contrat n'est qu'un artifice juridique asservi à une fonction unique ; sur les brisées du droit romain, on dirait volontiers, au sens limité du terme : un instrument ».

les considérations commerciales du contrat d'assurance collective prennent parfois le pas sur les contraintes juridiques. La coopération<sup>191</sup> y prédomine majoritairement, et les gestes commerciaux sont fortement sollicités dans la gestion des sinistres au sein des comités. Le contrat des notaires représente à lui seul près de 500 millions d'euros de cotisations sur une période triennale avec les montages de réassurance, ce qui en ferait le plus important contrat d'assurance collective de responsabilité en Europe<sup>192</sup>. Les applications pratiques peuvent s'inverser avec celles des contrats individuels de masse. L'inversion est encore renforcée par la gestion concertée et corporatiste des comités consistant pour les professions assurées à une administration de l'assurance « *par ses pairs* »<sup>193</sup>. Concrètement, d'éventuelles fautes intentionnelles et des déchéances de garanties ne sont pas opposées à certains assurés. Des franchises et des découverts obligatoires ne sont pas appliqués par exemple. Tout se joue par le biais de l'examen des sinistres par les comités. Ces derniers jouissent d'un véritable pouvoir décisionnel d'indemnisation, leur permettant d'opérer ainsi une forme de rationalisation de la défense professionnelle.

L'objectif de la responsabilité couplée à l'assurance obligatoire est d'assurer à la victime une indemnisation intégrale et rapide. À cet effet, parfaitement polymorphes, les dommages-intérêts peuvent « *indifféremment assurer une fonction de restauration, directe ou indirecte, ou une fonction de compensation, par équivalent ou par consolation* »<sup>194</sup>. Le principe de la réparation intégrale est d'ailleurs consacré par le projet de réforme de la responsabilité en date du 13 mars 2017. Dans un chapitre IV portant sur les effets de la responsabilité et sa section 1 relative à ses principes, les rédacteurs de cette réforme proposent d'insérer un nouvel article 1258 du Code civil retenant que « *la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit* », ainsi qu'un nouvel article 1259 indiquant que « *la réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice* »<sup>195</sup>.

Une première proposition de réforme du système en place pour les professions juridiques, qui n'est pas la seule alternative – d'autres étant plus radicales et invitant à changer de paradigme – pourrait être la création de commissions d'indemnisation indépendantes qui devraient être animées, non pas du seul désir de défense des intérêts professionnels, mais aussi d'indemnisation intégrale et rapide des victimes. Dans l'assurance de responsabilité, il convient en principe, en déterminant le montant de l'indemnité, de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant la

<sup>191</sup> Cf. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préface C. Brenner, th. Economica, 2012.

<sup>192</sup> Source : Direction des lignes spécialisées Covéa Risks, pour le pool d'assurances n° 15.

<sup>193</sup> F. WAKS, D. LAGARD, *Histoires du groupe MMA. La force d'un engagement mutuel*, Les Éditions Textuel, 2007, p. 64.

<sup>194</sup> F. LEDUC, « La place des dommages et intérêts dans la typologie des modes de réparation des dommages », in *La notion de dommages-intérêts* (dir. N. Cayrol), Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2016, pp. 145-150, spéc. p. 150.

<sup>195</sup> J.-J. URVOAS, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017. – D. MAZEAUD, « Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 711 et s.

survenance du sinistre. Cette règle n'est pas originale. Elle correspond toutefois à « *la philosophie de l'indemnisation du droit des obligations* »<sup>196</sup>. À plus forte raison, cette règle devrait être transcendante en matière de responsabilité civile professionnelle, au regard de la confiance qui est accordée aux professions juridiques – auxiliaires de justice, officiers ministériels et/ou publics – par l'État et plus encore par leurs clients ou usagers<sup>197</sup>, tout en conservant à l'esprit que l'erreur professionnelle est humaine, mais qu'elle doit, ni plus ni moins, être réparée dans son intégralité. En outre, la doctrine s'accorde à penser que « *de manière extrinsèque, le principe de la réparation intégrale du droit de la responsabilité civile flirte avec le principe indemnitaire du droit des assurances (art. L. 121-1, C. assur.)* »<sup>198</sup>.

Indemniser intégralement et rapidement les victimes revient à améliorer de manière générale la procédure d'indemnisation. Le délai d'indemnisation est excessif dans l'ensemble des *scenarii* de sinistres, qui sont constitués par toutes réclamations amiables et judiciaires des tiers lésés fondées sur une créance de responsabilité<sup>199</sup>. Sept ans, c'est la durée de vie moyenne des sinistres judiciairisés de responsabilité des professions juridiques<sup>200</sup>. Il s'agit du seul délai, déjà long, entre la survenance de la

<sup>196</sup> J. BIGOT (dir.), J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, préface G. Durry, LGDJ, EJA, 2002, n° 1538.

<sup>197</sup> H. SLIM, « Rapport général. La responsabilité des professionnels du droit », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 629 : « *Les règles du droit commun de la responsabilité civile étant généralement applicables, l'étendue de la réparation est très largement régie par le principe de la réparation intégrale* ».

<sup>198</sup> A. PÉLISSIER, « Assurances de responsabilité », note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 7 juill. 2011, n° 10-20.373, inédit, *RGDA* 2011, n° 4, p. 1107 et s., spéc. p. 1108.

<sup>199</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2004, n° 00-22.464, inédit : la Cour de cassation retient, au visa des articles L. 124-1 du Code des assurances et 1382 du Code civil, « *qu'aux termes du premier de ces textes, dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé ; qu'il en résulte au regard du second de ces textes qu'un assureur de responsabilité ne peut être tenu d'indemniser le préjudice causé à un tiers par la faute de son assuré que dans la mesure où, lors de sa réclamation, ce tiers peut se prévaloir contre l'assuré d'une créance née de la responsabilité de celui-ci* ».

<sup>200</sup> P. ROGER, « Assurance de l'activité de CIF et de courtier en assurances », *Pratiques financières*, Revue annuelle n° 13, 2009, p. 9 et s., spéc. p. 10-11 : « *Nous assurons 50 000 professionnels (notaires, avocats, experts-comptables, commissaires aux comptes, etc.) et nous recevons environ 11 000 déclarations par an, pour 1,2 milliard d'euros de préjudices invoqués. Certaines années, cette somme peut être dépassée. Ainsi, elle nous a un jour été réclamée sur un seul dossier. De tels cas pèsent évidemment sur notre résultat, mais avant tout sur le moral du professionnel. Nous possédons 30 000 dossiers en stock en plus des 11 000 annuels. Presque tous sont judiciaires. Ils représentent un en cours de 4 milliards d'euros de demandes. Nous avons provisionné à ce titre 700 millions d'euros dans nos comptes. Nous espérons donc ne pas avoir à payer dans l'ensemble de ces dossiers. Toutes les professions obéissent aux mêmes lois statistiques. Dans un tiers des cas, un simple courrier peut permettre de régler le litige. La demande initiale a souvent été mal orientée vers la RCP, et les dossiers sont aisément classés sans suite. Un tiers des dossiers se règlent à l'amiable. Nous préférons alors transiger car nous constatons une faute et un préjudice manifestes. Enfin, un tiers des dossiers passe devant les juridictions. [...] les 700 millions d'euros en stock ne sont destinés qu'aux dossiers judiciairisés, qui durent en moyenne 7 ans. Après 4 ans de procédure suit en effet souvent un appel, voire une cassation. Les demandes sont alors sérieuses et les demandeurs souhaitent les porter à leur terme. Souvent, elles portent sur plusieurs millions d'euros. Il y a deux mois, je suis intervenu sur un dossier de 1990, pour lequel la condamnation de 4,6 millions d'euros est tombée en 2008* ».

réclamation et le règlement de la victime<sup>201</sup>. S'y ajoute en amont le délai complémentaire entre le fait générateur et la réclamation, également long, parfois plusieurs années<sup>202</sup>. Au délai toujours excessif d'indemnisation ou de rejet de celle-ci dans l'ensemble des *scenarii* de sinistres, malgré une stratégie amiable prédominante du système assurantiel, il a été suggéré d'instaurer un délai court du processus décisionnel, par l'officialisation de commissions d'indemnisation indépendantes, lesquelles montreraient un intérêt supérieur tant dans les *scenarii* amiables que judiciaires. En effet, en déterminant au plus vite, pour la majorité des sinistres, les responsabilités et en quantifiant les préjudices, l'on se donne toutes les chances d'abaisser certains postes de préjudices, à raison d'une aggravation par le temps qui s'écoule, de même que les frais ou intérêts accessoires, puis de rétablir la réputation de la profession à l'origine du sinistre. À ce titre, une simplification des *scenarii* d'indemnisation par la saisine directe d'une commission indépendante serait plus efficace.

Du point de vue des montants d'indemnisation, il est établi qu'une masse moins importante de dossiers judiciaires représente un coût final presque deux fois supérieur à la masse plus grande de dossiers transigés, alors même que la politique d'indemnisation amiable est appliquée aux sinistres à faible et à fort enjeu. En d'autres termes, dans la masse des sinistres, un plus grand nombre de dossiers transigés<sup>203</sup> constituent un montant total d'indemnisation amiable inférieur au montant total, pourtant d'un plus petit nombre, d'indemnisation par décision de justice<sup>204</sup>. La logique du règlement extrajudiciaire semble toujours la même quels que soient les enjeux du sinistre : éviter que le juge impose le principe de réparation intégrale et minorer ainsi le coût de l'indemnisation. Parfois, c'est la répartition des sinistres, ou leur aiguillage entre l'assurance et la garantie collective, qui ne se fait pas de manière distributive telle que prévue aux contrats<sup>205</sup>. En d'autres termes, le contrôle du savoir-faire correspond à un contrôle de l'indemnisation par l'assurance, au point que les règles de la responsabilité soient hors de contrôle... Tout repose sur un « savoir-taire » du savoir-faire.

### c) Un savoir-faire protégé

Le caractère corporatif<sup>206</sup> est l'âme sœur d'un savoir-faire de l'assureur historique sur ces risques, attractif pour les professionnels. Les dérives auxquelles il peut conduire amènent les acteurs à éviter de faire savoir ce savoir-faire. Il est avéré que ce système a ses mérites. En tout bon sens, l'assureur doit bien, à un moment,

<sup>201</sup> E. BERNARD, « Deux questions à Jérôme Goy, directeur d'Aon professions France », in Dossier 33, « La RC des professions réglementées », *L'Argus de l'assurance*, n° 7219, 27 mai 2011, p. 33 et s., spéc. p. 36 : « Quelle est la particularité de la RC des professions réglementées ? C'est un risque long : les litiges durent parfois jusqu'à dix ans. C'est un risque de masse, à la fois dans la fréquence et dans l'intensité. Ce qui explique que peu d'assureurs interviennent sur ce marché. De plus, c'est un risque technique et juridique : la gestion et le traitement des dossiers nécessitent de solides compétences juridiques ».

<sup>202</sup> P. ROGER, *op. cit.*, *Droit & patrimoine*, n° 205, juill.-août 2011, p. 21.

<sup>203</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 3.

<sup>204</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 4.

<sup>205</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1205.

<sup>206</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 526 et s. – Dans le même sens, J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2268.

prendre une décision sur la garantie par exemple. Pour arriver à cette décision, il est loin d'être inutile pour l'assureur de consulter des professionnels. Il peut ainsi mieux appréhender leurs activités et les conditions de leur responsabilité, de même que les circonstances de fait dans le milieu considéré, compte tenu de spécificités locales notamment. Les tiers-victimes bénéficient toujours du jeu de l'action directe qui permet un paiement simplifié. Son but est de « *prémunir le créancier qui en est titulaire contre la défaillance de son débiteur immédiat* »<sup>207</sup>. Dès lors, le système ne pourrait en aucun cas leur être opposable. Le risque demeure que leur action directe puisse être retardée par le jeu de pareille clause de gestion concertée. Le caractère impératif de l'article L. 124-3 du Code des assurances en interdit en fait la mise en œuvre<sup>208</sup>. Or la pratique de gestion concertée recherche parfois à retarder voire anesthésier pareille action directe, en recherchant une prescription par exemple.

Connaître la pratique s'avère souvent très difficile<sup>209</sup>, voire quasi insurmontable<sup>210</sup>. Pourtant, « *de façon positive ou négative, l'étude des pratiques apparaît ainsi comme une clef ouvrant efficacement sur l'étude du fonctionnement juridique : elle révèle une part de la vérité du système – sa face cachée en tout cas –, ce qui est loin d'être dérisoire* »<sup>211</sup>. *A fortiori*, bien qu'encadrées strictement par la loi, les garanties sont surtout modelées par la pratique dans ce domaine particulier<sup>212</sup>. En l'espèce, la pratique de gestion concertée se cristallise sur la politique d'indemnisation extrajudiciaire des sinistres et donc sur les transactions qui la composent à l'issue de négociations « *à l'ombre du droit* »<sup>213</sup>. Elle essaye de tirer une légitimité juridique, voire une force normative des clauses idoines insérées dans les polices collectives. Celles-ci pourraient cependant être qualifiées d'abusives<sup>214</sup>, si les souscripteurs étaient de simples particuliers. Mais puisque les bénéficiaires institués par la loi de ces garanties obligatoires sont les victimes, sans doute conviendrait-il d'étendre l'esprit de la réforme des obligations

<sup>207</sup> C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 37, 2009, n° 324.

<sup>208</sup> J. KULLMANN, « Assurance obligatoire : aucune clause ne peut modifier les conditions légales de sa mise en œuvre », *RGDA* 2017, n° 4, p. 249. – Comp. en droit international privé : H. SLIM, Fasc. 255-10 : « Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », *JurisClassEUR Responsabilité civile et Assurances*, 22 août 2016, n° 54.

<sup>209</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 426.

<sup>210</sup> Ph. THÉRY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès*, LGDJ, Lextenso éd., 2010, p. 146 et s., spéc. p. 153.

<sup>211</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éd., 2013, n° 301.

<sup>212</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, n° 26. – Adde F. LEDUC, « Les garanties d'indemnisation. Rapport de synthèse », *ibid.*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, pp. 181-190.

<sup>213</sup> F. G'SELL-MACREZ, « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.* 2010, n° 37, p. 2450 et s.

<sup>214</sup> X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP G* 2006, I, n° 110, p. 132 et s. – Ph. DELEBECQUE, « *Clausula, clausulae, clausularum...* », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33 et s. – Comp. I. ALKHALFAN, *La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance*, dir. A. Pélissier, th. Montpellier I, 2012. – Comp. C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, dir. L. Leveneur, th. Université Paris II, 2013. – F. LEDUC, « Clauses abusives et assurance des emprunteurs : deuxième round », *RDC* 2016, n° 4, p. 688.

consacrant la possibilité pour le juge de réputer non écrites les clauses d'un contrat, de même que l'interprétation du contrat, en faveur de celui dans l'intérêt pour lequel elles sont souscrites<sup>215</sup>. Mais les souscripteurs sont les professionnels du droit et, avec leur assureur, dominant sur le marché, ils sont arrivés à une forme d'aboutissement du modèle de contrat-coopération<sup>216</sup>. En effet, ces polices collectives d'assurance sont aussi des contrats d'affaires<sup>217</sup>. Leurs effets seront renforcés avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui amplifie l'attraction des contrats d'assurance par le droit des affaires<sup>218</sup>. Jusqu'à une période très récente, le juge n'avait jamais été saisi pour statuer sur la conformité et la régularité des clauses, *a contrario* des contrats d'assurance des particuliers<sup>219</sup>. Mais un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2017<sup>220</sup> a confronté pour la première fois la pratique contractuelle de l'assureur avec les dispositions légales et réglementaires régissant l'obligation d'assurance, en l'espèce de représentation des fonds des avocats et prévoyant les modalités de gestion des sinistres<sup>221</sup>.

Certes, il s'agit d'une « vieille » pratique. Née en 1887 avec le contrat d'assurance de l'association des conservateurs des hypothèques, surnommé depuis « *le contrat des siècles* »<sup>222</sup> encore en vigueur<sup>223</sup>, la pratique ou source contractuelle est devenue une très vieille dame, de cent trente ans<sup>224</sup>. Le premier comité de gestion concertée

<sup>215</sup> J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », 5<sup>e</sup> éd., 2017, p. 16.

<sup>216</sup> S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, th. Economica, 2012. – Comp. L. MAYAUX, Éditorial, « Assurances de la responsabilité civile professionnelle : en marche vers la pluri-professionnalité ? », *RGDA* 2017, n° 2, p. 1. – A. BÉNABENT, « L'hybridation dans les contrats », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27 et s.

<sup>217</sup> F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010/2011.

<sup>218</sup> V. NICOLAS, « Nouvelle définition du contrat aléatoire et contrats d'assurance : pour un rattachement au droit des affaires ? », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 745 et s., spéc. p. 755 et s.

<sup>219</sup> B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 289.

<sup>220</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janv. 2017, n° 15-28301, *Bull. civ. I*.

<sup>221</sup> R. BIGOT, « Les principes de l'assurance obligatoire de professions du droit chahutés par une pratique séculaire. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2017 », *RGDA* 2017, n° 7, p. 395 et s. – J. KULLMANN, « Assurance obligatoire : aucune clause ne peut modifier les conditions légales de sa mise en œuvre », *RGDA* 2017, n° 4, p. 249 ; *Lamy Assurances* 2017, n° 1586.

<sup>222</sup> F. WAKS, D. LAGARD, *Histoires du groupe MMA. La force d'un engagement mutuel*, Les Éditions Textuel, 2007, p. 69.

<sup>223</sup> Pour ce qui a trait à sa garantie subséquente depuis la suppression du statut des conservateurs au 1<sup>er</sup> janvier 2013 (par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 ; art. 2449 et s. du Code civil).

<sup>224</sup> J.-L. SOURIOUX, « Rapport français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Journées suisses 1983, Economica, t. XXXIV, 1985, p. 85 et s. – *Écrits du professeur J.-L. Souriaux. Par le droit, au-delà du droit*, Textes rassemblés par N. CAYROL, C. JARROSSON et Ph. JESTAZ, LexisNexis, 2011, p. 227 et s. – A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron., p. 203 et s. – C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », in APD, *L'égalité*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 341 et s. – C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso éd., Bruylant, 2009, p. 199 et s., spéc. p. 200.

y afférent a été source d'inspiration pour l'ensemble des autres professions juridiques. Toutes leurs polices collectives ont intégré ce modèle de gestion concertée. Par l'action directe d'une victime, ces contrats deviennent opposables à l'assureur. En coulisse cependant, les comités émettent des avis qui constituent ni plus ni moins des décisions sur la suite à donner aux réclamations. Ils statuent sur des aspects juridiques primordiaux : l'acceptation ou le refus de la garantie, la réunion des conditions de la responsabilité de l'assuré. Mais la profession et/ou leur assureur veulent maintenir la qualification de documents internes à leurs avis – décisionnels insistons. Puisque tout a été mis en œuvre par ces acteurs pour que cela reste ainsi, ce n'est que très rarement que l'avantage de transparence et de rapidité qu'une procédure officielle de règlement extrajudiciaire présente habituellement<sup>225</sup> arrive à émerger. La réelle fonction de défense professionnelle de l'institution, certes légitime dans son contexte d'origine, ne suffit plus. Elle porte trop souvent le risque de dévoiement de l'obligation d'assurance, en entravant l'efficacité de l'indemnisation. Monsieur le Bâtonnier Avril a dernièrement dénoncé les artifices qui pouvaient être employés pour les avocats par un acteur majeur du courtage pour résister à des réclamations légitimes<sup>226</sup>.

Le savoir-faire développé dans le système de défense professionnelle par l'assureur et ses partenaires a fait l'objet d'une politique protectionniste. Pour qu'il ne devienne pas juridiquement opposable aux victimes des professionnels juridiques, un dossier symptomatique a ainsi été transigé à la suite d'un arrêt d'appel dévoilant et condamnant le système de gestion concertée<sup>227</sup>. Voulant ainsi éviter tout arrêt de principe pouvant unifier la jurisprudence<sup>228</sup>, une transaction, utilisée comme un instrument de camouflage, a été conclue, coupant l'herbe sous le pied des magistrats de la Haute juridiction. Elle n'a donc pas été en mesure d'ordonner la production des décisions

<sup>225</sup> L. GRYNBAUM (dir.), *Assurances*, L'Argus éd., Droit & pratique 2017/2018, n° 5078.

<sup>226</sup> Y. AVRIL, *L'assurance de responsabilité obligatoire pour l'avocat*, *Dalloz avocats* 2017, p. 180 : « un courtier, acteur majeur, pour appuyer l'autorité de ses décisions, n'hésite pas à écrire qu'il en réfère à une "commission sinistres", composée de juristes spécialisés, mais l'approche de la réalité montre que cette commission n'existe pas. Dans des lettres répétitives et répondant aux réclamations, il affirme avec autorité que la faute de l'avocat n'est engagée qu'en cas de "faute suffisamment grossière", quand tout juriste sait que la faute légère engage la pleine responsabilité. Que dire enfin de rédacteurs, qui se sont présentés pendant de longues années comme "avocats omis", avant de s'apercevoir que l'omission interdisait de se prévaloir de l'état d'avocat. Désormais, une autre expression ambiguë est adoptée, les signataires se disant "Juristes Consultants" (l'usage de la majuscule vient des signataires). Par ailleurs, cette même société écrit qu'elle demande l'avis d'"anciens hauts magistrats" avant de se prononcer mais jamais une étude n'a révélé un nom ou une consultation pour ce qui pourrait apparaître comme un exercice illégal de la consultation juridique, peu compatible de surcroît avec l'indépendance de la magistrature. Enfin, la prescription de l'action, pour l'avocat judiciaire, est passée de trente ans à dix ans, puis, en 2008, à cinq ans (article 2225 du Code civil). Rien n'est mieux que de s'inventer une forclusion maison plus courte. On écrit alors, après avoir sollicité les éléments les plus difficiles à obtenir : "En l'absence de réponse dans un délai de deux mois à compter de la présente lettre ou de toutes autres lettres qui pourraient être adressées ultérieurement votre réclamation sera considérée comme abandonnée (en caractère gras), sauf si vous formulez une demande de délai supplémentaire". Nous nous garderons de dire que les pourparlers transactionnels n'interrompent pas la prescription ».

<sup>227</sup> CA Reims, Chambre civile, 1<sup>re</sup> Section, 8 avr. 1991, RG n° 1014/90, *Les Mutuelles du Mans – Chambre des notaires des Ardennes c/ Époux X*. – Cf. R. BIGOT, *th. préc.*, n° 343 et s.

<sup>228</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Université de Toulouse, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 364 et s.

ou avis émis par les comités, lesquels participent à l'administration de la preuve de la responsabilité de l'assuré. Pourtant, la nature de ces pièces<sup>229</sup> les rend très utiles à la découverte de la vérité et au bon déroulement du procès<sup>230</sup>.

L'assureur et les professions juridiques ont tenté d'escalader la pyramide des normes, mais dans leur ascension, la pratique de gestion concertée a chuté. En effet, avec sa diffusion dans le temps et l'espace, elle avait acquis une valeur de modèle-source<sup>231</sup>. En épuisant tous les rôles, qu'il s'agisse de celui d'assureur-législateur<sup>232</sup> ou d'assureur-juge<sup>233</sup>, l'assureur historique, aidé de ses assurés professionnels, a façonné progressivement ses propres « règles ». Ce ne sont pourtant que des pratiques<sup>234</sup>. Pour tenter de les qualifier, il faut se replacer dans le schéma normal de l'indemnisation. En principe, la victime est créancière de la dette de responsabilité et donc de réparation de l'assuré. De son côté, l'assureur est tenu de gérer la réclamation de la victime, qu'elle soit amiable ou judiciaire. À ce titre, la traditionnelle clause de direction du procès stipulée à son profit lui confère de larges prérogatives dans cette gestion<sup>235</sup>. Cette direction du procès est cependant sacrifiée sur l'autel du système de gestion concertée, prévu par une autre clause. Le pouvoir décisionnel – la direction du procès en définitive – quant à la garantie et à la stratégie de défense voire d'indemnisation des sinistres est restitué au sein de certains comités. Seules les parties au contrat d'assurance entrent dans la composition de ces comités, avec, dans les *quorums*, une très forte prédominance des membres de la profession. On assiste ainsi à une sorte de confiscation factuelle d'une partie du rôle de l'assuré dans la gestion et le déclenchement de la garantie auxquels il devrait être étroitement associé selon les textes. Cela génère une « *direction occulte du procès* »<sup>236</sup>. En effet, au stade de la déclaration du sinistre, l'assuré doit transmettre à son instance professionnelle et son assureur, sous un court délai, la réclamation amiable ou l'assignation qui lui est délivrée. Ensuite, il doit déclarer loyalement les faits et les circonstances du sinistre. Enfin, il doit émettre son propre avis sur sa responsabilité et communiquer les pièces liées au sinistre. Contractuellement, statutairement ou par la force des faits, une partie des comités s'emparent du pouvoir de décision des suites à donner aux réclamations<sup>237</sup>.

<sup>229</sup> F. CHASLE, « La mise en jeu de la responsabilité. L'étude des dossiers par le comité technique régional », in *L'obligation de conseil et la responsabilité civile du notaire : actualités et perspectives*, Séminaire du 23 juin 2011 *Les notaires à l'Université* (dir. C. Coulon, F. Chasle), *RJO* 2011, n° 4, p. 475 et s., spéc. p. 478.

<sup>230</sup> N. BRERO, *th. préc.*, p. 345 et s. – J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n° 276-1.

<sup>231</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 356.

<sup>232</sup> M. LEHOT, *th. préc.*, n° 505.

<sup>233</sup> Ph. PIERRE, *op. cit.*, *Revue Judiciaire de l'Ouest*, 1985-1, p. 4 et s ; *th. préc.*, p. 239.

<sup>234</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, th. Economica, 2002, n° 181 et s.

<sup>235</sup> J. BEAUCHARD, « L'assureur dans le procès civil », in Actes du colloque *L'assureur et le procès*, Université du Maine, *RGDA* 2010, n° 2, p. 542. *Adde* B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, *op. cit.*, n° 735 et s. – L. BLOCH, « Clause de direction de procès dans une police d'assurance de responsabilité civile », *RCA* 2012, n° 4, Formule 4, p. 35-36. – C. FREYRIA, « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », *D.* 1954, Doctrine I, 1196, p. 34 et s.

<sup>236</sup> J. BEAUCHARD, « L'assureur dans le procès civil », in Actes du colloque *L'assureur et le procès*, Université du Maine, *RGDA* 2010, n° 2, p. 547.

<sup>237</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1134.

La Cour de cassation a été confrontée pour la première fois à cette organisation<sup>238</sup>. Elle a dû se prononcer sur l'application du contrat d'assurance de non-représentation des fonds par les avocats souscrit par le barreau de Paris, lequel stipule non seulement que « l'Ordre arrête en accord avec l'assureur, la suite à donner à la réclamation », mais encore qu'« un Comité de conciliation [est] chargé notamment de “décider de l'opportunité d'une transaction ou de l'engagement d'un procès” »<sup>239</sup>. Il s'agit d'un filtrage de la réclamation. Par un arrêt du 11 janvier 2017, la Haute juridiction a jugé que la clause de gestion concertée a manifestement alourdi les conditions légales en faisant intervenir l'ordre aux côtés de l'assureur, ainsi que par la saisine d'un comité de conciliation associant l'ordre des avocats souscripteur et l'assureur pour déterminer la suite à donner à la réclamation<sup>240</sup>. Il avait déjà été décidé, en matière d'assurance obligatoire, qu'aucune clause du contrat ne peut altérer d'une quelconque manière le contenu ou la portée des clauses impératives résultant de la loi<sup>241</sup>. La Haute juridiction a ajouté sur le ton d'un principe qu'une clause ne peut pas ajouter aux conditions légales ou réglementaires impératives des exigences plus sévères qui auraient pour effet de réduire les droits ou d'aggraver les obligations des parties au contrat souscrit ou de ses bénéficiaires. Le cas échéant, elle est sans effet, dit autrement elle est réputée non écrite. Une telle procédure contractuelle peut, au mieux, avoir une vocation incitative. Elle ne peut constituer un préalable à la mise en œuvre de la garantie, déterminée par les seules dispositions impératives des textes en vigueur. Transposé aux assurances de responsabilité des professions juridiques, le jeu de ce type de clause ne doit pas retarder l'action directe du tiers lésé contre l'assureur du responsable du dommage<sup>242</sup>.

Certains milieux professionnels jouent de longue date avec les frontières du droit. Qu'on se souvienne autrefois de polices dites d'honneur, signées par des assureurs maritimes pour des valeurs légalement non assurables<sup>243</sup>. S'agissant de la réception de la pratique dans le droit positif, il n'est pas toujours évident de déterminer si l'on est en face d'un usage, à valeur obligatoire, ou d'une simple pratique, dépourvue d'une telle valeur<sup>244</sup>. L'instance professionnelle établit parfois certaines règles ou usages, par exemple l'article 12 du règlement intérieur du barreau de Paris imposant à chacun de ses membres de soumettre au visa du bâtonnier certaines réclamations, pour discipliner l'assurance y relative<sup>245</sup>. Une force normative supérieure est conférée aux usages de la profession établis par l'instance représentative qui sont mentionnés

<sup>238</sup> R. BIGOT, « Les principes de l'assurance obligatoire de professions du droit chahutés par une pratique séculaire. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2017 », *RGDA* 2017, n° 7, p. 395 et s.

<sup>239</sup> CA Versailles, 1<sup>re</sup> chambre, 1<sup>re</sup> section, 2 juill. 2015, *RG* n° 13/01327, p. 6 al. 1 et 2.

<sup>240</sup> R. BIGOT, *op. cit.*, *RGDA* 2017, n° 7, p. 395 et s.

<sup>241</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1998, n° 96-18.608, inédit.

<sup>242</sup> J. KULLMANN, « Assurance obligatoire : aucune clause ne peut modifier les conditions légales de sa mise en œuvre », *RGDA* 2017, n° 4, p. 249 ; *Lamy Assurances* 2017, n° 1586.

<sup>243</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 168.

<sup>244</sup> B. BEIGNIER, C. BLÉRY, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2016, n° 133.

<sup>245</sup> J. DE SALVE DE BUNETON, « Les principes constitutionnels et la responsabilité civile », in *Mélanges J. Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, pp. 407-427, p. 419.

au règlement approuvé par le ministre de la Justice<sup>246</sup>. Mais seules la loi et la jurisprudence peuvent consacrer un nouveau mécanisme créé par la pratique. À l'inverse, en écartant la clause, la Cour de cassation dénie indirectement la qualification de coutume à cette longue pratique ou face cachée du système<sup>247</sup> qui vivait dans l'obscurité<sup>248</sup>, ainsi reléguée dans la catégorie de faux-semblant coutumier<sup>249</sup>. Le risque est donc, en présence d'acteurs influents identifiés comme des pôles officieux émetteurs de droit<sup>250</sup>, que « *la pratique demeure, malgré son refus d'application judiciaire* »<sup>251</sup>. En dernier recours, l'Autorité de contrôle prudentiel est susceptible d'exercer son contrôle de conformité des contrats d'assurance aux dispositions légales<sup>252</sup>.

En définitive, une absence d'organisation conduit fréquemment à une politique de résistance judiciaire par l'assurance, longue et coûteuse. Certes, l'organisation officieuse permet dans de nombreuses situations une indemnisation plus rapide des victimes. Néanmoins, d'importants progrès sont encore réalisables au regard de modèles d'indemnisation plus rapides et plus soucieux du respect des droits des victimes. Il suffit de prendre l'exemple assez réussi – certes à parfaire – des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) en matière médicale, pensé comme un modèle intermédiaire entre la justice étatique et la justice privée. C'est la voie d'amélioration qui pourrait être suggérée. Concrètement, il s'agirait de faire évoluer les comités existants de défense professionnelle en commissions d'indemnisation, mais en les dotant d'un statut juridictionnel pour couper court aux reproches émis à l'encontre du modèle des CRCI. Ce dépassement du système de défense professionnelle existant, légitime dans sa fonction unilatérale, permettrait encore de pallier les

<sup>246</sup> P. PAILLER, « Notaire. Seuls les usages de la profession établis par la chambre des notaires qui sont mentionnés au règlement approuvé par le ministre de la Justice ont force obligatoire », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 sept. 2012, n° 11-16.402, *Bull. civ. I*, n° 175, *Droit & patrimoine*, l'hebdo, n° 890, 1<sup>er</sup> oct. 2012, p. 1.

<sup>247</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éd., 2013, n° 301.

<sup>248</sup> S. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 349.

<sup>249</sup> P. DEUMIER, « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation » (à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2006, n° 06-12.831, *Bull. civ. I*, n° 142), *RTDCiv.* 2007, p. 499.

<sup>250</sup> Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTDCiv.* 1996, p. 299 et s. ; *Les sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2<sup>e</sup> éd., 2015. – Comp. R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1109. – R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éd., 2013, n° 292 et s.

<sup>251</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 432 ; « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *RTDCiv.* 2016, n° 3, p. 571 et s.

<sup>252</sup> Cf. l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier et, par exemple : ACPR, Commission des sanctions, déc. 7 févr. 2017, *Assurances du crédit mutuel Nord Vie (ACMN VIE)*, Procédure n° 2016-02, blâme et sanction pécuniaire de 3 millions d'euros à raison de la fusion de plusieurs fonds supports de contrats d'assurance sur la vie en méconnaissance des obligations applicables à une telle opération résultant du cinquième alinéa de l'article L. 112-3 du Code des assurances.

contraintes, pesant sur les victimes, liées au déséquilibre des forces en présence<sup>253</sup> et au manque de transparence<sup>254</sup>, le tout encouragé par la jurisprudence<sup>255</sup>. Encore faut-il que le débit de la réparation ne soit pas minoré par ailleurs.

## 2) Le débit de la réparation minoré par la transaction et la perte de chance

La vie de la réparation n'est pas un long fleuve tranquille. Son débit peut être réduit sous l'effet, parfois conjugué, de filtres juridiques, que sont la perte de chance (a) et de la transaction (b).

### a) Le débit de la réparation minoré par la perte de chance

D'aucuns considèrent qu'au sein de la panoplie étendue des devoirs des professionnels, « *l'obligation, dite d'information et de conseil, apparaît comme une des illustrations les plus frappantes* », au point qu'elle seule puisse retenir l'attention<sup>256</sup>. Or le manquement à cette obligation et parfois au devoir d'anticipation<sup>257</sup> constitue le préjudice de perte de chance, dont la responsabilité des professions juridiques est le

<sup>253</sup> P. OUDOT, « Récapitulatifs sur la responsabilité civile des principaux acteurs du procès », in *Liber amicorum en l'honneur de R. Martin*, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 25 et s., spéc. p. 39. – L. CADIET, « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.* 2017, n° 10, Chron., p. 522 et s. – S. CABRILLAC, « Les cordonniers sont les plus mal chaussés... mais pas les juristes », *Deffrénois*, 30 avr. 2017, n° 8, p. 485 : « *Schématisons-la : une petite minorité de la population (car elle a accès à l'information, soit par sa profession, soit par la possibilité de s'offrir les services de praticiens efficaces) minore, parfois considérablement, mais toujours légalement, sa contribution aux besoins de la Nation. Même ainsi présenté, ce constat n'émeut pas car nous sommes entraînés à le servir : par compétence professionnelle (pour répondre le mieux possible aux attentes des clients), par plaisir intellectuel (pour chercher et découvrir le meilleur montage) et même peut-être presque pour retrouver les joies de l'enfance en orchestrant un jeu du chat et de la souris avec l'administration fiscale. Pourtant, il s'agit tout bonnement de rompre l'égalité du citoyen devant l'impôt, de réduire sa contribution pour une situation économique identique, dit plus crûment de porter un coup de canif dans le pacte républicain* ».

<sup>254</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 294.

<sup>255</sup> L'évolution récente de la jurisprudence conduit à ce que des clients insatisfaits d'un praticien indubitablement fautif ont de grands risques d'échouer dans leurs poursuites, cf. Ph. PIERRE, « L'incidence du comportement du risqué sur la responsabilité des professionnels du droit. Questions d'actualité », *RLDC* déc. 2014, suppl. au n° 21, 5668, p. 13 et s., spéc. p. 16. – Adde Ph. BRUN, « De quelques développements récents de la jurisprudence relative à la responsabilité des professionnels du droit pour manquement à leur obligation de conseil », *RLDC* déc. 2014, suppl. au n° 21, 5669, p. 13 et s.

<sup>256</sup> G. PIGNARRE, *op. cit.*, in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 89 et s., spéc. p. 91.

<sup>257</sup> H. SLIM, « Les professionnels du droit et le devoir d'anticipation », *RLDC* n° 157, mars 2018, n° 6421, p. 34 et s. – R. BIGOT, « L'avocat confronté aux évolutions jurisprudentielles de la prescription biennale du Code des assurances », *Bulletin Juridique des Assurances – BJDA* n° 56, 2018, p. 37 et s. – S. PELLET, « Le professionnel du droit face à l'évolution de la jurisprudence ou l'art d'être devin... mais pas trop ! », *RDC* 2017, n° 1, p. 48.

terrain privilégié d'invocation<sup>258</sup> et d'admission<sup>259</sup>. En outre, si la plupart des droits admettent la réparation de la perte de chance, ce sont les droits français, belge, espagnol, anglais et luxembourgeois « *qui font une large place à la perte de chance* »<sup>260</sup>. Elle est, parfois, franchement écartée ou fortement problématique, comme en Allemagne, en Pologne, au Québec, en Roumanie ou en Suisse<sup>261</sup>. En outre, des auteurs ont relevé que « *le choix des professions influence considérablement le panorama des obligations, et de la responsabilité subséquente* »<sup>262</sup>. Cette assertion est vérifiée quantitativement en matière de perte de chance. L'échantillonnage représentatif des risques a permis de constater que « *la proportion des dossiers jugés en tenant compte d'une perte de chance est variable d'une profession à une autre. Ces statistiques ne tiennent pas compte de tous les sinistres transigés sur le fondement de ce préjudice, lesquels sont plus délicats à interpréter en la matière. Alors que les avocats apparaissent logiquement au premier rang de cette situation avec 52 % de dossiers jugés sur la base d'une perte de chance, les résultats relatifs aux notaires sont assez surprenants puisque finalement seulement 3 % des dossiers seraient jugés sur la base d'une perte de chance. L'explication tient sans doute à la spécificité du devoir d'efficacité pesant davantage sur la profession en matière de rédaction d'actes, permettant une meilleure dissociation d'avec l'acceptation extensive de la notion de devoir de conseil*<sup>263</sup> *et de la perte de chance qui y est accolée. Le devoir d'effica-*

<sup>258</sup> G. DURAND-PASQUIER, « Les préjudices réparables. Rapport français », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 151 et s., spéc. p. 152 et p. 155 : « *C'est précisément en cas de manquement à une obligation de conseil ou d'information du professionnel que la notion de perte de chance est le plus souvent invoquée et retenue, faute précisément de certitude sur l'attitude qu'aurait adoptée la victime si elle avait été informée* ».

<sup>259</sup> P. JOURDAIN, « Les préjudices réparables. Rapport de synthèse », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 141 et s., spéc. n° 11. – O. SABARD, « La perte de chance », *RLDC* n° 157, mars 2018, n° 6423, p. 44 et s.

<sup>260</sup> H. SLIM, « Rapport général. La responsabilité des professionnels du droit », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s., spéc. p. 629. – P. JOURDAIN, *op. cit.*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, n° 12.

<sup>261</sup> H. SLIM, *ibid.* – A. BÉNABENT, « La responsabilité des professionnels du droit en France », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 761 et s.

<sup>262</sup> É. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Le devoir de conseil et les autres obligations. Rapport de synthèse », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 75 et s., spéc. n° 4.

<sup>263</sup> C. BIGUENET-MAUREL, *Le devoir de conseil des notaires*, préface J. de Poulpiquet, th. Defrénois, 2006, n° 462 et s. : « *Pour les avoués, les avocats et les agents immobiliers, la Cour de cassation semble donc considérer que les formalités nécessaires à la préservation des droits des clients constituent des obligations dont le manquement est sanctionné au titre d'un manquement au devoir de conseil. Alors qu'elles ont généralement un objectif plus large que la simple préservation des droits du client, alors qu'elles ont pour objet de garantir des droits et non de conseiller des personnes, alors qu'elles impliquent une action positive et objective (vérification, inscription) et non une simple explication plus subjective, alors parfois même qu'elles constituent une obligation autonome qui s'impose au professionnel par un texte spécial (obligation de publier posée par l'article 32 du Décret du 4 janvier 1955 par exemple), ces formalités sont donc, dans la majorité des hypothèses, assimilées à des obligations de conseil. Cette acception extensive de la notion de devoir de conseil n'est donc pas appliquée uniquement aux notaires : mais la rédaction de l'acte étant, et de loin, sa mission principale, il est évident qu'il est le plus concerné* ».

*citée*<sup>264</sup>, lorsqu'il n'est pas rempli à raison du non-respect d'une obligation autonome du professionnel notamment, génère des conséquences préjudiciables qui sont souvent jugées pleines et entières. Dans la majorité des hypothèses, l'avocat (par extension l'avoué ou l'avocat aux Conseils) ne peut être jugé que sur la base d'une perte d'une chance, parce que d'un tiers, en l'espèce le juge, dépend le résultat final effectivement éprouvé »<sup>265</sup>.

La perte de chance est le préjudice le plus instrumentalisé par l'assurance, au point que la stratégie de défense professionnelle soit consolidée quant à cette notion, laquelle participe incidemment ainsi à sa propre dérive. Profitant du fait qu'il s'agit d'« un des préjudices les plus délicats à indemniser »<sup>266</sup>, que l'évaluation de la chance perdue repose sur la logique probabiliste<sup>267</sup> et que son mode de calcul varie<sup>268</sup>, l'assureur joue avec la notion et se joue des victimes des professions juridiques. En pratique, celles-ci sont confrontées à des variations extrêmes des évaluations de la perte de chance, passant par des pertes de chance inexistantes, symboliques, partielles voire presque totales<sup>269</sup>. Là où le bât blesse, c'est l'hyper-subjectivité dans l'analyse de la perte de chance au sein d'un même dossier, d'une instance à une autre. Des exemples concrets ont été relevés où l'évaluation de la perte de chance a varié de 70 % à 45 %, du simple au double, dans un rapport de 1 à 10, et même dans un rapport de 1 à 50<sup>270</sup>. L'hyper-subjectivité dans l'analyse de ce préjudice se trouve même accrue dans l'indemnisation extrajudiciaire, à la fois en jouant le support et en étant la conséquence du marchandage dans les négociations amiables.

<sup>264</sup> É. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Le devoir de conseil et les autres obligations. Rapport de synthèse », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 75 et s., spéc. n° 15 : « La jurisprudence française constante considère que les notaires, doivent garantir non seulement l'authenticité elle-même, mais également l'efficacité juridique des actes qu'ils rédigent, y compris lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé. Cette obligation d'assurer l'efficacité de l'acte s'impose aussi en France aux avocats et aux agents immobiliers ». – J.-L. AUBERT, *La responsabilité des notaires*, 5<sup>e</sup> éd. par R. Crône, Defrénois, 2008, n° 75 et s. – F. GARCIA, « La responsabilité civile des rédacteurs d'actes. Éléments de recherche de régime juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 641 et s., spéc. n° 20 et s. – C. GRIMALDI, « La prise en considération des concepts du nouveau droit des contrats par le rédacteur d'actes en vue d'en assurer l'efficacité », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 505 et s.

<sup>265</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 620 et annexe 93, p. 603 : chez les administrateurs et mandataires judiciaires, 25 % des dossiers sont jugés sur la base d'une perte de chance. – Comp. avec les statistiques générales : J.-S. BORGHETTI, « La faible chance revient en force », *RDC* 2017, n° 1, p. 27 et s.

<sup>266</sup> X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, avant-propos J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, préface P. Jourdain, th. LGDJ, 2004, n° 189.

<sup>267</sup> A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, dir. J. Carbonnier, th. LGDJ, 1973, n° 169 et s., spéc. n° 234, 252 et 253.

<sup>268</sup> X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, avant-propos J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, préface P. Jourdain, th. LGDJ, 2004, n° 90.

<sup>269</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 632.

<sup>270</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 637 et s.

Du côté des projets de réforme, sans définir la notion pour ne pas prendre le risque de trop la restreindre, l'article 1346 du projet *Catala*, ensuite repris à l'identique dans une proposition sénatoriale<sup>271</sup>, envisageait que « *la perte de chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »<sup>272</sup>. La volonté d'éviter les dérives jurisprudentielles abordées<sup>273</sup> a conduit le projet *Terré* à proposer, dans un article 9 : « *L'interruption d'un processus à l'issue incertaine ne peut constituer un dommage que s'il existait des chances réelles et sérieuses qu'il aboutisse à un résultat favorable* ». Alors que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'a pas traité la question, le premier projet de nouvel article 1238 du Code civil, en amont de la consultation lancée, se contentait d'énoncer, dans la lignée du projet *Catala*, que « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »<sup>274</sup>. Le dernier projet de réforme présenté le 13 mars 2017 a opéré une légère modification au second alinéa du nouvel article 1238, disposant que : « *Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »<sup>275</sup>. Sa distinction avec l'avantage espéré est effacée mais sa mesure à la chance perdue est réintroduite, sans davantage de méthode quant à l'évaluation de cette mesure. Un pas supplémentaire dans la prise en compte des probabilités a seulement été marqué pour la prise en compte de la causalité (art. 1240, al. 2 du projet)<sup>276</sup>.

Dès lors, il paraît souhaitable de faire connaître une évolution à l'évaluation de la perte de chance, laquelle semble sommairement envisagée dans les différents projets de réforme. À ce titre, l'on propose une rationalisation de l'évaluation de la perte de chance par l'instauration d'un référentiel des éventualités ou d'une nomenclature des chances, en vue d'une démarche simplificatrice de l'office du juge ou de la commission d'indemnisation. L'on conçoit ensuite que l'effort d'objectivation soit réalisé sur la base d'un examen effectué par une commission d'indemnisation spécialisée et indépendante dont on souhaite voir le jour.

<sup>271</sup> TA Sénat 2009-2010, n° 09-657, art. 1384, al. 3.

<sup>272</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005, sous l'égide du professeur Catala, p. 153 et s.

<sup>273</sup> C. GRARE-DIDIER, « Du dommage », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, p. 131 et s., spéc. p. 136.

<sup>274</sup> Direction des affaires civiles et du Sceau, *Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile*, 29 avr. 2016.

<sup>275</sup> J.-J. URVOAS, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017.

<sup>276</sup> J.-S. BORGHETTI, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, n° 14, p. 770 et s., n° 11.

### b) Le débit de la réparation minoré par la transaction

Le contrat de transaction<sup>277</sup> présente une compatibilité intrinsèque discutable avec le principe de la réparation intégrale<sup>278</sup> cher au droit de la responsabilité civile<sup>279</sup>. Il est source, à tout le moins, de nombreux dangers du côté de la victime<sup>280</sup>. Celle-ci « *aborde souvent la négociation en position de faiblesse. Face à un assureur qui connaît généralement les règles de droit applicables et qui dispose d'une documentation importante, elle se sent en effet isolée et mal armée, au moins si elle n'est pas elle-même assistée d'un conseil. De plus, lorsque le dommage est important, le besoin qu'elle a le plus souvent de l'indemnité la rend d'autant moins combative qu'elle constate que l'assureur a, quant à lui, tout son temps. En outre, le danger le plus grave que court la victime, même si elle n'en est pas toujours consciente, c'est d'accepter une indemnisation qui lui paraît correcte sur le moment, mais qui se révélera par la suite insuffisante en comparaison de l'ampleur du dommage réel. En effet, le propre de la transaction est de fermer la voie de l'action judiciaire, ce qui empêche de rectifier une évaluation erronée et cet effet peut être encore renforcé par la clause dite « de forfait » qui comporte renonciation explicite à toute demande ultérieure de réparation, non seulement pour le dommage déjà apparu au moment de la signature, mais aussi pour toutes les aggravations et manifestations nouvelles du fait dommageable initial* »<sup>281</sup>.

Ces risques n'ont en rien réfréné la vitalité de la transaction. Encouragée par le législateur dans de nombreuses procédures réglementées d'indemnisation assorties d'une obligation de présenter une offre d'indemnité<sup>282</sup>, la transaction est ainsi devenue « *la pièce maîtresse de réalisation du règlement amiable* »<sup>283</sup>. Mais l'enthousiasme qu'elle connaît « *ne saurait toutefois lui conférer d'emblée une légitimité absolue* »<sup>284</sup>. Elle a ainsi bénéficié d'un sauvetage jurisprudentiel en faveur des assureurs automobiles<sup>285</sup>,

<sup>277</sup> T. CLAY, V<sup>o</sup> « Transaction », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2004, p. 1305 et s. – Comp. la transaction en droit allemand et en droit anglais, F. FERRAND, « La transaction, regard comparatif », in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURRISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 187 et s., spéc. p. 205.

<sup>278</sup> M. HARAVON, « La fin de la justice civile ? Réflexions sur l'éviction du juge », *D.* 2011, n<sup>o</sup> 35, Chron., p. 2427 et s., spéc. p. 2431.

<sup>279</sup> J. WILLEMS DE LADDERSOUS, *Essai sur la responsabilité civile. Articles 1382-1386 du Code civil*, A. Fontemoing éd., C. Peeters Imprimeur-éditeur, 1896, p. 18. – M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges J. Héron, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p. 23 et s.

<sup>280</sup> L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préface Y. Lequette, th. LGDJ, 2005, n<sup>o</sup> 732.

<sup>281</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité. Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2017, n<sup>o</sup> 444.

<sup>282</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in *Études offertes à H. Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 437 et s. – G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 449 et s.

<sup>283</sup> A. LE GALLOU, *Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé*, dir. B. Le Mintier, th. Université de Rennes I, 1998, n<sup>o</sup> 117. – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n<sup>o</sup> 1099.

<sup>284</sup> Ph. PIERRE, *th. préc.*, p. 203. – J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 341. – L. POULET, *th. préc.*, 2005, n<sup>o</sup> 560. – A. LE GALLOU, *th. préc.*, n<sup>o</sup> 414. Comp. P. Coulombel, « Force et but dans le droit selon la pensée de Ihering », *RTDCiv.* 1959, spéc. p. 618.

<sup>285</sup> M.-C. RIVIER, « L'efficacité de la solution contractuelle », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 219 et s., spéc. p. 229. – Ph. PIERRE, *Les concessions dans l'indemnisation amiable des dommages corporels : majors pars ou part du pauvre ?*, PUAM, coll. « de l'Institut de droit des affaires », 2007, p. 149 et s., spéc. p. 152.

la Cour de cassation admettant qu'elles ne puissent être remises en cause en l'absence de concessions réciproques<sup>286</sup>. Mis à part ce régime dérogatoire controversé<sup>287</sup>, cette condition demeure le gage de sa légitimité<sup>288</sup>. La source initiale et jurisprudentielle de l'exigence de concessions réciproques<sup>289</sup> ou d'« *engagements réciproques interdépendants* »<sup>290</sup> est devenue légale. En effet, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, cherchant à favoriser les modes alternatifs de règlement des différends, a abrogé les articles 2047 et 2053 à 2058 du Code civil et modifié son article 2044 qui dispose à présent que « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Le nouvel article 2052 prévoit désormais que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Ces changements n'ont guère modifié le régime de la transaction. Seules des concessions dérisoires permettent d'annuler une transaction<sup>291</sup>. La nullité du contrat, prévue au nouvel article 1169 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, pourra sans doute être soulevée par la victime ayant accepté une indemnité très faible dès lors qu'« *au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »<sup>292</sup>. Mais globalement, la victime créancière d'indemnité ne dispose toujours pas d'une véritable protection dans les dispositions du Code civil consacrées à la transaction<sup>293</sup>.

Dans l'environnement assurantiel des professions juridiques, les victimes sont également susceptibles de subir une limitation de leur indemnisation par cette voie extrajudiciaire. Certes, on rencontre une difficulté « *à peu près insurmontable* »<sup>294</sup> pour accéder puis évaluer quantitativement les transactions, et plus encore quali-

<sup>286</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 nov. 2006, n° 05-18.631, *Bull. civ.* II, n° 320 ; *RCA* 2006, comm. 372, note H. GROUDEL.

<sup>287</sup> Ph. PIERRE, *op. cit.*, PUAM, coll. « de l'Institut de droit des affaires », 2007, p. 151. Adde C. BOILLLOT, « L'insaisissable convention d'indemnisation amiable prévue par la loi relative aux accidents de la circulation », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 2010, n° 08-19.627, *Bull. civ.* I, n° 13, *RLDC* n° 72, juin 2010, n° 3843, p. 16 et s., n° 18.

<sup>288</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 1912, n° 2285. – H. KENFACK, « Transaction et autres risques de confusion (partage, résiliation amiable, désistement d'instance, remise de dette, reçu pour solde de tout compte...) », in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURRISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 25 et s., spéc. p. 31 et s. – P. LARRIEU, « Les concessions dans la transaction », *RLDC* n° 39, juin 2007, n° 2586, p. 59 et s.

<sup>289</sup> C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, Chron., p. 267, spéc. n° 35. – L. POULET, *th. préc.*, n° 387 et s.

<sup>290</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Au-delà de la nullité, la transaction », note sous Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. Ass. plén.*, n° 1, *RLDC* n° 27, mai 2006, n° 2031, p. 5 et s. – J. MESTRE, « La force de la transaction », *RLDC* n° 25, mars 2006, Éditorial, p. 3.

<sup>291</sup> F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010/2011, n° 133.04.

<sup>292</sup> C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Droit des contrats*, Ellipses, 2017, pp. 104-105.

<sup>293</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit.*, n° 460 et 463, *in fine*.

<sup>294</sup> Ph. THÉRY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès*, LGDJ, Lextenso éd., 2010, p. 146 et s., spéc. p. 153.

tativement<sup>295</sup>. Mais, de manière chiffrée, l'échantillonnage réalisé, représentatif des risques, met clairement en relief, en arrière-plan de la réciprocité théorique des concessions, une unilatéralité quantifiée, à raison cette fois d'une instrumentalisation de cette convention et de son régime par les acteurs de l'assurance<sup>296</sup>. Au terme d'un déséquilibre à la fois quantitatif et qualitatif, non seulement l'assureur ne réalise qu'occasionnellement des concessions alors que les victimes en effectuent systématiquement, mais encore, lorsque l'assureur s'adonne à pareilles concessions, elles correspondent bien souvent à des obligations qui auraient toutes les chances d'être reconnues si le juge avait à connaître du litige. En effet, dans chacun des sinistres transigés de l'échantillonnage, des concessions ont été recensées de la part des victimes. *A contrario*, l'assureur n'en réaliserait tout au plus que dans 1/5<sup>e</sup> des cas dans le schéma amiable avec des indemnités extrajudiciaires et dans 1/3 des cas dans le schéma judiciaire avec indemnités extrajudiciaires. En outre, par suite de la comparaison directe du montant des indemnisations réalisées par les décisions de justice et celui des transactions, on peut conclure au même constat de décalage, parfois important, observé par ailleurs<sup>297</sup>. Étonnamment, l'écart est défavorable aux victimes dans la plupart des cas. Dernièrement, un auteur dénonce une autre pratique dans l'assurance des avocats au terme de laquelle « *lorsqu'on aura convenu d'une transaction, la victime aura la surprise de ne pas recevoir la totalité de son montant. L'indemnité étant amputée de la franchise due par l'avocat, le créancier devra encore attendre le bon vouloir de celui-ci, même s'il est impécunieux, négligent ou rétif. Pourtant, la franchise est clairement et légalement inopposable à la victime* »<sup>298</sup>. Le vieil adage affirmant « *mauvais arrangement mieux vaut que bon procès* » n'aurait plus toute sa verdeur<sup>299</sup>.

Cette situation renforce le souhait exprimé de substituer un régime de décision à celui de la transaction, laquelle fait l'objet d'un forçage des plus habituels en pratique. Le plus souvent, on est confronté à de « *fausses* » transactions en présence d'une dette certaine de responsabilité<sup>300</sup>. À ce titre, une majorité de transactions seraient fictives

<sup>295</sup> L. CADDIET, « Propos introductif : "faire lien" », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 169 et s., spéc. p. 180.

<sup>296</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, p. 539 et s.

<sup>297</sup> Ph. BRUN, « Rapport introductif. Le parti pris législatif et la politique jurisprudentielle », in Ph. BRUN et P. JOURDAIN (dir.), *Loi Badinter : le bilan de 20 ans d'application*, Bibliothèque de l'Institut de recherche fédérée de la Sorbonne – André Tunc, t. 10, 2006, p. 11 et s., spéc. p. 14 ; *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2009, n° 518. – S. PORCHY-SIMON, « Transaction et droit de l'indemnisation », in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURRISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 111 et s., spéc. n° 9. – N. BRERO, *th. préc.*, p. 68 et s.

<sup>298</sup> Y. AVRIL, « L'assurance de responsabilité obligatoire pour l'avocat », *Dalloz avocats* 2017, p. 180.

<sup>299</sup> H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, n° 218, p. 431 et s.

<sup>300</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 683 : « *Au-delà du manque de rationalité observé dans les négociations transactionnelles, notamment au regard du principe de la réparation intégrale, il est régulièrement remarqué une absence de concession de la part de l'assureur. Lorsqu'une concession est éventuellement formalisée dans la transaction comme telle, cela ne signifie pas pour autant qu'elle en constitue un réellement. Par exemple, dans le schéma d'indemnisation extrajudiciaire par suite d'une réclamation amiable, près de la moitié des concessions faites par l'assureur (16 sur 35 dossiers), correspond à la prise en charge de l'indemnisation du principal (dommages et intérêts). Certes, lorsqu'il transige et qu'il accepte de payer plus rapidement ce qu'il sait devoir payer au terme d'une procédure judiciaire, l'assureur paie la dette de responsabilité de son assuré. Mais est-ce fondamentalement une concession de sa part ? Cela ne semble pas être le cas. Il resterait alors l'éventuel*

en l'absence de concessions de l'assureur<sup>301</sup>. En outre, le facteur du temps gagné est très relatif<sup>302</sup>. Le rapport de pouvoir et de puissance de négociation génère ainsi une contrariété du droit à indemnisation et d'un régime réglementé de la transaction. Il incite à préconiser, outre la substitution d'un régime décisionnel, d'écarter l'option d'un régime réglementé de la transaction. Un tel régime porte des effets substantiels et processuels dangereux pour la victime et fait montre de carences pour le respect du droit à indemnisation. Ces carences persistent en cas de requalification en simple convention relative à l'indemnisation.

En définitive, la préférence pour le régime de la décision sur l'indemnisation par une commission indépendante trouve son fondement le plus légitime dans la protection de la partie faible ou la mise à l'écart d'un rapport de puissance. Elle vise enfin, de manière peut-être idéale, à améliorer l'indemnisation par la recherche récursive de la réparation intégrale, et restaurer « *l'image de marque détestable dans le public* »<sup>303</sup>. Une première voie de réforme du système en place pour les professions juridiques pourrait être la création de commissions d'indemnisation indépendantes et présidées par un magistrat, qui devraient être animées, non pas du seul désir de défense des intérêts professionnels mais aussi d'indemnisation des victimes, dont les décisions devraient remplacer les transactions et évaluer les pertes de chance. Par ailleurs, il ne faut donc pas que le contrôle de l'indemnisation par l'assurance conduise à une responsabilité hors de contrôle. Ces remèdes sont insuffisants s'ils ne tiennent pas compte d'un autre phénomène, l'étouffement des fonctions complémentaires de la responsabilité par l'assurance et le risque corrélatif de déresponsabilisation.

---

*temps gagné et l'exclusion du risque du procès. Mais les études de cas révèlent qu'en l'absence de mécanisme réglementé d'indemnisation, l'assureur aboutit souvent à la transaction au terme de plusieurs années de négociations ».*

<sup>301</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 684 : « *Il s'agit en réalité d'une mise en œuvre extrajudiciaire des règles de la responsabilité civile. Une dette de réparation naît et s'inscrit au passif de l'assuré et, par substitution opérée par le contrat d'assurance, au passif de l'assureur. Elle est ensuite payée par ce dernier débiteur, pour des motivations qui lui sont propres. Dès lors, de la même manière que la plupart des dettes contractuelles sont spontanément payées, l'on peut penser qu'un nombre appréciable de dettes extracontractuelles le sont aussi, a fortiori quand un assureur intervient. Afin de bénéficier du régime sécuritaire de l'article 2052 du Code civil, un forçage – devenu ordinaire dans la pratique – certain du contrat de transaction est opéré par les assureurs, au mépris de sa condition essentielle. Les avantages, tous les avantages, rien que les avantages de la transaction... et la victime doublement victime... ».* – Adde ex aliis S. DOIREAU, « Pas de transaction sans concession », *RLDC* n° 45, janv. 2008, n° 2809, p. 15. – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 1103.

<sup>302</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 687 : « *de nombreux dossiers affichent des offres d'indemnisation déséquilibrées voire très faibles, si ce n'est "ridicules", au regard du préjudice évalué concrètement. En outre, les transactions ne sont parfois conclues qu'au terme de plusieurs années et certaines victimes engagent des frais d'expertise ou d'avocats durant cette longue phase de "négociation". L'on peut alors se demander pourquoi les tiers lésés n'incluent pas ces frais, au moins en partie, dans la transaction. Ce n'est, en fait, pas toujours si aisé pour certaines victimes de négocier dans le rapport de force. Surtout, ce devrait être une incitation à aller plus vite pour l'assureur. Mais ce dernier obtient souvent des concessions élevées de la part des victimes qui le confortent dans sa stratégie ».*

<sup>303</sup> Y. AVRIL, « L'assurance de responsabilité obligatoire pour l'avocat », *Dalloz avocats* 2017, p. 180.

## II. Les fonctions additionnelles de la responsabilité des professions juridiques étouffées par l'assurance

Est en cause l'existence d'un certain nombre de comportements au sein des professions juridiques traduisant une « *déresponsabilisation* » des assurés qui menaceraient non seulement l'effectivité des règles de la responsabilité, mais aussi la mutualisation réalisée par l'assurance collective, au détriment de l'indemnisation. Une surprotection souvent inégalitaire des assurés est réalisée par le système assurantiel de défense professionnelle. Il convient donc de réfléchir à l'amélioration dudit système – avant de penser à sa suppression et à l'éventuel changement de paradigme – pour qu'il fournisse plus d'objectivité à la fois dans l'indemnisation et dans la responsabilisation juridique, par une réactivation des leviers juridiques à disposition. Les leviers assurantiers classiques non utilisés conduisent à la dénaturation du système et au dévoiement de son but. Le professionnel ne doit pas être protégé coûte que coûte. L'instauration des obligations d'assurance de responsabilité et de l'action directe vise à maintenir la responsabilité juridique de l'auteur du préjudice tout en facilitant et garantissant l'indemnisation des victimes. Le terme de responsabilisation est ici employé dans cette conception. Il s'agit donc d'améliorer l'indemnisation tout en libérant les règles et les fonctions de la responsabilité civile professionnelle. On ne peut néanmoins, dans cette démarche, échapper au débat sur le bien-fondé de l'assurance de responsabilité et sur son éventuelle substitution par d'autres mécanismes dont l'efficacité serait supérieure. Mais ces mécanismes concurrents de l'assurance de responsabilité comportent d'importants désagréments qui tendent à les exclure *a priori* et à mettre en avant l'importance de la responsabilité pour faute, au sens large. En effet, « *la responsabilité est un des piliers indépassables du droit privé* »<sup>304</sup>. D'éminents spécialistes de la responsabilité professionnelle soutiennent qu'« *il n'est d'homme véritable que responsable, que revendiquant d'être responsable : sa dignité réside par excellence en cela* »<sup>305</sup>. Or, avec un ancrage historique profond<sup>306</sup>, certaines professions juridiques deviennent dès le XIV<sup>e</sup> siècle des dynasties détenant des offices perpétuels<sup>307</sup>, jouissant d'exemptions et de privilèges au point de « *bâtir des fortunes*

<sup>304</sup> Ph. BRUN et Ph. PIERRE, Préface, in *Lamy Droit de la responsabilité*, 2017, p. 1.

<sup>305</sup> Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action 2014/2015, n° 21.

<sup>306</sup> C. GLINEUR, *Histoire des institutions administratives – X<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Economica, 2017, p. 51 : « *D'autres clercs du roi se chargent plus spécifiquement des écritures royales et prennent le nom de notaires du roi. En 1286, sitôt sacré, Philippe IV rend une ordonnance organisant l'Hôtel-le-Roi et faisant état d'une dizaine de notaires placés sous les ordres et la responsabilité du chancelier. Leur statut est difficile à préciser, faute de sources* ».

<sup>307</sup> C. GLINEUR, *op. cit.*, p. 78 : au XIV<sup>e</sup> siècle les notaires vont « *constituer les premières dynasties, la coutume autorisant un notaire à céder ses gages, soit ses bourses à son fils, à son gendre ou à son neveu, ce qui garantit à ce dernier l'expectative de la charge à la mort de son père, de son beau-père ou oncle. La charge reste officiellement viagère et l'agrément du roi est nécessaire, bien sûr, mais il est souvent donné [...]. Le statut des notaires du roi s'est précisé avec le temps, à partir des usages et de la législation royale. Leur office est "perpétuel pour la vie de chacun d'iceulx et irrévocable", comme l'indique une ordonnance du début du XV<sup>e</sup> siècle* ».

*et constituer une caste sociale à part* »<sup>308</sup>, l'idée d'une patrimonialité des offices émergeant peu à peu<sup>309</sup>. Or rares sont les castes n'essayant pas de s'absoudre de toute responsabilité. Il reste ainsi des traces de l'histoire.

L'assurance collective ne joue plus son rôle de discipline, de même que les fonctions additionnelles de la responsabilité – essentiellement normative et sanctionnatrice<sup>310</sup> – s'affaibliraient. Il est affecté à la responsabilité, comme à toute institution juridique<sup>311</sup>, des fonctions. La fonction d'indemnisation de la victime, accolée au principe cardinal de la réparation intégrale, est insuffisante pour caractériser la responsabilité<sup>312</sup>. L'indemnisation du dommage moral peut ainsi apparaître « *comme une réminiscence d'une forme de vengeance privée* », réintroduisant dans la responsabilité civile une fonction punitive des comportements déviants<sup>313</sup>. La responsabilité est encore présentée comme ayant une fonction préventive, de cessation de l'illicite

<sup>308</sup> C. GLINEUR, *op. cit.*, p. 79 : « *Les notaires jouissent d'exemption et de privilèges. Ils ne sont assujettis ni aux impositions directes ou indirectes, ni à l'ost, à la chevauchée ou au logement des gens de guerre, et ils disposent du privilège de n'être jugés qu'au Parlement pour leurs causes réelles ou aux Requêtes de l'Hôtel pour leurs causes personnelles. En 1485, Charles VIII y ajoute celui de la noblesse transmissible. Plusieurs de ces notaires, avec le temps, vont bâtir des fortunes et constituer une caste sociale à part* ».

<sup>309</sup> C. GLINEUR, *op. cit.*, p. 137 : au « *XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle les conditions d'exercice des offices se précisent au cours de la période. Elles tendent à reconnaître aux officiers non seulement des obligations et des privilèges, mais aussi des droits sur leurs charges, des droits si importants que l'idée d'une patrimonialité des offices émerge peu à peu. L'indépendance qui en découle oblige le roi à organiser le contrôle de ses officiers* ».

<sup>310</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 12 : « *la responsabilité civile jouerait un rôle prophylactique de dissuasion des comportements dommageables. Envisagée en ce sens qui seul nous paraît pouvoir être retenu, la fonction préventive de la responsabilité civile apparaît a priori plus théorique que réelle, encore qu'il soit par définition impossible d'en évaluer la portée. Force est bien de reconnaître en tout cas que le développement de l'assurance de responsabilité n'a pu que contribuer à affaiblir ce rôle, de même que le recul de la faute comme fondement de la responsabilité. La doctrine tend d'ailleurs à considérer que la responsabilité civile ne peut véritablement assurer de fonction normative lorsqu'on l'applique à des dommages accidentels, alors que ses effets de dissuasion sont, sinon aisément perceptibles, du moins beaucoup plus plausibles dans le domaine de la responsabilité subjective. Cette idée apparaît également en filigrane dans la célèbre théorie de la garantie de Boris Starck, cet auteur ayant proposé de conférer à la responsabilité civile une double fonction de garantie et de peine privée* ».

<sup>311</sup> Par exemple le contrat, J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », 5<sup>e</sup> éd., 2017, p. 40.

<sup>312</sup> C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Ellipses, 2012, p. 14.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 15.

voire de rétablissement de la licéité<sup>314</sup>. Pris en étau entre une complexité<sup>315</sup> et un bilan décevant de simplification du droit<sup>316</sup>, le projet de réforme de la responsabilité du 13 mars 2017 en consoliderait certaines. Il existe déjà, en matière sportive, des règles efficaces à finalité directement préventive<sup>317</sup>. On peut légitimement concevoir que d'autres règles aient la même fonction, ne serait-ce qu'indirectement.

Au titre des remèdes proposés à la déresponsabilisation constatée, il s'agit de responsabiliser – au sens de rendre le sens des responsabilités – aux professionnels par le jeu du fait fautif et par la contribution de l'assuré à la prise en charge du dommage. Déjà, la responsabilité civile pour faute reste une condition du bon fonctionnement des professions, mais elle est perturbée par l'assurance collective, neutralisant notamment ses fonctions normative et dissuasive. Ces fonctions ne sauraient être compensées par l'autodiscipline classique de l'assurance, laquelle disparaît dans le contrat d'assurance collective, lui-même assez hermétique à l'insertion pourtant souhaitable d'une clause de réduction-majoration. Néanmoins, l'assurance de responsabilité ne paraît pas substituable par d'autres mécanismes, à raison des finalités poursuivies. En effet, ne sauraient répondre à l'enjeu simultané d'indemnisation et de responsabilisation ni l'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle<sup>318</sup>, ni le recours à l'assurance directe, ni le recours à la solidarité nationale. En d'autres termes, le contresens de la responsabilité actuelle accolée à l'assurance s'inscrit dans une déresponsabilisation au stade de l'obligation à la dette (A) puis au stade de la contribution à la dette (B).

<sup>314</sup> C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Dalloz, 2008. – S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. LGDJ, 1995. – H. JONAS, *Le principe responsabilité*, trad. J. Greisch, Flammarion, 2008. – M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA*, 12 janv. 2005, p. 3. – C. THIBERGIE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTDCiv.* 1999, p. 561 et s. ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, I, p. 577 et s. – Comp. en droit international privé : H. SLIM, Fasc. 255-10 : « Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, 22 août 2016, n° 50.

<sup>315</sup> J. SPERONI et N. THOUET (propos recueillis par), « Entretien avec Jérôme Kullmann. Même les plus sachants ne parviennent plus à faire la synthèse des droits et obligations », *L'Argus de l'assurance*, argusdelassurance.com, n° 7428, 16 oct. 2015.

<sup>316</sup> Conseil d'État, *Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016, p. 13 et s.

<sup>317</sup> Cf. sur la règle du « let » en squash : R. BIGOT, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Le squash, l'œil au beurre noir et la garde de la balle en trompe-l'œil ! », *Gaz. Pal.* 2017, n° 22, p. 19 et s.

<sup>318</sup> Sur la prohibition des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité : H. SLIM, « La responsabilité des notaires », Étude 438, in *Le Lamy Droit de la responsabilité*, 2017, n° 438-102 : « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont nulles, d'une nullité d'ordre public. Ainsi, les notaires ne peuvent se décharger des conséquences de leurs fautes et ne sauraient davantage, par l'insertion d'une déclaration, même reconnue exacte, de leurs clients, aux termes de laquelle ceux-ci n'auraient recouru à eux que pour la rédaction des actes, s'affranchir du devoir inhérent aux fonctions notariales » (*Civ. 1<sup>re</sup>*, 11 janv. 1943, *D.* 1943, jur., p. 95). En outre, aucune convention ne peut avoir pour objet le devoir des conseils. Les parties ne peuvent donc renoncer à le recevoir (*Civ. 1<sup>re</sup>*, 19 nov. 1985, n° 84-11.322, *Bull. civ. I*, n° 308, *JCP G* 1986, IV, p. 49).

## A. La déresponsabilisation au stade de l'obligation à la dette

Percevoir les sens et les non-sens de la responsabilité au stade de l'obligation à la dette des professionnels juridiques invite à s'interroger sur l'effectivité de leur responsabilisation juridique par le jeu du fait fautif. À ce titre, il est suggéré d'agir de deux manières : d'abord, d'une manière large en restaurant les règles et les fonctions de la responsabilité civile professionnelle mises à mal par leur assurance (1), ensuite, en réactivant les mécanismes de discipline par l'assurance qui seraient parfois ignorés en ce domaine (2).

### 1) La déresponsabilisation par l'évitement des règles de la responsabilité

#### a) La déresponsabilisation inhérente à la déjudiciarisation

La politique de déjudiciarisation<sup>319</sup> d'un assureur en situation de quasi-monopole de fait sur le risque des professions juridiques n'est pas sans effet sur leur responsabilité, qu'elle soit civile, disciplinaire ou pénale. La doctrine retient que « *sans doute, pour l'auteur du dommage lui-même, la transaction présente-t-elle l'incalculable avantage d'éviter l'affirmation officielle par un tribunal de sa responsabilité* »<sup>320</sup>. Les organisations professionnelles au sens large, par exemple les chambres des notaires, sont chargées de dénoncer les infractions disciplinaires ou pénales dont elles ont connaissance<sup>321</sup>. Des transactions dans de telles circonstances, en amont de cette obligation, sont susceptibles d'inhiber les fonctions des responsabilités civiles, disciplinaires et pénales. Il convient donc de le préciser, la solution de substitution de la décision à la transaction est également préconisée à raison des dangers que présente la transaction quant à la déresponsabilisation des assurés et quant aux pratiques sous-jacentes qu'elle peut dissimuler, lesquelles peuvent toucher l'ordre public dans les domaines d'intervention de ces auxiliaires ou partenaires<sup>322</sup> de justice et d'officiers publics notamment<sup>323</sup>.

Les professions juridiques constituent des remparts dans la structure et l'ordonnement de la justice. À cette fin, il a été admis qu'il convenait d'assortir leurs activités de responsabilités conséquentes<sup>324</sup>. Il s'agit, plus encore, de leur rôle dans un État de droit qui justifie de telles responsabilités. Certaines d'entre elles sont d'ailleurs devenues, à l'égal des juges, « *des garants de l'État de droit* »<sup>325</sup>. Dès lors, la

<sup>319</sup> A. JEAMMAUD, V° « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2004, p. 675 et s., spéc. p. 677. – A. VIGNON-BARRAULT, « Déjudiciarisation et droit des assurances », in *La déjudiciarisation*, Colloque de l'Université d'Orléans, Centre de Recherche Juridique Pothier, 26/27 oct. 2011, n° 1.

<sup>320</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité. Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2017, n° 444.

<sup>321</sup> J.-F. BARBIÈRE, C. BIGUENET-MAUREL, D. LEPELTIER, *Professions libérales*, Mémento pratique Francis Lefebvre 2013-2014, n° 781.

<sup>322</sup> M. ATTAL, « Une nouvelle modification du RIN des avocats : vers une déontologie spécialisée », *Droit & patrimoine*, n° 270, juin 2017, p. 24 et s.

<sup>323</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, *infra* n° 908 et s., 1048 et s., 1210 et s.

<sup>324</sup> A. TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1989, n° 55 et s.

<sup>325</sup> CEDH, 18 nov. 1999, décision d'irrecevabilité, *Peter Döring c/ Allemagne*, n° 37595/97, p. 6-7.

préservation de l'intérêt sociétal de leurs missions, parfois de l'intérêt général<sup>326</sup>, ne saurait être maintenue en l'absence de toute responsabilité de ces professionnels du droit<sup>327</sup>. Par ailleurs, la déjudiciarisation ne doit pas neutraliser la responsabilisation de ces professionnels, c'est-à-dire leur responsabilité professionnelle, compte tenu de leur rôle profond dans la société et dans l'État de droit. Leur responsabilité ne peut être détachée des principes essentiels contenus dans l'expression du serment, pour les avocats par exemple, la conscience, la probité et l'humanité<sup>328</sup>. L'exclusion du recours à la solidarité nationale pour assumer les conséquences de leur activité se justifierait également sous cet angle, même s'il peut être envisagé de les transformer en fonctionnaires. L'histoire des conservateurs des hypothèques en témoigne. Il a été admis, sous l'Ancien régime, que l'existence d'une responsabilité personnelle, sur leurs deniers privés, leur confère, dans leurs fonctions, le sens des responsabilités. C'est l'objectif qui a été recherché et atteint par l'Édit de Louis XV portant création des conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs enregistré au Parlement de Paris le 17 juin 1771<sup>329</sup>. Aujourd'hui, regrettamment, à la responsabilité du conservateur s'est substituée celle de l'État. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le statut des conservateurs des hypothèques a été supprimé. Ils sont devenus des chefs de service de la publicité foncière. Un transfert d'activité se prépare et « *demain, selon toute vraisemblance, c'est le notariat qui gèrera l'ensemble de la chaîne* »<sup>330</sup>, puisque cette profession a déjà obtenu parallèlement, l'exigence, au titre de l'article 710-1 du Code civil, d'un acte authentique notarié pour effectuer les formalités de publicité foncière<sup>331</sup>.

<sup>326</sup> M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préface J. Ghestin, th. LGDJ, 2004, n° 122 et s. – C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préface G. Viney, th. LGDJ, 2004, n° 123 et s. – H. MOYSAN, « De la mise en application de la loi à la qualité de sa rédaction. Quelques observations critiques des évolutions contrastées », *JCP G* 2010, n° 8, *Libres propos* 208, p. 389 et s. – Ph. MALAURIE, « Le déclin du droit », *JCP G* 2010, n° 52, *Libres propos* 1292, p. 2422.

<sup>327</sup> É. DE MONTGOLFIER, « Vers des exigences déontologiques communes aux professions réglementées du droit », *JCP G* 2011, n° 14, *Libres propos* 367, p. 628 et s. – T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préface L. Leveneur, th. Defrénois, Lextenso éd., 2009, n° 277 : « *L'efficacité et le sérieux de l'intervention des professionnels du droit se mesurent largement à l'aune de leur responsabilité éventuelle. Désireux de bâtir ses prévisions juridiques avec la plus grande sécurité, le sujet de droit qui recourt aux conseils payants d'un juriste, spécialement d'un notaire ou d'un avocat, ne doit pas être déçu du résultat juridique obtenu* ».

<sup>328</sup> Y. AVRIL, « L'assurance de responsabilité obligatoire pour l'avocat », *Dalloz avocats* 2017, p. 180.

<sup>329</sup> Cf. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86147185>, *Édit du Roi portant création des conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs ; et abrogation des décrets volontaires, donné à Versailles, enregistré en Parlement le 17 juin 1771, Paris, spéc. XXVII* : « *lesdits conservateurs demeureront responsables, en leur propre et privé nom, des sommes auxquelles pourront monter les créances desdits opposants qui viendraient en ordre utile et jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble mentionné auxdites lettres ; à l'effet de quoi la finance de chacun desdits offices, qui sera fixée par un rôle arrêté en notre Conseil, demeurera affectée par préférence comme fait de charge* ».

<sup>330</sup> L. DE CHARETTE, D. BOULARD, *Les notaires*, éd. Robert Laffont, 2010, p. 252. – Comp. M. MEKKI (dir.), *L'avenir du notariat*, LexisNexis, coll. « Perspective(s) », 2017.

<sup>331</sup> L. n° 2011-331, 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JO 29 mars 2011.

b) *La déresponsabilisation liée au risque d'aménagement conventionnel de la responsabilité*

En premier lieu, l'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle<sup>332</sup> est un mécanisme certain de réduction de l'assiette de l'assurabilité et de l'indemnisation. Il n'était pas encore accueilli en droit positif, à raison des forts inconvénients déjà connus en matière contractuelle<sup>333</sup>. En totale contradiction avec l'assurance de responsabilité<sup>334</sup>, à plus forte raison quand elle est obligatoire – insistons – l'aménagement conventionnel de la responsabilité extracontractuelle est intrinsèquement vicié. D'une part, il procède à une délimitation conventionnelle indirecte des risques du droit des assurances<sup>335</sup>. D'autre part, « *la clause d'exonération, qui intervient pour écarter la responsabilité délictuelle, est une convention : la responsabilité écartée est donc devenue contractuelle, en même temps qu'elle a été exclue* »<sup>336</sup>.

En second lieu, c'est un mécanisme de déresponsabilisation directe des professionnels, en contrariété avec la place de l'ordre public en la matière<sup>337</sup>, lequel est un mécanisme d'éviction permettant de neutraliser l'application d'une norme<sup>338</sup>. Les agents définiraient par avance la forme de la réparation attribuée à la victime potentielle et bénéficieraient ainsi d'une restriction de la responsabilité extracontractuelle qu'ils encourent, au point d'en briser les « *piliers* » ou « *colonnes saintes* »<sup>339</sup>. Rappelons que la responsabilité des professions juridiques est souvent extracontractuelle, en particulier en présence de tiers lésés.

<sup>332</sup> J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, préface F. Leduc, th. PUAM, 2008. Adde P. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, th. Paris, 1931. – Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981.

<sup>333</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 981.

<sup>334</sup> H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préface H. Capitant, t. 3, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd. refondue, 1960, p. 660, n° 2514 : « *L'assurance de responsabilité permet au responsable d'exécuter son obligation de réparer ; la clause de non-responsabilité lui permet d'y échapper. L'une garantit à la victime la réparation ; l'autre laisse la victime sans recours. Et, tandis que l'assurance de responsabilité repose sur la solidarité humaine par la répartition des risques et des dommages entre les assurés, la clause de non-responsabilité laisse à la seule victime éventuelle le risque de la réalisation du préjudice* ».

<sup>335</sup> V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, n° 502 et s.

<sup>336</sup> É. BOUTAUD, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes. Des moyens de s'exonérer de sa responsabilité spécialement dans le contrat de transport par terre et par mer, le contrat de travail, le louage d'immeubles, etc.*, préf. E. Thaller, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éditeur, 1896, p. 213. – R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, préf. G. Ripert, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 664.

<sup>337</sup> H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, A. Pedone éditeur, 2<sup>e</sup> éd., 1904, p. 38.

<sup>338</sup> J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, préface P. Jourdain, th. LGDJ, 2007, n° 234 et s.

<sup>339</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2. *Les biens. Les obligations*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. refondue Quadrige, 2004, n° 1204.

La finalité même de l'aménagement de la responsabilité nie celle des assurances obligatoires mises en place après le Code Napoléon<sup>340</sup>. Non seulement la responsabilité pour faute est d'ordre public<sup>341</sup>, mais encore l'instauration d'obligation d'assurance de responsabilité est encore une préoccupation semblable<sup>342</sup> et croissante<sup>343</sup>. Cette assurance englobe *de facto* l'objet à laquelle elle se destine, à savoir la responsabilité extracontractuelle, avec comme finalité de lui donner plus d'effectivité dans l'indemnisation des victimes<sup>344</sup>.

En définitive, en présence d'assurances obligatoires et d'activités fortement réglementées, relevant ainsi de l'ordre public, admettre des conventions d'aménagement anticipé de cette même responsabilité conduit à renoncer à la finalité du dispositif de protection. Voilà pourquoi il faut tenir compte de la « *diffusion de l'assurance, puis de son caractère obligatoire* »<sup>345</sup>. Seule une approche transversale du droit des activités professionnelles, de leur responsabilité et des assurances obligatoires est satisfaisante. À défaut, une obligation d'assurance pourrait être vidée de sa substance première, à savoir la responsabilité et ses effets, donc ses fonctions. Le régime de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque est encore à surveiller en ce qu'il peut transférer ce jeu de limitation<sup>346</sup>.

Les clauses limitatives de réparation sont admises mais peu pratiquées dans certains pays. Elles sont prohibées dans d'autres, notamment au nom de la protection des consommateurs<sup>347</sup>. En France, de longue date Larombière affirmait qu'« *il n'y a aucune position, aucun art, si élevé qu'il soit, qui puisse s'attribuer l'irresponsabilité* »<sup>348</sup>. Outre leur monopole d'exercice respectif justifiant le régime d'ordre public de leur responsabilité, les professions juridiques peuvent souvent s'aménager la preuve de l'absence de faute et la conserver<sup>349</sup>. En permettant d'aménager également leur responsabilité, par exemple extracontractuelle de manière prédominante chez les

<sup>340</sup> A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, dir. J. Carbonnier, th. LGDJ, 1973, n° 156.

<sup>341</sup> Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat. Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, dir. P. Esmein, th. Université de Paris, 1951, éd. Matot-Braine, 1953, n° 134.

<sup>342</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2... *op. cit.*, n° 992.

<sup>343</sup> L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 381 et s., spéc. p. 389.

<sup>344</sup> H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, 1960, p. 660, n° 2514.

<sup>345</sup> A. TUNC, « Le droit en miettes », in APD, *La responsabilité*, t. 22, Sirey, 1977, p. 31 et s., spéc. p. 35.

<sup>346</sup> G. DURRY, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Études offertes à H. Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 129 et s., spéc. p. 136 et s. – S. ABRAVANEL-JOLLY, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, Chron., p. 957 et s., spéc. p. 963.

<sup>347</sup> H. SLIM, « Rapport général. La responsabilité des professionnels du droit », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s., spéc. p. 629.

<sup>348</sup> J. WILLEMS DE LADDERSOUS, *Essai sur la responsabilité civile. Articles 1382-1386 du Code civil*, A. Fontemoing éditeur, C. Peeters Imprimeur-éditeur, 1896, p. 49. – H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité*, Librairie Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1949, n° 530 et s., spéc. n° 531.

<sup>349</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 780. – R. SAVATIER, *op. cit.*, t. 2, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 809.

notaires<sup>350</sup>, les victimes, souvent profanes, seraient évincées de toute indemnisation ou, au mieux, indemnisées forfaitairement. Ne pouvant stipuler l'immunité de leurs fautes depuis 1921<sup>351</sup>, certaines professions juridiques voient leur entière activité placée depuis sous l'emprise légale, statutaire et d'ordre public<sup>352</sup>. C'est « *ce détestable esprit d'insouciance [...] qui est le propre des irresponsables* »<sup>353</sup> qui est ainsi découragé. Puisque ces clauses « *évoquent fondamentalement une atteinte au principe de la réparation intégrale* »<sup>354</sup>, c'est encore une régression en matière de sécurité juridique et d'indemnisation des victimes qui est évitée<sup>355</sup>. Toute condamnation deviendrait purement symbolique<sup>356</sup>.

Les divers projets de réforme du droit des obligations paraissent préserver l'irréductible sphère de la faute délictuelle<sup>357</sup>. Le dernier projet de réforme de la responsabilité en date du 13 mars 2017 reconnaît les clauses excluant ou limitant la responsabilité contractuelle et extracontractuelle<sup>358</sup>, se donnant pour limites qu'« *en matière contrac-*

<sup>350</sup> H. SLIM, « La responsabilité notariale et l'inobservation des obligations ne s'inscrivent pas dans le prolongement de la mission de rédaction d'actes », *La Revue des Notaires*, sept. 2005, p. 4 et s., comm. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 avr. 2005, n° 03-14.842, *Bull. civ. I*, n° 178. – R. BIGOT, « Le prolongement de la mission de rédaction d'actes : nouveau critère pour la responsabilité notariale », *RLDC* n° 45, janv. 2008, n° 2810, p. 16 et s., comm. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 sept. 2007, n° 04-16.086, inédit. – Ph. PIERRE, « La responsabilité notariale à la croisée du classicisme et de l'atypisme », séminaire de formation sur la responsabilité notariale à la Cour de cassation le 30 mai 2008, *La Revue des Notaires*, sept. 2008, p. 14 et s. – *Contra* G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Cours à l'Université McGill, Québec, Coll. « de droit comparé de McGill », 1986, n° 168 : pour la responsabilité notariale sous le régime contractuel unitaire.

<sup>351</sup> Civ. 21 juill. 1921, DP 1925, I, 29, cité par Ph. PIERRE, « Rapport introductif. Les contours du devoir de conseil des notaires », in *L'obligation de conseil et la responsabilité civile du notaire : actualités et perspectives*, Actes du séminaire du 23 juin 2011 *Les notaires à l'Université*, sous la dir. de C. Coulon et F. Chasles, *RJO* 2011, n° 4, p. 451. – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 779 : le professionnel ne peut s'exonérer de la responsabilité qu'il encourt pour n'avoir pas exercé son devoir de conseil par exemple (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 318 ; *D.* 1997, som., 173, obs. Ph. DELEBECQUE).

<sup>352</sup> J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2002, n° 18.

<sup>353</sup> H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, p. 663, n° 2516.

<sup>354</sup> C. CORGAS-BERNARD, *La contractualisation de l'indemnisation : entre forfait et plafond*, PUAM, coll. « de l'Institut de droit des affaires », 2007, p. 135 et s., spéc. p. 136. – H. SLIM, *op. cit.*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 621 et s., spéc. p. 629 : « *La relativité de la réparation intégrale découle également de la possibilité qu'elle soit aménagée par les parties* ».

<sup>355</sup> Cf. par exemple Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2011, n° 10-19.190 et 10-30.797, *BICC* n° 755 du 1<sup>er</sup> févr. 2012, p. 51, n° 105.

<sup>356</sup> J. BRUNIE, *La condamnation symbolique en droit positif*, dir. F. Leduc, th. Université de Tours, 2017.

<sup>357</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à Monsieur P. Clément, garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, sous l'égide du professeur Catala, p. 166 et s. – Exposé des motifs, proposition de loi n° 09-657 portant réforme de la responsabilité civile, présentée par M. L. Béteille, enregistrée au Sénat le 9 juillet 2010, p. 7 (art. 1386-30 et s.). – Art. 44 à 48 du projet présenté en 2011, issu d'un groupe de travail réuni sous la direction de M. le professeur F. Terré, Président de l'Académie des sciences morales et politiques.

<sup>358</sup> J.-J. URVOAS, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017, article 1281 : « *Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel* ».

*tuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont point d'effet en cas de faute lourde ou dolosive. Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* » (article 1282) et « *en matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute* » (article 1283). Ce dernier projet, à l'instar de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile dans sa version du 29 avril 2016, admet donc la validité des clauses exonératoires de responsabilité contractuelle, hors dommage corporel, et délictuelle objective mais non subjective. Il ne semble néanmoins pas suffisamment s'abriter des dangers du mécanisme en notre domaine, compte tenu des discussions fréquentes et des mouvements quant à la nature des responsabilités professionnelles notamment.

En définitive, le mécanisme en cause est problématique dans le domaine des activités juridiques<sup>359</sup>. De grandes missions, protégées par le sceau de l'ordre public, doivent être associées à une responsabilité élevée, qu'il convient d'assumer pour ne pas annihiler sa fonction normative et préventive. Par exemple, l'article 1.3 du règlement intérieur national (RIN) des avocats, dans sa version consolidée en vigueur du 14 avril 2017, établit les principes essentiels de la profession et, *in fine*, du serment<sup>360</sup>. En admettant pareille clause d'exonération ou de limitation de responsabilité, quelle sera la prochaine étape ? Permettre à tout avocat de pouvoir prêter serment en affirmant qu'il exercera ses fonctions avec une dignité limitée, une conscience écartée, une indépendance aménagée, une probité exonérée, et une humanité dispensée ? Au-delà de la provocation, il paraît donc souhaitable d'étendre à toutes les professions juridiques l'interdiction de toute stipulation d'irresponsabilité ou de limitation de responsabilité, telle que la prohibition légale initiée dernièrement à l'encontre des opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques<sup>361</sup> ou des agences de notation<sup>362</sup>. En leur imposant d'agir « *sous leur responsabilité* », la définition légale des professions libérales, édictée par loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 et dont la

<sup>359</sup> J. BOURDOISEAU, « L'office notarial et le risque de responsabilité civile », *LPA*, 10 juill. 2007, n° 137, p. 6 et s. – M. POUMARÈDE, « Les contours du devoir d'investigation du notaire », *JCP N* 2011, n° 9, Étude 1091, p. 31 et s., spéc. p. 40. – J.-F. TAYMANS, « Office public ? Profession libérale ? La fausse alternative », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives, Colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruylant, 2000, p. 211 et s.

<sup>360</sup> « *Les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances. L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence* ».

<sup>361</sup> J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER, J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, dir. J. Ghestin, LGDJ, Lextenso éd., 3<sup>e</sup> éd., 2012, n° 32515 : pour les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, la loi leur « *interdit de se protéger par conventions destinées à écarter sa responsabilité (art. L. 321-14 C. com.)* ».

<sup>362</sup> Par l'adoption de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, le législateur avait notamment pour objectif de prohiber le recours aux clauses limitatives de responsabilité, considérées comme l'un des principaux obstacles à la mise en œuvre de leur responsabilité (CMF, art. L. 544-6 : « *les clauses qui visent à exclure la responsabilité des agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 sont interdites et non écrites* »), cf. X. CLÉDAT, « Agences de notation : de la délicate mise en œuvre de leur responsabilité civile », *RLDC* n° 96, sept. 2012, n° 4795, p. 59 et s., spéc. p. 62. – A. DE MONTESQUIOU, F. ESPAGNAC, *Agences de notation : pour une profession réglementée*, Rapp. Sénat n° 598, 2011-2012.

majeure partie des professions juridiques relèvent, se suffit à elle-même à cet égard<sup>363</sup>. L'article 1.1 du RIN de la profession d'avocat retient expressément que « *la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice* », dès lors elle est soumise à la définition légale des professions libérales légiférée en 2012, à l'instar de toutes les autres professions juridiques<sup>364</sup>. Elles ne sauraient dès lors s'exonérer de leur responsabilité.

c) *La déresponsabilisation liée à la nature et à la subsidiarité discutées de la responsabilité*

i. La nature de la responsabilité des professions juridiques

Les professions juridiques ne sont pas toutes soumises à une responsabilité de même nature. La distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle a certes été dépassée dans certains pays. Mais en France comme dans beaucoup d'autres pays, on continue « *de s'y référer, ou du moins d'en discuter* »<sup>365</sup>. Le projet de réforme de la responsabilité en date du 13 mars 2017 affirme le principe du non-cumul (article 1233). Le professeur Brun décèle sous l'interdiction de l'option des « *sens et contresens* » qui justifient que le principe nécessite quelques aménagements, notamment l'exception de l'article 1234 au bénéfice du tiers victime d'une inexécution contractuelle<sup>366</sup>. Il y aurait une primauté de la responsabilité contractuelle pour régir les relations entre le professionnel du droit et son client<sup>367</sup>, avec des cas de dualisme. Elle resterait, en partie, extracontractuelle à l'égard des tiers<sup>368</sup>. La doctrine retient en définitive, qu'il s'agisse des avocats ou des notaires, que « *cette distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle est approximative et reste sujette à de nombreuses dérogations qui diffèrent d'un pays à l'autre. Tout d'abord, les notions de tiers et de partie continuent à susciter de nombreuses discussions. Ensuite, la notion même de contrat peut être conçue de façon plus ou moins large. Enfin, dans de nombreux*

<sup>363</sup> R. BIGOT, « La place de l'indépendance et de la responsabilité dans la définition légale des professions libérales », *RJCom., Les Cahiers du Chiffre et du Droit*, n° 3, 2015, p. 30 et s., spéc. p. 37.

<sup>364</sup> Excepté les magistrats et les greffiers de l'ordre judiciaire, qui sont naturellement fonctionnaires.

<sup>365</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 625.

<sup>366</sup> Ph. BRUN, « La distinction des deux ordres de responsabilités dans le projet de réforme de la responsabilité civile », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 125 et s., spéc. n° 8 et s. – Comp. D. MAZEAUD, « Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 711 et s., spéc. n° 8.

<sup>367</sup> C. CORGAS-BERNARD, C. COULON, « La nature de la responsabilité. Rapport de synthèse », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 19 et s. – I. MARIA, « La nature de la responsabilité. Rapport français », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 33 et s.

<sup>368</sup> Mais l'article 1234, al. 2, du projet de réforme du 13 mars 2017 prévoit : « *Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite* ».

*pays, la loi a gommé la plupart des différences entre les deux régimes de responsabilité, y compris quelquefois la différence dans le délai de prescription. La question qui se pose dès lors est celle de l'utilité de cette distinction* »<sup>369</sup>.

On voit le danger des clauses d'aménagement conventionnel de la responsabilité réapparaître. À cet effet, la profession notariale revendique régulièrement, à l'instar des médecins, la nature contractuelle de sa responsabilité, notamment pour tenter de bénéficier de la présumée validité des conventions d'irresponsabilité<sup>370</sup>. De telles clauses ou mentions assimilées figurent parfois dans certains actes notariés contemporains<sup>371</sup>. Il convient peut-être de finaliser un processus en marche d'autonomie de la responsabilité civile professionnelle<sup>372</sup>, ayant fait émerger un régime hybride<sup>373</sup>. Une responsabilité légale autonome permettrait d'effacer certains contentieux sur la nature de la responsabilité, source d'allongement du procès et, quand il s'agit de bénéficier d'une prescription, de déresponsabilisation. Elle pourrait encore être assortie de l'impossibilité de l'aménagement anticipé évoqué, tout aussi déresponsabilisant.

## ii. Le caractère non subsidiaire de la responsabilité des professions juridiques

Le caractère subsidiaire ou non de la responsabilité des professionnels juridiques a été soumis à des fluctuations jurisprudentielles. En d'autres termes, s'est posée la question de savoir si la profession juridique n'est qu'un simple garant de l'indemnisation de la victime, de telle sorte que cette dernière devait d'abord agir contre

<sup>369</sup> H. SLIM, *op. cit.*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 626.

<sup>370</sup> P. PAULY, *Nature de la responsabilité civile des notaires*, th. Bordeaux, 1952, p. 164. *Contra* G. STEFANI, *De l'assurance des fautes*, th. Paris, PUF, 1923, p. 232 : « *L'assurance ne supprime pas la responsabilité, elle la transforme ; elle répare de plus tous les dommages causés par l'assuré. Elle est donc socialement et économiquement moins dangereuse que la clause de non-responsabilité* ».

<sup>371</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 163, échantillon notaire n° 108 : TGI Nice, 4<sup>e</sup> Chambre civile, 22 janv. 2002, RG n° 00/00711, p. 9 : « *les mentions aux termes desquelles les créanciers déclarent faire leur affaire personnelle de l'importance présente et de la situation future du gage, reconnaissant que le notaire a attiré leur attention sur la nécessité d'un gage suffisant, est une mention trop générale, voire une mention qui s'analyse en une clause d'irresponsabilité* ».

<sup>372</sup> P. JOURDAIN, « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », *LPA* 2001, n° 137, p. 63. – Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 0.17. – D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, th. Fondation Varenne, 2011.

<sup>373</sup> Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action 2014/2015, n° 3650 : « *La jurisprudence sur la responsabilité de certains professionnels officiers ministériels annonce une responsabilité professionnelle autonome. En vérité, il semble bien qu'un régime hybride émerge à propos de certains officiers ministériels, ici, sinon intermédiaire entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, du moins en marge de cette distinction, qui serait le modèle d'une responsabilité professionnelle autonome, comme cela a été souhaité ou relevé déjà par plusieurs auteurs dont nous-mêmes (à défaut de l'abandon de la pseudo "responsabilité contractuelle"), et comme la présente analyse des obligations du professionnel le confirmera. L'existence d'une responsabilité légale spécifique (de plein droit), propre à certains entrepreneurs (les constructeurs au sens large), en est un autre indice significatif. De même, l'évolution de la responsabilité médicale du fait de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 et de la jurisprudence, depuis un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 2010, semble amorcer un régime autonome. Toutefois, l'évolution n'est pas achevée de sorte qu'en principe la responsabilité professionnelle implique l'existence d'une trilogie classique, fait générateur, préjudice et lien de causalité, au moins en apparence* ».

les autres personnes responsables du dommage<sup>374</sup>. En novembre 2000, la Cour de cassation a exigé d'un créancier qu'il exerce au préalable toutes les voies de droit dont il disposait autres que l'action en responsabilité à l'encontre du professionnel<sup>375</sup>. Un caractère subsidiaire était ainsi conféré à la responsabilité du professionnel du droit. La doctrine appelait à une clarification urgente de la confusion qui semblait s'installer en jurisprudence<sup>376</sup>. Cette dernière a depuis fait l'objet d'évolutions. La responsabilité du professionnel juridique avait pourtant été considérée comme non subsidiaire quelques années auparavant<sup>377</sup>. Puis la jurisprudence dominante considérant que la responsabilité d'un professionnel juridique n'est tout simplement pas subordonnée à une poursuite préalable contre un autre débiteur a repris son cours depuis décembre 2000<sup>378</sup>. La Cour de cassation « *persiste et signe !* »<sup>379</sup>.

L'affermissement de cette jurisprudence, encore dernièrement avec un attendu de principe selon lequel « *la responsabilité des professionnels du droit ne présente pas un caractère subsidiaire* »<sup>380</sup>, constitue non pas un risque de développement de leur responsabilité face à l'évolution du droit, ici jurisprudentiel<sup>381</sup> – car la sinistralité de ces professions demeure stable – mais une garantie apportée à leurs victimes pour toute situation dommageable<sup>382</sup>, dans le sens de la responsabilisation. En effet, ces professionnels doivent œuvrer pour le droit, un bien commun. Le professeur Théry l'a mis en évidence : « *le droit peut être vu comme un bien commun en un double*

<sup>374</sup> H. SLIM, *Lamy Droit de la responsabilité* 2017, n° 438-96. – É. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Le devoir de conseil et les autres obligations. Rapport de synthèse », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, p. 75 et s., spéc. n° 15. – J.-L. AUBERT, *La responsabilité des notaires*, 5<sup>e</sup> éd. par R. Crône, Defrénois, 2008, n° 75 et s. – F. GARCIA, « La responsabilité civile des rédacteurs d'actes. Éléments de recherche de régime juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 641 et s., spéc. n° 20 et s. – O. DESHAYES, « La responsabilité des professionnels du droit n'est pas subsidiaire... », *RDC* 2016, p. 221 et s. – D. SINDRES, « La responsabilité civile des professionnels du droit est-elle subsidiaire ? », *D.* 2016, p. 553.

<sup>375</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, n° 98-13.432, *Bull. civ. I*, n° 277, p. 179 ; *RTDCiv.* 2001, p. 370, obs. P. JOURDAIN ; *Defrénois* 2001, p. 258, obs. J.-L. AUBERT.

<sup>376</sup> M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, *Traité de droit civil*, Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2016, n° 378.

<sup>377</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1988, n° 87-13.355, *Bull. civ. I*, n° 356. – Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 1989, n° 87-17.383, *Bull. civ. I*, n° 68. – Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avr. 1997, n° 94-20.352, *Bull. civ. I*, n° 116.

<sup>378</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2000, n° 98-10.852, *Bull. civ. I*, n° 328. – Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2000, n° 98-14.105, *Bull. civ. I*, n° 333. – Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mai 2002, n° 99-14.675, *Bull. civ. I*, n° 121. – Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2004, n° 02-10.769, *Bull. civ. I*, n° 257. – Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2013, n° 13-11.807, *Bull. civ. I*, n° 254. – Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2015, n° 14-26.245, *Bull. civ. I* : « *la responsabilité des professionnels du droit ne présente pas un caractère subsidiaire, de sorte que la mise en jeu de la responsabilité d'un notaire, dont la faute n'est pas contestée, n'est pas subordonnée à une poursuite préalable contre un autre débiteur* ».

<sup>379</sup> J. KNETSCH, « La responsabilité professionnelle de l'avocat n'est pas subsidiaire... La Cour de cassation persiste et signe ! », *RDC* 2017, n° 1, p. 44.

<sup>380</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 sept. 2016, n° 15-13.840, *Lexbase hebdo*, éd. prof., 13 oct. 2016, note Y. AVRIL ; *D. avocats* 2016. 319, note C. CASEAU-ROCHE ; *D.* 2016. 1928 ; *D.* 2017. 24, obs. Ph. BRUN, O. GOUT et C. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; *RTDCiv.* 2017. 154, obs. P. JOURDAIN.

<sup>381</sup> L.-F. PIGNARRE, « Regard prospectif : le risque de développement en matière juridique (la responsabilité des notaires et des avocats face à l'évolution du droit) », in A. PÉLISSIER (dir.), *Colloque sur la responsabilité des professions judiciaires et juridiques*, 25 et 26 nov. 2011, Faculté de droit de Montpellier, *LPA*, déc. 2011.

<sup>382</sup> H. SLIM, « "Situation dommageable" et certitude du préjudice », *JCP G* n° 1-2, 13 janv. 2014, 6.

*sens : le bien commun des professions et le bien commun de tous : juristes et surtout, non-juristes* »<sup>383</sup>. De *lege lata*, cette position s'explique par la place et le rôle attribués aux professions juridiques dans l'État de droit, sous le prisme d'un ordonnancement juridique hiérarchisé de l'action au sein duquel leur responsabilité ne saurait être subsidiaire. De *lege ferenda*, la réforme future de la responsabilité devrait sans doute saisir l'opportunité de simplifier la démarche procédurale des victimes d'un professionnel du droit, en dégageant un fondement autonome pour la responsabilité professionnelle, unique, avec pour principe sous-jacent une doctrine harmonisée de l'assurance obligatoire jointe au caractère non subsidiaire de cette responsabilité. Une vision renouvelée des obligations concevant la dette de responsabilité comme une norme objective autonome serait également susceptible d'améliorer la situation du créancier d'une dette de réparation à l'encontre d'un professionnel du droit<sup>384</sup>.

### iii. L'effort de responsabilisation dans le projet de réforme de la responsabilité

L'effort de responsabilisation est-il en marche ? Le projet de réforme de la responsabilité en date du 13 mars 2017 reconnaît la cessation de l'illicite, comme fonction autonome de la responsabilité civile en matière extracontractuelle. L'article 1266 disposerait ainsi qu'« *en matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur* ». Si le projet devait être adopté, le contrôle de proportionnalité ferait son entrée dans le Code civil<sup>385</sup>. Restreignant l'application de ce mécanisme à la matière extracontractuelle, le projet maintient néanmoins la faculté d'appréciation du juge et étend, sans doute excessivement<sup>386</sup>, son pouvoir de prescription de mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou à faire cesser le trouble illicite, même si le risque de dommage ne provient pas d'un fait ou d'une situation illicite<sup>387</sup>.

En plus de réparer le dommage, la responsabilité serait susceptible d'agir, au moyen d'une amende civile préférée aux dommages-intérêts punitifs de l'avant-projet<sup>388</sup>, sur sa source. Une des lignes de force de la réforme est donc l'entrée dans le Code

<sup>383</sup> Ph. THÉRY, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 9 et s., spéc. p. 19. – H. BATTIFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, 1979, LGDJ, p. 418 : « *L'idée que le droit a pour but propre non la justice en soi mais un bien qui pourrait être qualifié de commun aux membres de la cité est aussi ancienne que la réflexion sur le droit, au moins en Occident* ».

<sup>384</sup> G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, th. Dalloz, 2012, n° 268 et s.

<sup>385</sup> A. TADROS, « Sanction de l'empiètement : le nécessaire..., mais seulement le nécessaire à l'aune du projet de réforme de la responsabilité civile », *RDC* 2017, n° 2, p. 349.

<sup>386</sup> C. BLOCH, « La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile », *JCP G* 2016, suppl. au n° 30-35, p. 5, n° 14 et s.

<sup>387</sup> J.-S. BORGHETTI, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.* 2017, n° 14, p. 770 et s., n° 12.

<sup>388</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Un projet à refaire », *RDC* 2017, n° 4, p. 782 : « *Certes il consacre la fort utile notion de dommages-intérêts punitifs, mais en en faisant une simple amende civile, là où l'avant-projet Catala proposait, de façon plus souple et plus judicieuse, qu'une partie de la somme, laissée à l'appréciation du juge, puisse être allouée à la victime. Une telle répartition permettrait de ne pas avoir à inventer ou gonfler artificiellement des préjudices moraux* ».

civil de la fonction préventive de la responsabilité civile<sup>389</sup>. En introduisant l'amende civile non assurable dans un article 1266-1<sup>390</sup>, le garde des Sceaux pense pouvoir ouvrir « *une voie intermédiaire entre la voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages), et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements). Ce chemin intermédiaire est destiné à s'appliquer, lorsque le responsable aura délibérément commis une faute lucrative (recherche d'un gain ou d'une économie), sans nécessairement avoir recherché le dommage* »<sup>391</sup>. Il s'agit d'une véritable mesure répressive à finalité préventive telle que discutée<sup>392</sup> ou préconisée par la doctrine<sup>393</sup>, entremêlée à celle de cessation de l'illicite mise en lumière par le professeur Bloch<sup>394</sup>. Pour les professions juridiques, il avait déjà été recommandé « *la réintroduction sur le marché d'une ancienne molécule : la peine privée* » permettant sans aucun doute de réactiver la fonction normative de la responsabilité civile<sup>395</sup>. Si le droit positif retient que l'action en responsabilité peut indifféremment être dirigée contre la société ou contre l'associé concerné, ou encore contre les deux<sup>396</sup>, le projet suggère enfin opportunément l'introduction d'un article 1242-1 définissant, à l'instar des projets Catala (art. 1353) et Terré (art. 7, al. 1<sup>er</sup>), la faute de la personne morale qui « *résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* ».

<sup>389</sup> G. MARRAUD DES GROTTES, « Levée de rideau sur le projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC*147, avril 2017, n° 6296, p. 15 et s.

<sup>390</sup> Article 1266-1 : « *En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable.* »

<sup>391</sup> G. MARRAUD DES GROTTES, *ibid.*

<sup>392</sup> E. DREYER, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017, chron., p. 1136 et s., spéc. p. 1142 « *l'action de groupe semble constituer un instrument beaucoup plus redoutable que l'amende civile pour ramener la raison de ceux qui commettent par leurs fautes des dommages systématiques et peu graves. Elle suffit sans doute largement dès lors que l'on prend conscience des redoutables progrès réalisés, ces vingt dernières années, par le droit pénal des affaires. Les comportements relèvent de ce droit-là, et non du droit civil.* »

<sup>393</sup> C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préf. C. Thibierge et P. Noreau, th. Dalloz, 2011, n° 195.

<sup>394</sup> C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Dalloz, 2008.

<sup>395</sup> C. COUTANT-LAPALUS, « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes », *RDC*, 2015, n° 1, p. 182 et s.

<sup>396</sup> H. SLIM, « Responsabilité professionnelle et écran social », *JCP G* n° 19, 7 mai 2012, 572.

## 2) La déresponsabilisation par l'éviction des mécanismes de discipline par l'assurance

Ayant déjà subi une dégradation conceptuelle<sup>397</sup>, l'assurance de responsabilité s'est découverte certaines limites<sup>398</sup> en ce qui concerne les victimes mais aussi les auteurs dont la dilution assurantielle des responsabilités favorise la survenance du sinistre<sup>399</sup>, par une forme discrète de déclin de la responsabilité individuelle<sup>400</sup>. L'on a pu observer à ce titre, dans l'échantillonnage, une mise en œuvre hétérodoxe par le système assurantiel de différentes sanctions<sup>401</sup>, avec tous les effets déresponsabilisants que cela peut induire. Les limites seraient bien plus fortes s'il était sollicité l'assurance directe ou la solidarité nationale au lieu de l'assurance de responsabilité<sup>402</sup>, que les rémunérations des professions juridiques permettent encore de soutenir<sup>403</sup>. Ces mécanismes concurrents<sup>404</sup> mettraient en échec l'ambition moralisatrice et normative du droit de la responsabilité<sup>405</sup>. Des remèdes peuvent être proposés au phénomène de déresponsabilisation par les mécanismes de l'assurance neutralisés dans la pratique. En d'autres termes, l'objectif de responsabilisation au stade de l'obligation à la dette peut alors être secouru par la levée des obstacles à effets responsabilisants par l'aménagement des mécanismes d'assurance<sup>406</sup>, souvent évincés par les assurances collectives et les garanties modelées par la pratique.

<sup>397</sup> S. BERTOLASO, *Le déclin de l'assurance de responsabilité*, dir. H. Groutel, th. Bordeaux IV, 1996, n° 28 et s, spéc. n° 28.

<sup>398</sup> P. VAILLIER, *Les limites de l'assurance*, th. Bordeaux IV, 1999, La Tribune de l'assurance, 2001.

<sup>399</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, 1911, éd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 166.

<sup>400</sup> P. JOURDAIN, *op. cit.*, in *Études G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p. 554.

<sup>401</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1055 et s.

<sup>402</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 837 et s.

<sup>403</sup> Cf. L. DE CHARETTE, D. BOULARD, *Les notaires*, éd. Robert Laffont, 2010, p. 281 et s., Annexes, « Rapport de l'observatoire des professions juridiques et judiciaires. Les officiers publics et ministériels au 01/01/2008. Bilan économique. » – E. BERNARD, « Panorama des principaux acteurs du marché », in Dossier 33, « La RC des professions réglementées », *L'Argus de l'assurance*, n° 7219, 27 mai 2011, p. 33 et s., spéc. p. 41. – J. HAUSER, « Rémunération des mandataires judiciaires exerçant à titre individuel ou la loi au fil de l'eau », *RTDCiv.* 2012, p. 291.

<sup>404</sup> C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Ellipses, 2012, p. 200.

<sup>405</sup> D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation ») », in *Études offertes à P. Catala, Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 569 et s., spéc. p. 570, n° 3. – A. LAMOTHE, *L'indemnisation de la victime en droit de la responsabilité*, dir. D. Mazeaud, th. Paris II, 2010. – M. ROBINEAU, *th. préc.*, n° 430 et s.

<sup>406</sup> M. FLAMIA-BIONDETTI, *Réparation et dissuasion : Analyse de la dimension punitive de la condamnation civile*, dir. L. Grynbaum, th. Université La Rochelle, 2010, p. 667.

a) *L'absence de résiliation individuelle et d'évolution de la prime dans le contrat d'assurance collective*

Une neutralisation des moyens de dissuasion des comportements antisociaux attachés à la fonction préventive de la responsabilité civile est souvent provoquée par l'assurance<sup>407</sup>. L'assurance possède néanmoins des mécanismes de sanction (l'évolution des primes, les plafonds de garantie, les franchises, voire les exclusions) pouvant discipliner la responsabilité. Mais plus cette discipline assurantielle est affaiblie, plus la neutralisation connue de la fonction normative est élevée. Dans l'assurance de responsabilité des professions juridiques, la qualité de souscripteur unique de l'instance professionnelle pour le compte de l'ensemble des membres de la profession neutralise, dans le cadre d'un contrat d'assurance collective, les dispositions de l'article R. 113-10 du Code des assurances et donc la faculté de résiliation d'un seul des assurés professionnels, même s'il est particulièrement sinistré et met ainsi en danger la mutualité.

Confronté à la politique de tout ou rien, l'assureur ayant stipulé cette faculté peut résilier unilatéralement et uniquement l'entier contrat à la suite d'un sinistre, en assurance de groupe<sup>408</sup> et par extension en assurance collective. Le nouvel article L. 129-1 du Code des assurances inséré par la loi Hamon ayant apporté une définition légale de l'assurance collective de dommages et un « *pseudo-régime* » en a cependant exclu, paradoxalement – en n'échappant pas « *hélas, au style nouille et macaroni de la législation contemporaine* »<sup>409</sup> –, les risques professionnels<sup>410</sup>. Cette sanction est ici inadaptée et disproportionnée<sup>411</sup>. Imaginer la résiliation du contrat regroupant les 12 227 notaires de France<sup>412</sup>, à raison d'un seul sinistre voire d'une sinistralité excessive occasionnée par un seul, paraît illusoire. Cela ne s'est d'ailleurs jamais produit en pratique, ce qui rend l'assuré quasiment « *intouchable* » et la clause superflue<sup>413</sup>. Seul le législateur pourrait créer un texte en ce sens afin d'isoler le comportement d'un assuré.

<sup>407</sup> A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, I, Études de droit privé, de droit public et de droit comparé*, préface R. Cassin, éd. A. Pedone, 1975, p. 407 et s., spéc. p. 414, n° 11. – S. B. MARKESINIS, « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », *RIDC* 1983, p. 301 et s. – J. DE SALVE DE BRUNETON, « Les principes constitutionnels et la responsabilité civile », in *Mélanges J. Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 407 et s., spéc. p. 419.

<sup>408</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 1993, n° 90-12.482, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *RGAT* 1993, p. 336, note J. KULLMANN.

<sup>409</sup> Ph. MALAURIE, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, n° 14, Point de vue, p. 768 : « *ressembler, hélas, au style nouille et macaroni de la législation contemporaine, même quand elle réforme le Code civil. Hélas, hélas, hélas* ».

<sup>410</sup> R. BIGOT, « L'article L. 129-1 du Code des assurances, comète ou nébuleuse pour l'assurance collective de dommages des professionnels du droit ? », *Bulletin Juridique des Assurances – BJDA* n° 55, 2018, p. 42 et s.

<sup>411</sup> A. ASTEGIANO-LA RIZZA, *L'assurance et les tiers. Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, préface L. Mayaux, th. Defrénois, 2004, n° 829.

<sup>412</sup> Recensés au 30 avril 2018, et leurs 54 000 salariés : <https://www.notaires.fr/fr/le-notariat-en-chiffres>.

<sup>413</sup> F. LEDUC, « La clause de résiliation après sinistre en péril ? », *RCA* 2010, Étude 1, p. 5 et s.

Le mécanisme classique de sanction lié à l'évolution individuelle de la prime n'est encore pas adapté aux contrats d'assurance collective. C'est un taux général qui est appliqué sur le chiffre d'affaires de la profession ou un montant forfaitaire pour tous les assurés, pour permettre la mutualisation, simplifier grandement la gestion tout en réduisant son coût. L'éventuel effet de l'évolution de la prime globale ne paraît pas davantage, en la matière, de nature à jouer ce rôle sanctionnateur. Ces contrats sont généralement renégociés tous les trois ans, parfois tous les six ans, ce qui paraît assez long en termes de réactivité pour le jeu de la discipline assurantielle. L'assureur historique s'est en outre enfermé dans sa stratégie progressive d'extension de ce marché l'incitant à ne pas augmenter les primes globales malgré un déficit récurrent relatif à certains contrats. En définitive, les « bons » risques paient pour les « mauvais »<sup>414</sup>. L'aspect tarifaire ne jouerait pas toujours un rôle de discipline<sup>415</sup>. Le rôle dans la sélection des assurés n'est pas imparti à l'assureur mais à l'instance professionnelle lors de l'entrée dans la profession et dans sa régulation disciplinaire.

#### b) *L'impraticable clause de réduction-majoration*

Selon Starck, le point névralgique de l'assurance de responsabilité était de sauvegarder l'effet préventif de la responsabilité civile, tout en ne diminuant pas la garantie des victimes<sup>416</sup>. Puisque dans l'assurance collective un assuré fort sinistré paie la même prime qu'un assuré ne l'étant pas, la modalité de la prime n'y a plus vocation à responsabiliser les assurés. Cette situation n'est pas compensée par une clause de réduction-majoration, dite clause de bonus-malus, absente de tous ces contrats. Vouloir l'y introduire, ce qui serait souhaitable, n'est pas pouvoir le faire. Un élément technique constitue un frein à cette évolution, qui n'existe pas dans l'assurance automobile où les pouvoirs publics ont pu l'imposer<sup>417</sup>. Montesquieu relevait déjà l'efficacité des sanctions pécuniaires proportionnelles à la fortune du débiteur<sup>418</sup>. Cette clause serait même un remède supérieur à celui du découvert obligatoire des notaires<sup>419</sup>, à moins qu'il mène « *indirectement à une franchise déguisée ou à une auto-assurance* »<sup>420</sup>.

Au-delà de sa difficile conciliation avec l'absence de faculté de résiliation individuelle dans les contrats d'assurance collective, la mise en œuvre de la clause de réduction-majoration s'avère impraticable<sup>421</sup>, compte tenu de l'imputabilité très éloignée dans le temps de nombreux sinistres. Il s'agirait alors de modifier rétroactivement

<sup>414</sup> J. BIGOT (dir.), Ph. BAILLOT, J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, préface G. Durry, LGDJ, EJA, 2007, n° 779.

<sup>415</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 784 et s.

<sup>416</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, dir. M. Picard, th. Paris, éd. L. Rodstein, 1947, p. 491.

<sup>417</sup> Ph. BRUN, « Rapport français. Les peines privées en droit français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'indemnisation*, Journées Québécoises 2004, t. LIV, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 155 et s., spéc. 161, n° 13.

<sup>418</sup> C. DE SECONDAT BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. Lefèvre de 1835, rééd. Jean de Bonnot, 1999, t. 1, p. 140.

<sup>419</sup> B. STARCK, *op. cit.*, p. 492.

<sup>420</sup> H. CHARTIER, *Responsabilisation en droit des assurances de responsabilité civile*, dir. M.-L. Demeester, th. Orléans, 2003, n° 456 et s.

<sup>421</sup> Comité notarial de contentieux et de coordination, *Le notariat et sa responsabilité civile professionnelle*, Imprimerie G. de Bussac, 1984, p. 124.

le montant individuel de la prime payée par l'assuré selon le rattachement, lors de la réclamation, à l'exercice du fait générateur révélé tardivement. Cette imputation est encore impossible dans les transactions, l'assureur refusant d'y reconnaître la responsabilité de ses assurés.

c) *L'obsolescence programmée du contentieux de la faute intentionnelle*

Le principe de l'inassurabilité de la faute intentionnelle ou dolosive est non seulement soumis à une difficulté de gradation<sup>422</sup> générant des fluctuations jurisprudentielles d'appréciation entre conceptions restrictive<sup>423</sup> et large<sup>424</sup> de l'intention, mais encore à un tarissement du contentieux, en décalage avec les autres domaines de l'assurance. Les conséquences de ces conceptions – l'alternative entre l'indemnisation ou l'exclusion-sanction présentée comme radicale pour l'assureur – sont contournées par la pratique. Certains assureurs ont parfois tendance à vouloir trop facilement opposer cette exclusion de garantie. En sens contraire, les contrats d'assurance collective de responsabilité civile professionnelle et le système de gestion concertée, corporatistes<sup>425</sup>, présentent l'avantage, à l'égard des victimes, d'une faible invocation de l'article L. 113-1 du Code des assurances, susceptible néanmoins de réfréner sa fonction sanctionnatrice et normative<sup>426</sup>.

Le législateur et la jurisprudence n'ont pas appréhendé la complexité du problème en matière professionnelle de manière transversale, puisqu'ici, en ne prenant que l'exemple notarial qui serait le plus concerné, l'alternative se dissipe. En effet, si le notaire est insolvable, les victimes peuvent néanmoins être indemnisées de leur préjudice auprès de la caisse de garantie, elle-même assurée<sup>427</sup>. Concrètement, l'obsolescence programmée du contentieux de la faute intentionnelle procède des règles souples

<sup>422</sup> A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, préface D. Mazeaud, th. PUAM, 2004.

<sup>423</sup> D. NOGUÉRO, « Appréciation souveraine de la faute intentionnelle en assurance dommages, impliquant néanmoins la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu », note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 9 avr. 2009, *Sté ACM Iard c/ SCI Axestev et a.*, n° 08-15.867, inédit, *RDI* 2009, p. 483 ; « Faute intentionnelle, prise de risque et dommage tel qu'il est survenu », note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 2009, *Serrano c/ Sté Zuritel*, n° 08-18.512, inédit, *RDI* 2009, p. 654 ; « Échec de la stratégie de contournement face à la définition restrictive de la faute intentionnelle de l'architecte », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mars 2011, *Mutuelle des architectes français c/ Sté Becker Bau e. a.*, n° 09-72.744, inédit, *RDI* 2011, p. 288 ; « Faute intentionnelle ou dolosive ? Tradition confirmée de la troisième chambre civile de l'exigence du dommage tel qu'il est survenu », *RDI* sept. 2015, pp. 425-427 ; « Faute intentionnelle ou dolosive. Auteur de la faute », *D.* 2015, p. 1238 ; « De l'exclusion conventionnelle pour défaut d'entretien et de réparation à l'absence d'aléa, de réunion des conditions de la garantie, voire à la faute dolosive », *RDI* juill.-août 2017 – Cf. Cour de cassation, Rapport annuel 2011, *Le risque*, La Documentation française, 2012, p. 227. – S'agissant d'un notaire : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2011, *M. Y. c/ MMA*, n° 10-15.933, inédit.

<sup>424</sup> R. BIGOT, « La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle », *RLDC* n° 59, avr. 2009, n° 3406, p. 72 et s. ; *Bulletin d'actualités Lamy Assurances* n° 160, avr. 2009, p. 1 et s.

<sup>425</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 526 et s. – Dans le même sens, J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2268.

<sup>426</sup> Cf. les rares exemples, R. BIGOT, *th. préc.*, n° 870 et s.

<sup>427</sup> S. BERTOLASO, *Le déclin de l'assurance de responsabilité*, dir. H. Groutel, th. Bordeaux IV, 1996, n° 404. – C. CARBONARI, *La responsabilité civile des professionnels du droit*, dir. J.-M. Bruguière, th. Université d'Avignon, 2003, n° 1039 et 1040 : s'agissant du domaine de la garantie collec-

de gestion – ou pratiques – de l'apériteur dominant faussant le jeu du mécanisme par une politique hétérodoxe du refus de garantie<sup>428</sup>, mise en lumière par plusieurs cas réels de conflit d'intérêts<sup>429</sup> générés par la mission de défense professionnelle et la compétence des comités quant à la décision et à la stratégie de défense relative à la faute intentionnelle, ainsi étouffée par transaction<sup>430</sup>. Généralement, tel que le représente le professeur Marly, « *en un sens obvie, l'assurance découvre un service qu'une personne rétribuée dans l'espoir de ne pas le consommer* »<sup>431</sup>. Il arrive cependant que certains professionnels aient un espoir moindre et fassent le calcul anticipé de la franchise, au prix d'une faute lucrative coûteuse pour la mutualité mais profitable pour l'assuré concerné<sup>432</sup>. Sans dire son nom expressément, mais en utilisant le vocable de faute délibérée « *en vue d'obtenir un gain ou une économie* », l'article 1266-1 du dernier projet de réforme de la responsabilité est susceptible de remédier très partiellement au problème de la faute lucrative, laquelle reste ici ancrée dans un système assurantiel.

Il a été ainsi envisagé un avenir meilleur pour la faute intentionnelle en matière professionnelle<sup>433</sup>. Bien que l'on assiste depuis quelques années, selon Madame le professeur Péliissier, à une « *résurrection* » de la faute dolosive en jurisprudence<sup>434</sup>, il convient de prendre davantage en compte le contexte assurantiel particulier des professions juridiques – lequel diffère de celui des dirigeants sociaux<sup>435</sup> – avant de renouveler la notion et les garanties qui l'accompagnent, afin d'espérer une mise en œuvre raisonnable<sup>436</sup>. À ce titre, il est préférable de retenir une conception autonome des fautes intentionnelles professionnelles, la généralisation de l'inopposabilité de l'exception aux victimes et la solidarité directe de la profession en garantie de l'éventuelle insolvabilité de l'assuré.

---

*tive, « deux points sont capitaux. D'une part, l'exclusion de la faute intentionnelle n'est pas prévue dans la délimitation de l'assurance collective et d'autre part, on souligne de nouveau que la nature de la faute commise n'a pas d'importance ».*

<sup>428</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 908 et s.

<sup>429</sup> T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. Alleaume, Fondation Varenne, coll. « des thèses », n° 104, 2014.

<sup>430</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 918 et s.

<sup>431</sup> P.-G. MARLY, *Droit des assurances*, Dalloz, 2013, n° 1.

<sup>432</sup> R. BIGOT, *op. cit.*, RLDC n° 59, avr. 2009, n° 3406, p. 76 : « *Dans le domaine des professions réglementées, cette évaluation préalable consiste à dresser un bilan coût/avantages d'un éventuel sinistre de responsabilité en lien avec l'acte passé. Ce bilan économique anticipé revient le plus souvent en une simple soustraction : déduire des honoraires ou émoluments que procure l'acte accompli le montant de la franchise du futur sinistre de responsabilité consécutif à cet acte négligé* ».

<sup>433</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 947 et s.

<sup>434</sup> J. BIGOT, A. PÉLISSIER et L. MAYAUX, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* 2015, p. 78. – Comp. avec la tendance par ailleurs à l'assimilation par la jurisprudence, depuis 1939, de la faute lourde à la faute intentionnelle ou dolosive (Req., 24 oct. 1932, DP, 1932.I.176 ; S., 1933.I.289, note P. ESMEIN). L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré cette assimilation (art. 1231-3) : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 951.

<sup>435</sup> A. CONSTANTIN, « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bulletin Joly Sociétés* 2010, n° 9, p. 762 et s.

<sup>436</sup> R. BIGOT, « Le radeau de la faute intentionnelle inassurable », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 2018, n° 17-11.886, 17-16.558, inédit, *Bulletin Juridique des Assurances – BJD* n° 57, 2018. – S. ABRAVANEL-JOLLY, « De la faute intentionnelle d'un avocat », *LEDA* juin 2018, n° 111g2, p. 2.

En plus de devoir être autonome, la conception de la faute intentionnelle professionnelle devrait être unifiée entre les professions juridiques, pour mettre fin aux différences de traitement que subissent certaines d'entre elles. En effet, les avocats<sup>437</sup> et les administrateurs judiciaires<sup>438</sup> se voient opposer la conception large, plus sévère à leur égard, alors que la profession notariale bénéficie d'un régime de faveur, en se voyant appliquer la conception stricte de la faute intentionnelle<sup>439</sup>. Cette inégalité de traitement a été ignorée dans le rapport annuel de la Cour de cassation relatif au risque, de 2011. À ce titre, ce rapport n'évoque pas l'arrêt du 9 juin 2011 relatif à la responsabilité notariale, source de distorsion. Il est même rapidement affirmé dans ce rapport que la Cour de cassation apprécie la faute intentionnelle « *plus sévèrement à l'égard des professionnels* »<sup>440</sup>, cependant il serait plus juste d'ajouter en fin d'affirmation « *sauf les notaires* », car compte tenu de cette jurisprudence aucune sévérité particulière n'est retenue à leur encontre alors que leur statut d'officier ministériel et public y invite davantage. Une décision du 29 mars 2018 ayant trait à la responsabilité d'un avocat<sup>441</sup> n'est pas pleinement satisfaisante en termes de politique juridique. Elle laisse partir à la dérive la notion de faute intentionnelle<sup>442</sup>. Si elle paraît harmoniser l'approche de cette faute qualifiée entre l'avocat et le notaire, la décision déçoit en ce qu'elle « *n'est pas suffisamment fondée, ni opportune* »<sup>443</sup> et renonce à la double conception de la faute intentionnelle ou dolosive, non assimilées, en revenant sur de récentes décisions ayant admis des fautes intentionnelles dolosives de professionnels du droit. Or, pour sauvegarder ce rare mécanisme de discipline par l'assurance dans ces contrats collectifs, il aurait été préférable de faire triompher la thèse d'une possible preuve de la volonté de créer le dommage « *par la démonstration que l'assuré a délibérément violé ses obligations avec la conscience qu'un dommage résulterait inéluctablement de son comportement, en l'espèce très douteux* »<sup>444</sup>.

<sup>437</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 24 mai 2006, n° 03-21.024, *RGDA* 2006, p. 632, note J. KULLMANN. – Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-14.884, *Bull. civ.* II, n° 131, *RGDA* 2010, p. 684, 3<sup>e</sup> esp., note J. KULLMANN ; *Gaz. Pal.* 27-31 août 2010, p. 12 et 13, note B. RICHARD ; *D.* 2010, p. 355, note Y. AVRIL.

<sup>438</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 oct. 2008, n° 07-14.373, inédit : R. BIGOT, « La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle », *RLDC* 2009/159, n° 3406, p. 72 et s. ; *Bulletin d'actualités Lamy Assurances* n° 160, avr. 2009, p. 1 et s.

<sup>439</sup> Civ., 9 juin 2011, *M. Y. c/ MMA*, n° 10-15.933, inédit, *RGDA* 2011, n° 4, p. 954 et s., spéc. p. 963, note J. BIGOT : « *on retrouvait dans ces motifs d'une part le dol, d'autre part la prise de risque consciente et délibérée, altérant le caractère aléatoire du risque. Le pourvoi avait beau jeu de soutenir que la preuve n'était pas rapportée que l'assuré avait voulu provoquer le dommage subi par les acquéreurs tel qu'il était survenu. Il est en effet vraisemblable que la motivation du notaire était de réaliser l'affaire en percevant ses émoluments. [...] C'est la confirmation : de ce qu'une infraction intentionnelle ne constitue pas nécessairement une faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances ; de ce que, malgré les souhaits d'une partie de la doctrine, la Cour n'entend pas s'attacher à la prise délibérée du risque de dommage et au défaut d'aléa pour caractériser la faute intentionnelle* ».

<sup>440</sup> Cour de cassation, Rapport annuel 2011, *Le risque*, La Documentation française, 2012, p. 227-228.

<sup>441</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 2018, n° 17-11.886, 17-16.558, inédit.

<sup>442</sup> R. BIGOT, « Le radeau de la faute intentionnelle inassurable », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 2018, n° 17-11.886, 17-16.558, inédit, *Bulletin Juridique des Assurances – BJD* n° 57, 2018.

<sup>443</sup> S. ABRAVANEL-JOLLY, « De la faute intentionnelle d'un avocat », *LEDA* juin 2018, n° 111g2, p. 2.

<sup>444</sup> R. BIGOT, *op. cit.*, *Bulletin Juridique des Assurances – BJD* n° 57, 2018.

Les comportements professionnels douteux<sup>445</sup> ne permettent pas d'appréhender classiquement la volonté de causer un dommage<sup>446</sup> dont le critère – l'intention de nuire – tel qu'adopté par la jurisprudence pour les atteintes matérielles et corporelles s'accommode mal avec les dommages immatériels prédominants et consécutifs de ces professionnels du droit<sup>447</sup>. Pour qualifier la faute intentionnelle en ce domaine de la responsabilité des professionnels réglementés, on peut s'appuyer sur un faisceau d'indices, avec un élément central caractérisé par la certitude, en toute vraisemblance pour un professionnel diligent, des conséquences préjudiciables de ses actes<sup>448</sup>. Sans systématiquement tenir compte du but recherché, c'est l'acte manifestement délibéré qui est visé, générant une vraisemblance<sup>449</sup> devant elle-même permettre, pour une « *saine rigueur plus ou moins tempérée par la prise en compte de l'absence d'aléa* »<sup>450</sup>, l'éviction de l'assurance des cas de fautes professionnelles volontairement dommageables<sup>451</sup>. Ces comportements douteux préjudiciables ne peuvent être appréhendés que par une conception autonome de la faute intentionnelle. Pour cela, la discussion sur les éventuelles fautes doit néanmoins avoir lieu. Pour cette raison, il convient de mettre fin à certaines pratiques pour faire fonctionner normalement le mécanisme, ce qui impose encore une externalisation du contrôle de la faute intentionnelle. On peut également imaginer de les sanctionner par une déchéance spéciale de garantie créée par le législateur à cet effet. Les commissions indépendantes souhaitées, présidées par un magistrat, seraient les plus à même d'effectuer le contrôle externalisé de ces mesures.

## B. La déresponsabilisation au stade de la contribution à la dette

La déresponsabilisation constatée trop fréquemment intervient également au stade de la contribution à la dette. En d'autres termes, les ressorts de la responsabilisation sont liés à la contribution, partielle ou totale, mais effective de l'assuré à la prise en charge du dommage. Si les mesures de responsabilisation de l'assurance de responsabilité

<sup>445</sup> Il existe aussi des clients malhonnêtes, cf. M. DUGUÉ, « Le devoir de conseil et la faute intentionnelle du client », *RLDC* n° 157, mars 2018, n° 6422, p. 39 et s.

<sup>446</sup> H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *Traité préc.*, n° 546 et 567. Adde H. GROUDEL, « Quand la deuxième chambre civile repeint (mal !) la façade de la faute intentionnelle (À propos de Civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2011, n° 10-23.004 et Civ. 2<sup>e</sup>, 14 juin 2012, n° 11-17.367) », *RCA*, sept. 2012, Étude 6, p. 6 et s., spéc. n° 2. Comp. P.-G. MARLY, « La faute intentionnelle : entre conscience et volonté de créer le dommage », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juill. 2012, n° 11-16.414, *Bull. civ.* III, n° 107, « L'Essentiel Droit des assurances », 15 sept. 2012, n° 8, p. 1. Comp. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juill. 2012, n° 10-28.535, 10-28.616 et 11-10.995, *Bull. civ.* III, n° 106.

<sup>447</sup> *Ibid.* – Adde R. BIGOT, *op. cit.*, *RLDC* n° 59, avr. 2009, n° 3406, p. 75.

<sup>448</sup> H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *Traité préc.*, n° 567.

<sup>449</sup> B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 268 : « pour les responsabiliser, elle [la jurisprudence] décline toute application du contrat d'assurance, lorsque la faute du professionnel, suffisamment caractérisée par un comportement frauduleux, est marquée par une certaine turpitude et fourberie. Lorsque l'assuré transgresse des règles, qu'il ne peut ignorer de par sa fonction, il se place dans une situation illégale et illicite, telle que le dommage va nécessairement se réaliser. Il favorise la commission du sinistre, avec une prévisibilité certaine. Inévitablement, une telle attitude est constitutive d'une faute intentionnelle ».

<sup>450</sup> L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, préface J. Bigot, LGDJ, Lextenso éd., 2011, n° 188.

<sup>451</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2., *op. cit.*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. refondue Quadrige, 2004, n° 1142.

sont fortement réduites dans les assurances collectives des professions juridiques<sup>452</sup>, elles peuvent emprunter deux formes ayant perdu leur effectivité en pratique. Elle est susceptible de prendre corps, d'une part, dans une contribution partielle par l'application d'un découvert de garantie effectif, sous forme de l'instauration d'un régime cadre de découvert obligatoire, dans les dommages de responsabilité civile (1). Il peut s'agir, d'autre part, d'une contribution intégrale consistant à éviter la prise en charge des défaillances les plus graves, le plus souvent des dommages liés à une responsabilité pénale, par l'assurance de responsabilité et/ou la garantie collective des professionnels qui tendent à s'entremêler (2).

### 1) La responsabilisation par l'absence de contribution partielle de l'assuré à la prise en charge d'un dommage de responsabilité civile

Les contrats d'assurance des professions juridiques sont majoritairement soumis au régime de la franchise absolue qui s'inscrit dans une telle variété dans la réglementation et les contrats<sup>453</sup> que seul un régime-cadre du découvert obligatoire pourrait remplir de manière pérenne l'objectif de responsabilisation, qui est par ailleurs recherché de manière trop dispersée pour de rares professions<sup>454</sup>. La réglementation génère majoritairement une franchise facultative. Bien qu'un seuil minimal soit le seul à même de responsabiliser effectivement l'assuré, il est très rarement imposé. Le montant du plafond maximal présente encore une perte d'effet dissuasif en étant souvent inadapté aux revenus professionnels et aux risques. Mais les informations statistiques des études et des offices sur les revenus ne pourront pas être transmises tel qu'espéré<sup>455</sup>. La liberté contractuelle accolée à la technique de la franchise permet son aménagement, ce qui présente le risque de faire disparaître l'effet sanctionnateur et préventif du droit des assurances. Pour ces raisons, le régime du découvert obligatoire individuel se justifie davantage dans ce domaine de l'assurance des professions juridiques. Appliqué comme il se doit, il permettrait de « limiter la désinvolture ou

<sup>452</sup> J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durrty, LGDJ, 2017, n° 2277.

<sup>453</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 984 et s.

<sup>454</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1011 et s.

<sup>455</sup> « Une mesure de la loi Macron annulée », *Droit & patrimoine*, n° 270, juin 2017, p. 17 : « Dans une décision du 24 mai 2017, le Conseil d'État a annulé l'une des mesures d'application de la loi Macron relatives aux tarifs réglementés des professions juridiques et judiciaires (avocats, notaires, huissiers de justice, etc.) devenue l'article R. 441.21 du Code de commerce. Pour avoir une approche très fine de la structure de chacun de ces marchés dans le but d'établir des tarifs prenant en compte les "coûts pertinents", le décret du 26 janvier 2016 avait prévu que les informations statistiques des études et des offices soient transmises, via les instances régionales ou départementales, aux instances professionnelles nationales : la chambre nationale des commissaires-priseurs judiciaires, le Conseil national des greffiers de tribunaux de commerce, la Chambre nationale des huissiers de justice, le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, le Conseil supérieur du notariat et le Conseil national des barreaux. Selon le Conseil d'État, le recueil de ces informations portait une atteinte illégale au secret industriel et commercial. Il risquait de révéler à de potentiels concurrents la santé financière et la stratégie commerciale des études et des offices ».

le cynisme de certains assurés »<sup>456</sup>, de respecter les impératifs techniques de l'assurance<sup>457</sup> et *in fine* de diminuer les primes. Il ne s'agit pourtant que d'une exception jusqu'à présent.

Le découvert obligatoire constitue la part du préjudice subi par la victime qui reste à la charge de l'assuré et que ce dernier ne peut faire garantir par un autre assureur<sup>458</sup>. Il évite de créer une « *immunité financière* »<sup>459</sup> de l'assuré en le contraignant à assumer une quotité de sa dette de responsabilité au stade de sa contribution<sup>460</sup>. Le caractère impératif du découvert obligatoire le différencie de la franchise (relative ou absolue)<sup>461</sup>. Néanmoins, l'impérativité est susceptible, *rinforzando*, de degrés, avec *primo* le découvert obligatoire contractuel<sup>462</sup> – non mis en œuvre en assurance de responsabilité civile professionnelle – et *secundo* le découvert obligatoire légiféré ou réglementé, d'ordre public, réduisant de manière graduelle la liberté de l'assureur. Tantôt le seul principe du découvert est imposé<sup>463</sup>. Tantôt son montant est également fixé et plafonné<sup>464</sup>. Il peut être exprimé en pourcentage, lui-même variable selon le montant de l'indemnité sur laquelle il s'applique. Il a un réel rôle préventif dans l'assurance de responsabilité, alors que la franchise n'est qu'une simple mesure d'incitation – insistons sur la nuance – à la prévention<sup>465</sup>.

L'hétérogénéité marquée des régimes appliqués en la matière aux professions juridiques invite à imposer le régime du découvert obligatoire réglementé, dans son principe et dans son montant. L'exemple notarial est intéressant<sup>466</sup>, bien que son

<sup>456</sup> J. BIGOT (dir.), J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, V. NICOLAS, *Traité préc.*, t. 3, n° 1544. – A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, dir. J. Carbonnier, th. LGDJ, 1973, n° 141.

<sup>457</sup> D. NOGUÉRO, « Interprétation du contrat d'assurance en faveur de l'assuré consommateur », note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 9 avr. 2009, n° 08-15.714, inédit, *JCP G* 2009, n° 29-30, Assurance de groupe 128, p. 12 et s., spéc. p. 15.

<sup>458</sup> L. GRYNBAUM (dir.), *Assurances*, L'Argus éd., Droit & pratique 2017/2018, n° 2679.

<sup>459</sup> M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, préf. M.-L. Demeester, th. Defrénois, 2006, n° 235.

<sup>460</sup> J. BONNARD, *op. cit.*, n° 498. Comp. H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *op. cit.*, n° 1576. – H. CHARTIER, *th. préc.*, n° 430.

<sup>461</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2017, n° 615.

<sup>462</sup> H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *op. cit.*, n° 1577.

<sup>463</sup> Par exemple dans le contrat d'assurance de responsabilité décennale pour les travaux de bâtiment souscrit obligatoirement par tout constructeur d'ouvrage (C. assur., art. A. 243-1, annexe 1). Des auteurs relèvent à juste titre que « *le terme de franchise est employé improprement : la garantie du découvert étant interdite à l'assuré, c'est bien un découvert obligatoire et non une franchise stricto sensu que la loi impose* » : H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *op. cit.*, n° 1577, note 739.

<sup>464</sup> En matière d'assurance des risques de catastrophes naturelles : C. assur., art. A. 125-1, annexe I, d et annexe II, d.

<sup>465</sup> G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préface A. Tunc, th. LGDJ, 1965, p. 174. – H. CHARTIER, *th. préc.*, n° 439. – J. BIGOT (dir.), J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, V. NICOLAS, *Traité préc.*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, préface G. Durry, LGDJ, EJA, 2002, n° 1544.

<sup>466</sup> L'article 13 du décret n° 55-604 du 20 mai 1955 relatif aux offices publics et certains auxiliaires de justice dispose que « *chaque notaire est tenu d'assurer sa responsabilité professionnelle dans les conditions fixées par arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et du garde des sceaux, ministre de la justice. Les caisses régionales peuvent également s'assurer contre les risques résultant pour elles de l'application du présent décret. Toutefois, en ce qui concerne exclusivement les rapports des notaires et de la caisse régionale de garantie avec leurs assureurs, les indemnités*

application ne soit pas contrôlée, ce à quoi il faut remédier. Un seuil plancher d'un dixième des indemnités dues reste à la charge du notaire avec un plafond du découvert obligatoire fixé à 7 700 € jusqu'en 2012<sup>467</sup>. La faible application du découvert – bien qu'obligatoire – constatée dans l'échantillonnage et l'impotence préventive de ce montant au regard du coût de certains sinistres et sa rare actualisation, cumulées à la redondance de certaines fautes lucratives et aux revenus moyens des notaires rendant insignifiante la sanction financière, ont conduit, pour éviter une hausse de la prime, à un arrêté du 30 mars 2012 relevant ce montant à 15 000 €<sup>468</sup>.

Il s'agissait d'ailleurs d'une condition très particulière lors du renouvellement du contrat triennal, signé le 22 février 2012 par le Président du Conseil supérieur du notariat et celui de MMA IARD Assurances Mutuelles et prenant effet le 1<sup>er</sup> mars 2012 (pool 17). L'article II des conditions particulières du pool 17 stipulait en effet que « *Le taux de cotisation mentionné à l'article 56 des conditions générales est fixé à : 2,00 % hors taxe sous réserve que, au 30 avril 2012, le plafond réglementaire de la franchise visée à l'article 8 ait été porté à 15 000 €. À défaut, le taux serait porté à 2,025 % jusqu'à la publication de l'arrêté interministériel fixant le plafond à 15 000 €* ». Non seulement le contrat utilise le terme de franchise alors qu'il s'agit d'un découvert obligatoire réglementé, mais encore cette stipulation met en lumière l'exceptionnel partenariat entre ces pôles officieux émetteurs de droit<sup>469</sup> pouvant faire leur affaire par un aménagement contractuel de la réglementation en vigueur et de celle à venir. L'article 8 du pool 17 des notaires retient encore une autre terminologie que le découvert obligatoire, celui de « *participation à la charge des notaires* », stipulant qu'« *il reste à la charge du notaire une participation, par sinistre, égale : – à 35 % de la part d'indemnisation inférieure ou égale à 15 000 €, – à 25 % de la part d'indemnisation supérieure à 15 000 €. Cette participation est toutefois limitée au maximum prévu par la réglementation en vigueur à la date de la réclamation et ne peut faire l'objet d'aucune assurance conformément à ladite réglementation* ». Est encore occulté le terme de « *découvert obligatoire* » par celui de « *participation* » qui, au-delà d'être inexact, donne l'impression qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme impératif mais d'une simple stipulation aménageable. On relève surtout l'augmentation parallèle du pourcentage du découvert, qui était égal à 20 % de la part d'indemnisation inférieure ou égal à 15 000 € et à 10 % de la part d'indemnisation supérieure à 15 000 € dans les précédents pools<sup>470</sup>. Ont également disparu les termes « *toujours déduite* » après celui de « *participation* », ce qui implique que l'assureur réalise en principe un recours auprès

---

*versées aux créanciers des notaires restent à la charge du notaire pour un dixième au moins et, le cas échéant, à la charge de la caisse, pour un dixième au moins, le tout dans la limite de plafonds fixés par l'arrêté visé au premier alinéa ci-dessus* ».

<sup>467</sup> Arrêté du 11 déc. 2001 modifiant l'arrêté du 28 mai 1956 relatif à la garantie de la responsabilité professionnelle des notaires, *JORF* n° 297 du 22 déc. 2001 : « *Art. 1<sup>er</sup>. – L'article 10 de l'arrêté du 28 mai 1956 susvisé est ainsi rédigé : Art. 10. – La limite des plafonds visés à l'alinéa 3 de l'article 13 du décret du 20 mai 1955 est fixée comme suit : 1° En ce qui concerne les notaires : 7 700 € ; 2° En ce qui concerne les caisses régionales de garantie : 7 700 €. Art. 2. – Les dispositions du présent arrêté entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002* ».

<sup>468</sup> « *Garantie collective des notaires : nouveau montant de la franchise* », *JCP G* 2012, n° 16, Act., p. 780 ; Arr. 30 mars 2012, *JO* 7 avr. 2012, p. 6393.

<sup>469</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1109.

<sup>470</sup> *Cf.* par exemple l'article 8 du pool 14 (contrat triennal prenant effet au 1<sup>er</sup> mars 2003 jusqu'à fin février 2006).

du notaire après le paiement de l'indemnité à la victime. Ces mesures sont-elles dans le sens de la responsabilisation ou une responsabilisation en trompe-l'œil ? Alourdir le montant du découvert à la fois dans son pourcentage et dans son plafond n'est efficace que s'il est effectivement appliqué, ce qu'on ne peut vérifier aujourd'hui. Les pratiques passées ont démontré le contraire<sup>471</sup>. Parfois, des réformes-marketing sont opérées afin que « *tout change pour que rien ne change* »<sup>472</sup>. Pire parfois, « *pour transposer le mot célèbre de Montesquieu dans l'Esprit des lois, "les réformes inutiles affaiblissent les réformes nécessaires"* »<sup>473</sup>.

Il conviendrait donc déjà que ce découvert obligatoire, de même que la franchise, ne soit fiscalement pas « *déductible des revenus professionnels* »<sup>474</sup> pour espérer préserver un soupçon de finalité morale<sup>475</sup>, dissuasive et donc préventive du mécanisme. La responsabilisation souhaitée par le législateur ayant instauré ce découvert est encore susceptible d'être partiellement désagrégée par la pratique du partage du découvert obligatoire en présence de coauteurs, voire totalement désagrégée par la pratique de la dispense de découvert obligatoire<sup>476</sup> lissant en surface certains conflits d'intérêts générés par le contrat d'assurance collective<sup>477</sup>. Est ainsi trop souvent abandonné

<sup>471</sup> J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durfy, LGDJ, 2017, n° 2278 : « *En pratique, l'assureur réglerait généralement l'indemnité sans franchise, disposant de la faculté de la récupérer sur l'assuré. Mais il ne le ferait pas toujours* ».

<sup>472</sup> C. VAUTROT-SCHWARTZ, « Le monopole des avocats aux Conseils est conforme à la Constitution », *JCP G* 2017, n° 23, *Avocats*, 660, p. 1125 : le monopole des avocats aux Conseils est conforme à la Constitution (CE, 28 sept. 2016, n° 397231, M. B) et l'Autorité de la concurrence, dans un récent avis (10 oct. 2016, n° 16-A-18, *JO* 1<sup>er</sup> nov. 2016, texte n° 41) a dénoncé la forte concentration de l'offre sur un petit nombre d'offices très rentables mais n'a paradoxalement recommandé la création que de 4 nouvelles charges.

<sup>473</sup> Ph. MALAURIE, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, n° 14, Point de vue, p. 768.

<sup>474</sup> Comité notarial de contentieux et de coordination, *Le notariat et sa responsabilité civile professionnelle*, Imprimerie G. de Bussac, 1984, p. 123. – Comp. F. DOUET, T. DOUVILLE, « Principe indemnitaire et droit fiscal », *RGDA* 2015, n° 8-9, p. 386 et s. – F. DOUET, *Précis de fiscalité des assurances et des indemnités*, préf. B. Beignier, LexisNexis Litec, 2009.

<sup>475</sup> A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, dir. J. Carbonnier, th. LGDJ, 1973, n° 141.

<sup>476</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1034 et s.

<sup>477</sup> Cette dispense est souvent accordée en contrepartie de l'acceptation d'un notaire de ne pas mettre en cause la responsabilité d'un confrère fautif ou encore en présence d'une transaction dont l'assuré a refusé de reconnaître sa responsabilité, bien que les transactions soient pourtant permises sans l'accord de l'assuré par la clause de direction du procès. L'abandon du recouvrement du découvert obligatoire par l'assureur ne devrait pas avoir lieu. Cf. R. BIGOT, *th. préc.*, annexe 131, échantillon notaire n° 312 : par courrier du 20 octobre 2005, le notaire mis en cause écrit à son assureur pour lui indiquer que « *Maître ..., avocat, m'informe que vous auriez donné définitivement accord pour régler une indemnité transactionnelle et forfaitaire à la société ... de 45 000 € pour éviter une procédure contentieuse (par suite d'une erreur que j'aurais commise, mais qui est en fait imputable à Maître ..., notaire des consorts ...). Je vous confirme refuser cette transaction, considérant que le risque de résiliation de bail n'a jamais vraiment existé et préférer par conséquent la solution qui consiste à laisser les consorts ... assigner la société ... et se défendre sur cette procédure* ». – Échantillon notaire n° 102 : le notaire refuse de régler son découvert obligatoire par suite d'une transaction intervenue sans son accord (TGI Belley, Ordonnance de radiation, n° 01/00527). – Annexe 191, échantillon notaire n° 494 : refus d'un notaire de payer son découvert obligatoire.

le recouvrement du découvert obligatoire<sup>478</sup>, par suite d'une décision du comité de gestion concertée notamment<sup>479</sup>. Un degré supérieur d'obligatorité est donc recherché, lequel ne doit pas être aménageable. Encore faut-il que le découvert obligatoire soit rendu systématiquement inopposable aux tiers lésés<sup>480</sup>, soit contrôlé de manière externalisée pour prétendre à l'effectivité et ne fasse pas l'objet, comme pour les notaires, de dispenses de paiement par l'assureur, lesquelles instaurent une inégalité de traitement entre assurés<sup>481</sup> et désagrègent l'ambition de responsabilisation.

En principe, un découvert ou une franchise dépassant le seuil établi par la réglementation impérative ne sera opposable à l'assuré et au tiers-victime que dans la limite fixée légalement<sup>482</sup>. L'on croyait au premier abord que la responsabilisation était rétablie par une pratique des franchises aggravées<sup>483</sup> ou des découverts obligatoires aggravés, au terme de laquelle certains assurés acceptent de contribuer partiellement à l'indemnisation du dommage, au-dessus du montant du découvert légalement plafonné<sup>484</sup>, jusqu'à 400 000 €<sup>485</sup>. Mais sa mise en œuvre hétérodoxe<sup>486</sup>, par application à nouveau disparate pour des comportements proches, creuse l'inégalité de traitement et dissimule souvent une fausse sanction, plongeant ainsi l'objectif avancé de responsabilisation dans des eaux troubles. Le professeur Jean Bigot relève qu'« *en pratique, en contrepartie de l'acceptation par l'assuré de la franchise aggravée, l'instance professionnelle pourrait "parfois oublier" de dénoncer au procureur les agissements du praticien à coloration pénale, alors que la loi lui en fait obligation. Cet "arrangement" peut être grave de conséquences, car il peut mettre le praticien ayant commis des infractions pénales à l'abri de poursuites si le procureur n'a pas été informé par une plainte du*

<sup>478</sup> R. BIGOT, *th. préc.* : cf. *ex multis* annexe 175, échantillon notaire n° 377. – Annexe 176, échantillon notaire n° 387. – Annexe 178, échantillon notaire n° 419. Comp. annexe 140, échantillon expert-comptable n° 735. – Annexe 225, échantillon notaire n° 291.

<sup>479</sup> R. BIGOT, *th. préc.* : échantillon notaire n° 240 : TGI Strasbourg, 2<sup>e</sup> Chambre commerciale, 31 juill. 2006, *RG* n° 05/00099. TGI Strasbourg, 2<sup>e</sup> Chambre commerciale, Cab. 1, 21 avr. 2008, Ordonnance d'extinction par l'effet du désistement, *RG* n° 08/00335 puis CA Colmar, 1<sup>re</sup> Chambre civile, Section A, 22 avr. 2008, *RG* n° 08/01307 : la cour donne acte aux parties de leur désistement. Cf. également CA Colmar, 1<sup>re</sup> Chambre civile, Section A, 5 févr. 2007, *RG* n° 06/04048 : ordonne la radiation de l'affaire.

<sup>480</sup> L'assureur peut après paiement intégral des indemnités dues faire un recours contre l'assuré et peut ainsi assumer plus facilement son risque d'insolvabilité, afin que les nécessités de la prévention chères à Starck ne se retournent pas contre les intérêts des victimes, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, dir. M. Picard, th. Paris, éd. L. Rodstein, 1947, p. 492 : « *Certaines polices ont introduit la clause du découvert obligatoire, notamment en matière de responsabilité notariale et professionnelle, qui, certes, pourrait constituer le remède recherché si, par là, les nécessités de la prévention ne se retournaient pas une fois de plus contre les intérêts de la victime. Car, dans la limite de ce découvert, cette dernière risque de rester sans indemnité au cas d'insolvabilité du défendeur* ».

<sup>481</sup> Sur l'égalité de traitement entre assurés, cf. M. LELOUP-VELAY, *L'assurance face aux droits fondamentaux de la personne humaine*, th. Université Paris-Dauphine, 2017, n° 36.

<sup>482</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 oct. 2013, n° 12-20.504, *RCA* 2014, com. 17. – Cf. L. GRYNBAUM (dir.), *Assurances*, L'Argus éd., Droit & pratique 2017/2018, n° 2681.

<sup>483</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1011 et s.

<sup>484</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1048 et s.

<sup>485</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1072.

<sup>486</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1055 et s.

tiers lésé»<sup>487</sup>. Il y a des exemples « édifiants de cette mansuétude : suspicion de faux en écritures publiques, activités interdites, octroi d'une garantie pour un sinistre relevant d'une exclusion, absence de déclaration de sinistre alors que l'assuré a été condamné par défaut »<sup>488</sup>. Dans les faits à l'origine de ces pratiques, l'application classique du droit des assurances conduirait souvent à une exclusion ou une déchéance de garantie, et donc à une contribution totale du responsable à la réparation du dommage. Le droit des assurances en sort déformé et les dispositifs pénal et disciplinaire sont susceptibles d'être évincés. L'on ose alors tenter de libérer le mécanisme assurantiel de la contribution partielle de l'assuré au dommage et sa fonction de responsabilisation en imaginant un découvert obligatoire effectif, dont l'application serait sous le contrôle d'une commission indépendante.

## 2) La déresponsabilisation par l'absence de contribution totale de l'assuré à la prise en charge d'un dommage de responsabilité pénale

La contribution totale du professionnel à la prise en charge du dommage résulte en principe du recours effectué à son encontre, après l'intervention des diverses garanties financières complémentaires<sup>489</sup> à celles de la responsabilité civile professionnelle qui ont été imposées aux professions juridiques aux fins de sécurité directe de la clientèle<sup>490</sup>. Ces doubles garanties sont dans la pratique intimement liées, souvent proposées par le même assureur. Pour ne prendre que l'exemple notarial, les deux contrats d'assurance sont organisés en toute complémentarité, avec un processus décisionnel soumis à un comité unique, laissant apparaître l'écueil de la confusion des garanties et d'affaiblissement de la responsabilisation dans le jeu des recours<sup>491</sup>. Ce dernier peut être contourné en affectant la défaillance non pas telle qu'elle devrait l'être sur le contrat d'assurance de garantie collective mais sur celui de responsabilité civile professionnelle, au titre d'un sinistre classique<sup>492</sup>, au prix d'une extension inopportune du domaine de la responsabilité civile et d'un risque de rétrécissement symétrique des responsabilités pénale et disciplinaire<sup>493</sup>. On découvre ainsi une exception implicite et indirecte au principe de l'inassurabilité des fautes pénales<sup>494</sup> et une altération de l'ordre public par la contractualisation<sup>495</sup> de la responsabilité pénale, mise en lumière

<sup>487</sup> J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *op. cit.*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2279.

<sup>488</sup> *Ibid.*

<sup>489</sup> Par des caisses de garantie notamment, cf. H. SLIM, « Les garanties d'indemnisation. Rapport français », in S. PORCHY-SIMON et O. GOUT (coord.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruylant, coll. « du GRERCA », 2016, pp. 191-206, spéc. n° 18 et s.

<sup>490</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1125 et s.

<sup>491</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1125 et s.

<sup>492</sup> M. Ezra N. SULEIMAN, *Les notaires. Les pouvoirs d'une corporation*, éd. du seuil, 1987, *Centralization and Democracy in France: The Notaries and the State*, Princeton University Press, 1987, p. 73 et p. 167 : l'auteur qualifie d'euphémisme le fait que la profession utilise le terme de sinistre « pour couvrir des actes frauduleux ».

<sup>493</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1159 et s.

<sup>494</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1207.

<sup>495</sup> P. ANCEL, V° « Contractualisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2004, p. 231.

dans diverses situations réelles<sup>496</sup>. Au-delà du phénomène d'inter-normativité<sup>497</sup>, en faisant croire que la transaction serve totalement l'indemnisation et s'accompagne d'une mesure régulatrice qu'est la franchise aggravée, il advient en fait trop souvent « *que la transaction soit une étiquette inexacte, un pavillon couvrant une marchandise de contrebande* »<sup>498</sup>, raison pour laquelle à plus forte raison la transaction pénale est une fausse bonne idée au service d'une déjudiciarisation à court terme de la Justice pénale<sup>499</sup>. En d'autres termes, « *ce système ne contribuerait pas à la responsabilisation de la profession* »<sup>500</sup>. Or on sait que « *réduire l'importance et le rôle de l'assurance de responsabilité civile professionnelle permettrait d'accroître l'effet dissuasif de la responsabilité civile* »<sup>501</sup>. Et en l'espèce l'assurance se concentre principalement autour d'une même entreprise au point que le professeur Supiot puisse légitimement s'interroger sur l'entreprise dans ses rapports avec l'intérêt général<sup>502</sup>. C'est ici que l'autorité<sup>503</sup> de la Justice notamment pourrait davantage se manifester. Par la reconnaissance d'un ordre public professionnel<sup>504</sup>, la promotion de l'assuré citoyen<sup>505</sup> – qui devrait

<sup>496</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1210 et s.

<sup>497</sup> J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2014, p. 147 et s.

<sup>498</sup> L. JOSSERAND, *Essais de téléologie juridique II. Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, rééd. Dalloz, 2006, préface D. Deroussin, n° 287. – Sur la franchise aggravée, cf. R. BIGOT, *th. préc.*, n° 1048 et s.

<sup>499</sup> C. GHRÉNASSIA, K. EL GOHARI, « La convention judiciaire d'intérêt public : en attendant la transaction pénale », *RLDA/125*, avril 2017, n° 6191, p. 40 et s. : « *avec la convention judiciaire d'intérêt public, le législateur a introduit, avec retard et réserve, un mécanisme de transaction en matière pénale aux termes de l'article 5 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, « l'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires spécialement établis à cet effet ». C'est dire que le droit pénal est d'abord le droit de punir et par conséquent l'une des formes les plus violentes de l'expression de la souveraineté. Dans cette perspective, l'idée qu'une personne puisse échapper à la poursuite ou se libérer du fait de la justice en s'accordant avec ceux qui, au nom de la société, ont charge de punir ne peut que surprendre, sinon choquer. De même, en suivant l'évolution d'un droit pénal non plus seulement répressif mais également soucieux des libertés individuelles, de la présomption d'innocence et de la réinsertion des condamnés, la solution intriguerait également et à un double point de vue : celui d'une peine sans culpabilité et celui d'une culpabilité sans aveu* ».

<sup>500</sup> J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. V, *op. cit.*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2357 : « *La répartition entre l'assurance de la caisse régionale et l'assurance de responsabilité civile du notaire serait "négociée". Cette répartition ne se ferait pas toujours de manière objective, c'est-à-dire conformément aux clauses respectives des contrats, mais sur décision des instances professionnelles et de manière obscure. On arriverait à déroger au principe d'inassurabilité des fautes pénales, car le contrat d'assurance de la caisse régionale intervient lorsque la défaillance du notaire est consécutive à une infraction pénale (détournement de fonds) [...]* ».

<sup>501</sup> C. COUTANT-LAPALUS, « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes », *Revue des contrats*, 2015, n° 1, p. 182 et s.

<sup>502</sup> A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », Série Débat, 2015.

<sup>503</sup> L. AYNÈS, « Autorité », *RDC* 2017, n° 1, p. 1.

<sup>504</sup> M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, préface J.-C. Saint-Pau, th. Dalloz, 2012, n° 285.

<sup>505</sup> A. PÉLISSIER, « L'assuré citoyen », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 765 et s.

déjà être un juriste dans la cité<sup>506</sup> – et un meilleur aiguillage en commission indépendante des dossiers, la contribution personnelle et effective du professionnel au dommage dans ces cas les plus graves paraît davantage susceptible de répondre au trinôme responsabilisation, mutualisation, indemnisation. En définitive, d'un point de départ de la recherche qui consistait à confronter les sens et les non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques, il est possible de rétablir les sens de la responsabilité en éradiquant certains non-sens. Il existe plusieurs choix entre révolution – leur transformation en fonctionnaires<sup>507</sup> voire leur suppression<sup>508</sup> à raison selon certains d'un affichage constant d'une garantie devenue « *illusoire* »<sup>509</sup>, ce que corrobore parfois une très forte sinistralité – et évolution, avec des fonctions ressourcées de la responsabilité. En confrontant la responsabilité civile des professions juridiques à l'assurance, on a pu constater une indemnisation en perte d'efficacité, contrecarrée qu'elle est par un système assurantiel de défense professionnelle. Le déclin des techniques d'autodiscipline favorise une importante sinistralité qui pourrait menacer la mutualisation et donc l'indemnisation qui en découle. Sont ainsi émises diverses propositions<sup>510</sup>, avec leur cohérence d'ensemble, susceptibles de restaurer un équilibre entre l'indemnisation des victimes et la protection de l'ensemble des assurés, tout en réintégrant leur responsabilisation souvent évincée. Il convient parallèlement d'assainir la fonction de consultation juridique<sup>511</sup>, à l'épreuve de la libre prestation de services<sup>512</sup>, à un moment de l'histoire où les marchés du droit sont soumis à une

<sup>506</sup> D. MAINGUY, « Qu'est-ce qu'un juriste dans la cité ? Promotion de la "description" », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 657 et s.

<sup>507</sup> F.-X. MATTEOLI, B. REYNIS, « Rapport général. Les modes d'exercice des professions juridiques en France », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 237 et s., spéc. p. 262 : « On peut établir une règle selon laquelle plus le statut du notaire se rapproche dans un pays de celui d'un fonctionnaire, plus ses choix de modes d'exercice sont limités et restreints à un exercice individuel, en revanche plus le caractère libéral de son statut l'emporte sur son caractère public, plus il dispose d'un choix étendu de modes d'exercice ».

<sup>508</sup> Ph. THÉRY, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les professions juridiques*, Journées Cambodge-Vietnam 2011, t. LXI, Bruylant, LB2V, 2012, p. 9 et s., spéc. p. 9-10 : « on pourrait se demander si leur existence est nécessaire. Sans faire un cours d'histoire sur les professions, il suffit de relever qu'elles n'ont pas toujours existé, qu'elles ont parfois disparu, pour renaitre il est vrai. Les révolutions qui aiment les citoyens sans défense, suppriment volontiers les avocats – ils n'ont, par exemple, été rétablis en Chine qu'en 1980. Au moins dira-t-on, laissent-elles subsister les juges ».

<sup>509</sup> M. JÉOL, *Changer la justice*, éd. Jean-Claude Simoën, 1977, p. 98 : outre les contrôles classiques qui « ne présentent pas de garantie d'accès démocratique à la fonction » et génère un conservatisme qui « explique, pour une large part, le blocage d'une Justice enserrée par cette gangue d'intérêts et de préjugés », l'auteur relève qu'« on chercherait en vain du côté du "consommateur" ce qui justifie le maintien du système : l'officier ministériel n'est pas pleinement indépendant du gouvernement qui le nomme et encore moins des structures sociales dominantes ; ses gages de capacité ne sont pas toujours équivalents à ceux exigés par des activités administratives ou libérales de niveau comparable ; le coût de ses prestations se ressent nécessairement du prix d'acquisition de l'office et de l'absence de concurrence, les tarifs officiels publiés par la Chancellerie ne présentant qu'une garantie illusoire ».

<sup>510</sup> R. BIGOT, *th. préc.*, p. 479 et s.

<sup>511</sup> M. JÉOL, *op. cit.*, 1977, p. 164.

<sup>512</sup> H. SLIM, « La consultation juridique à l'épreuve de la libre prestation de service », *JCP G* n° 23, 3 juin 2013, 662.

économie du mensonge et de la manipulation<sup>513</sup> pour la recentrer sur les véritables professions juridiques, formées en ce sens. Ces propositions ont vocation à constituer ce que l'on pourrait qualifier de nouveau régime spécial d'assurance et de responsabilité civile pour faute des professions juridiques, en quête d'autonomie. On ne peut s'en remettre qu'au législateur. En effet, « *quand le corporatisme a du bon pour les assureurs, il ne faut pas compter sur eux pour y mettre fin* »<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> J.-P. CHAZAL, « Le rôle du droit dans l'économie de marché... de dupes », *D.* 2016, p. 1641.  
– Adde G. AKERLOF et R. SHILLER, *Marchés de dupes. L'économie du mensonge et de la manipulation*, 2016, éd. Odile Jacob.

<sup>514</sup> L. MAYAUX, Éditorial, « Assurances de la responsabilité civile professionnelle : en marche vers la pluri-professionnalité ? », *RGDA* n° 2, févr. 2017, p. 1.