



## L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ, UNE OBLIGATION DE L'AVOCAT ET DU BARREAU

COLLOQUE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

VOYAGE EN ARMÉNIE/GÉORGIE - 12 OCTOBRE 2017

PAR **LÉON PAILLARET\***

Un avocat, tout comme le notaire ou le médecin, n'est plus à l'abri d'une réclamation émanant d'un client et tendant, en lui reprochant une faute, à engager sa responsabilité professionnelle.

C'est même l'air du temps que de vouloir toujours trouver un responsable. Même les magistrats sont désormais soumis à ce risque.

Qui dit risque, dit assurance.

Pour les avocats, la situation est claire : l'assurance de responsabilité est obligatoire. Elle est prévue par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (loi de 71) ; par le décret 91-1197 du 27 novembre 1991 (décret de 91) et par le Règlement Intérieur National (RIN).

Pour couvrir synthétiquement le champ de l'assurance, il convient de traiter l'obligation de base et les garanties complémentaires, ainsi que la mise en jeu de la garantie.

### I - L'obligation de base

Elle découle de l'alinéa 1 de l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 :

« Il doit être justifié, soit par le Barreau, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le Barreau et par les avocats, d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du Barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions ».

L'alinéa 1 de l'article 205 du décret du 27 novembre 1991 dispose : « Tout avocat doit être couvert contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle, définie au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 précitée, par un contrat souscrit auprès d'une entreprise d'assurances régie par le code des assurances, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le Barreau et par les avocats ».

Le règlement intérieur national, en ses articles 6 et 21-3-9, édicte les mêmes obligations.

Qui est assuré, comment est-il assuré, quelle est l'étendue de cette assurance ?

#### A - Qui est assuré ?

Doit être assuré tout avocat inscrit au tableau de l'Ordre d'un Barreau français.

---

\* Léon Paillaret est ancien Bâtonnier au Barreau de Vienne et administrateur de l'Association Droit & Commerce.

- a) C'est l'avocat qui bénéficie de la garantie quel que soit son mode d'exercice professionnel, précision faite que la structure d'exercice de groupe (SCP, SELARL, etc.) a également la qualité d'assuré.

En application de l'article 206 du décret de 91, l'avocat membre d'une société d'avocats ou collaborateur ou salarié d'un autre avocat voit sa responsabilité être garantie par l'assurance de la société dont il est membre ou de l'avocat dont il est collaborateur ou salarié.

- b) En revanche, l'avocat collaborateur, pour sa clientèle personnelle, doit justifier d'une assurance couvrant sa responsabilité civile professionnelle du fait de cet exercice.
- c) Un membre d'une structure inter-barreaux sera rattaché du point de vue de son assurance responsabilité civile professionnelle au Barreau dans lequel il est inscrit.
- d) Tout avocat ressortissant de la Communauté européenne ou de la Confédération suisse, qui exerce en France à titre permanent sous son titre professionnel, doit s'assurer au titre de sa responsabilité civile professionnelle, et ce, conformément à l'article 73 de la loi de 1971. Cette obligation peut être satisfaite si l'avocat justifie avoir souscrit une assurance équivalente, selon les règles de l'État où il a acquis son titre d'avocat ; cette équivalence doit être constatée par le Conseil de l'Ordre ; si elle fait défaut, le Conseil de l'Ordre, en application de l'article 86 de la loi de 1971, devra lui rappeler son obligation de souscrire une assurance ou une garantie complémentaire.
- e) Également, en application de l'article 21-3-9 du règlement intérieur national (RIN), tout avocat, auquel s'applique le code de déontologie européenne, qui effectue des prestations en dehors de son pays d'origine, doit assurer sa responsabilité civile professionnelle.

### B - La nature de la garantie

En application de l'article 27 de la loi de 1971, la justification de la souscription d'une assurance RCP incombe :

- soit au Barreau,
- soit aux avocats, collectivement ou personnellement,
- soit au Barreau et aux avocats.

L'article 17 de la loi de 1971 fixe les attributions du Conseil de l'Ordre qui sont, d'une

manière générale, de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats, ainsi qu'à la protection de leurs droits, et notamment, dit l'alinéa 9, de : « vérifier la tenue de la comptabilité des avocats, personnes physiques ou morales, et la constitution des garanties imposées par l'article 27 et par les décrets visés à l'article 53. »

En pratique, c'est le Bâtonnier qui vérifie que l'assurance RCP est bien souscrite :

- soit par le Barreau et que les cotisations des avocats sont bien réglées,
- soit par les avocats qui auraient décidé de ne pas adhérer au contrat collectif assurance RCP souscrit par le Barreau ou qui doivent souscrire une garantie complémentaire.

C'est aussi lui qui informe le procureur général des garanties constituées.

#### 1 - Le contrat collectif

Il va de soi que l'assurance collective présente de nombreux avantages, et notamment celui de s'assurer qu'aucun avocat du Barreau n'échappe à l'obligation d'assurance.

Aujourd'hui, la quasi-totalité des Barreaux de France ont souscrit le contrat collectif RC professionnelle auprès de la SCB, Société de Courtage des Barreaux, soit 148 sur 164.

- L'Ordre est le souscripteur du contrat qui garantit l'ensemble des avocats inscrits ;
- L'avocat est garanti du seul fait de son inscription au Barreau et n'a pas à effectuer de démarche personnelle.
- Le contrat collectif étend la garantie de plein droit aux avocats ayant cessé leur activité, bien qu'ils ne soient plus membres du Barreau.
- La cotisation est répartie par décision du Conseil de l'Ordre, qui peut tenir compte de l'ancienneté et des revenus professionnels des avocats concernés.
- Le Conseil de l'Ordre peut imposer aux avocats l'adhésion à un contrat de responsabilité civile collectif, et ce point a été jugé :
  - d'une part, par la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1999, n° 96-11.857, Bull. Civ. I N°255),
  - et par le Conseil de la concurrence qui a estimé que le fait, pour un Barreau, d'imposer aux avocats l'adhésion à un contrat d'assurance responsabilité civile, ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle, car il bénéficie de l'article

L. 420-4 du code de commerce (*Cons. conc.*, 16 janvier 2003, n° 03-D-03- JCP 2003 II, 10051, note Martin).

- En revanche, l'obligation d'adhérer à la police collective ne peut pas viser d'autres garanties que celle ayant pour objet la couverture de la responsabilité civile professionnelle.
- Le non-paiement de la cotisation par l'avocat peut entraîner son omission, en application de l'article 104 du décret de 1991.

L'assurance de groupe présente un avantage majeur et un inconvénient qui en découle directement.

L'avantage consiste dans le poids que représente un groupe par rapport à un individu en matière de volume de primes : ce poids permet d'obtenir des conditions financières d'assurance plus favorables vis-à-vis des assureurs que si chaque individu composant le groupe négociait son contrat individuellement.

En revanche, l'inconvénient résulte de la désresponsabilisation des individus composant le groupe : n'ayant pas à négocier leur contrat au regard de leur propre statistique, engendrée par leur seul comportement, ils ne subissent pas la sanction d'une dérive statistique de leur risque, telle que la majoration de primes, le relèvement des franchises, ou la résiliation pure et simple de leur contrat par l'assureur.

## 2 - Le contrat individuel

Sauf à ce que le règlement intérieur du Barreau impose à ses membres de souscrire au contrat collectif, l'avocat devra souscrire un contrat individuel.

Il appartient au Bâtonnier d'exiger la production de l'attestation d'assurance, conforme aux exigences du décret de 1991, tant pour les activités assurées que pour le montant des garanties.

L'avocat qui ne justifie pas de cette souscription encourt son omission.

## C - L'étendue des garanties

### 1 - Quant au montant

L'article 205 du décret de 1991 fixe l'étendue de la garantie de la RCP :

- à une couverture minimale de 1.500.000 € par année pour un même assuré,

- à une franchise maximale de 10 % dans la limite de 3 050 €; cette franchise n'étant pas opposable aux victimes.

### 2 - Quant aux risques couverts

L'assurance obligatoire garantit la responsabilité civile professionnelle encourue par les avocats en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice normal de leurs fonctions, et ce, tant en France qu'à l'étranger, dès lors qu'elles sont accomplies en qualité d'avocat inscrit à un Barreau français.

Le débat porte essentiellement sur ce qu'il faut entendre par exercice normal.

À cet égard, il est important de rappeler les termes des articles 6.1 et 6.2 du RIN qui définit le champ d'activité professionnelle de l'avocat :

#### - Article 6.1 - Définition du champ d'activité

« Auxiliaire de Justice et acteur essentiel de la pratique universelle du droit, l'avocat a vocation à intervenir à titre professionnel dans tous les domaines de la vie civile, économique et sociale, et ce, dans le respect des principes essentiels régissant la profession.

Il peut collaborer avec d'autres professionnels à l'occasion de l'exécution de missions nécessitant la réunion de compétences diversifiées et ce, aussi bien dans le cadre d'interventions limitées dans le temps et précisément définies que par une participation à une structure ou organisation à caractère interprofessionnel ».

#### - Article 6.2 - Missions

« Il assiste et représente ses clients en justice, et à l'égard de toute administration ou personne chargée d'une délégation de service public, sans avoir à justifier d'un mandat écrit, sous réserve des exceptions prévues par les textes légaux et réglementaires.

Il fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles.

Il peut recevoir des missions de justice.

Il peut exercer des missions pour le compte de personnes physiques ou morales agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation.

Il peut également être investi d'une mission d'arbitre, d'expert, de médiateur, de conciliateur,

de séquestre, de liquidateur amiable ou d'exécuteur testamentaire.

Lorsqu'il est chargé d'une mission d'arbitrage, il doit en outre veiller au respect des règles particulières qui régissent la procédure arbitrale ; il doit notamment respecter les délais de procédure et le secret des délibérations, observer lui-même et faire observer le principe de la contradiction et de l'égalité à l'égard de toutes les parties à l'instance.

Dans l'accomplissement de ces missions, il demeure soumis aux principes essentiels et doit s'assurer tout particulièrement de son indépendance ».

L'exercice normal est...vaste ! Et ce n'est sans doute pas fini !

- En règle générale, il faut que l'avocat respecte les règles textuelles, mais aussi les règles et usages de la profession. Il revient aux Ordres de lister les conditions à remplir pour ne pas subir un refus de garantie. La chose est d'autant plus aisée que c'est à définir avec l'assureur dans le cadre de l'assurance groupe.

- Au regard des conditions générales des contrats d'assurance collective souscrite par les Ordres, « l'exercice normal » de l'activité d'avocat est le plus souvent défini comme recouvrant tous les actes et opérations dont l'accomplissement n'est pas interdit à l'avocat par les textes et accomplis conformément à ses règles et usages.

Plus concrètement, sont assurées les activités professionnelles de l'avocat telles que régies par les textes législatifs et dans les limites admises par l'Ordre et le RIN.

- Cette règle est appliquée au mandat en transaction immobilière, fonction comprise dans l'assurance de base et qui ne nécessite pas d'assurance complémentaire, à condition qu'il existe, conformément à l'avis déontologique de la Commission des règles et usages du CNB :

- un mandat écrit et spécifique,
- une rémunération par le client et uniquement par lui,
- la mission devant demeurer accessoire par rapport à une mission principale (avis déontologique du CNB adopté par l'AG des 5 et 6 février 2010 sur l'Avocat mandataire en transactions).

À défaut pour l'avocat de respecter ces règles, l'assureur pourra refuser sa garantie, le mandat n'ayant pas été respecté conformément au RIN.

Il est donc important que les Ordres, qui ne peuvent pas contrôler chaque mandat, rappellent aux avocats ces conditions pour être garantis dans les missions où les enjeux peuvent être rapidement très importants.

Une suggestion : c'est la raison pour laquelle de nombreux Ordres ont pris des délibérations imposant aux avocats souhaitant exercer cette activité de mandat en transaction immobilière de la déclarer à l'Ordre.

- Le fait volontaire n'est évidemment pas garanti selon les principes habituels de l'article L. 113-1 du code des assurances.

En conclusion, si tout ce qui est permis est garanti, tout ce qui ne l'est pas est donc exclu, sachant cependant que quelques activités, bien que permises, doivent tout de même faire l'objet de garanties complémentaires.

## II - Les garanties complémentaires

### A - Les garanties complémentaires obligatoires quant aux activités exercées

- L'avocat, justifiant sept années d'exercice d'une profession juridique réglementée, peut remplir les fonctions de membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ou d'administrateur d'une société (article 6 de la loi de 71).
- L'avocat qui reçoit des missions confiées par la Justice, telles que la médiation ou la conciliation (article 6 bis de la loi de 1971).
- L'avocat qui exerce une activité de fiduciaire doit faire l'objet d'une assurance spéciale qui sera contractée à titre individuel ou collectif dans les conditions fixées par la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance ou, pour l'activité de fiduciaire, des garanties financières (article 27 de la loi de 71).
- L'avocat qui exerce une activité de syndic, administrateur ou mandataire judiciaires à la liquidation des entreprises, doit souscrire une garantie complémentaire en application de l'article 27 de la loi.
- L'avocat arbitre.

Toutefois sont couvertes les fonctions d'un avocat en tant qu'administrateur d'un cabinet d'un confrère par suite d'indisponibilité ou de décès sur mission confiée par le Bâtonnier.

- L'avocat commissaire aux comptes,
- L'avocat fiduciaire.

Ces assurances peuvent être contractées à titre collectif par le Barreau, mais la prime appe-

lée pour ces garanties spécifiques devra être individuelle et acquittée par chaque avocat.

### **B - Les garanties complémentaires quant au montant**

Lorsqu'un contrat collectif est souscrit, la garantie profite collectivement à l'ensemble des membres.

Le Bâtonnier doit rappeler à ses confrères le montant de la garantie responsabilité civile professionnelle souscrite par le Barreau et attirer leur attention sur la nécessité pour eux, à raison de leurs activités et/ou des enjeux d'un dossier, de souscrire une garantie complémentaire.

### **C - Les autres garanties**

D'autres garanties non obligatoires peuvent être souscrites :

- la responsabilité civile d'exploitation (accident au sein d'un cabinet, etc.),
- la garantie défense pénale et recours,
- la garantie archives et support d'information (cette garantie est très importante en cas d'inondation, d'incendie ou de vol).

## **III - La mise en jeu de la garantie**

### **A - Le cadre juridique de la responsabilité civile professionnelle**

La RCP est une responsabilité de droit commun qui nécessite la démonstration d'une faute, d'un lien de causalité direct et certain et d'un préjudice qui soit lui-même né et certain, et non pas hypothétique ou indéterminé.

Elle est contractuelle dans les rapports de l'avocat avec ses clients.

Elle est délictuelle dans les rapports de l'avocat avec les tiers, mais sa mise en œuvre a été facilitée au profit de ces derniers par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006 qui permet en effet à ceux-ci d'invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement leur a causé un dommage.

Elle obéit à des règles spécifiques.

Au rayon des règles spécifiques figurent le judiciaire, le juridique et les nouvelles activités permises à l'avocat au moyen de l'aménagement des règles déontologiques qui sont autant d'obligations dont la méconnaissance ou la

violation peuvent entraîner aussi la responsabilité.

- Au judiciaire, l'obligation est de moyen et l'avocat qui, par hypothèse, n'est pas responsable de l'aléa judiciaire, n'est pas non plus responsable du résultat obtenu pour peu qu'il ait agi en bon professionnel du droit. Cette obligation de moyen se trouve renforcée au point de devenir de résultat, en particulier pour ce qui concerne la mise en œuvre en temps utiles (prescription de l'action ou encore péremption de l'instance) et la régularité des actes de procédure (signature des conclusions).
- Au juridique, l'avocat, qu'il soit rédacteur ou non, le Conseil de l'une des parties ou des deux, doit veiller à la sécurité et à l'efficacité des actes qu'il rédige ainsi qu'à l'équilibre des droits et obligations des cocontractants.

Ses obligations sont ici de résultat.

Concernant le cadre juridique, l'avocat n'étant ni l'assureur de son client ni son débiteur d'une obligation principale, son manquement fautif n'ouvrira la voie à une action en responsabilité que s'il a définitivement perdu des droits existants ou la possibilité de les exercer.

En tout cas, il n'est de certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit que si le créancier démontre avoir épuisé les voies de recours dont il disposait contre son obligé prétendu à titre principal pour obtenir le remboursement de la dette, dès lors que ces voies de droit préexistaient à la faute reprochée à l'avocat.

### **B - La typologie des fautes retenues à la charge des avocats**

L'analyse sur plus de dix années des statistiques de la SCB permet de visualiser les matières et les causes productrices de réclamations.

En tête des matières :

- le droit des affaires et des contrats civils,
- le droit de la protection sociale,
- le droit de la responsabilité,
- le droit des biens,
- les relations avec les personnes publiques,
- le droit de la famille et des personnes.

En tête des causes :

- le défaut de diligence,

- le manquement au devoir d'information et de conseil,
- le manquement au devoir de compétence, soit par ignorance des règles de procédure soit par ignorance des règles de fond,
- le manquement au devoir de sécurité et d'efficacité du rédacteur d'actes,
- le défaut de prudence ou de vigilance.

Le devoir de compétence oblige à une connaissance actualisée du droit législatif jurisprudentiel et du droit positif législatif.

Le devoir d'information et de conseil que doit l'avocat à son client doit être éclairé pour permettre à celui-ci, quelles que soient ses compétences personnelles, de prendre les décisions les plus propices à ses intérêts à un instant T qui peut, en matière judiciaire, s'étaler sur plusieurs années.

L'avocat doit rapporter la preuve qu'il a rempli son devoir de conseil. Il est libre de choisir les moyens qu'il pense les plus efficaces pour emporter la conviction des juges lors de sa plaidoirie.

Le devoir de prudence, renforcé par l'article 1.5 du RIN, l'oblige à prendre toutes les mesures d'une situation donnée pour éviter de faire juger, pour le compte d'un acquéreur, qu'une vente immobilière sous signature privée oblige le vendeur, alors même que l'immeuble, ainsi acquis par son client, est grevé d'inscriptions.

La vigilance enfin est, en quelque sorte, un devoir de surveillance de toutes les parties intervenantes et qui oblige ainsi à devoir déceler l'erreur commise par un confrère concernant, par exemple, le calcul erroné d'une indemnité au détriment de son client.

Les évolutions prévisibles : de l'obligation de moyen à celle de résultat

Avant que l'avocat n'endosse sous sa robe celle de l'avoué près les tribunaux de grande instance, seul, dans le cadre de son activité judiciaire, un manquement suffisamment grossier pouvait – et encore exceptionnellement à cette époque où les avocats étaient peu sollicités – conduire le client à rechercher sa responsabilité.

La situation a changé avec la loi fusionnant les deux professions et celle d'agrégé près les tribunaux de commerce, puis avec celle intégrant les conseils juridiques, puis avec celle instituant « les nouveaux métiers de l'avocat » et supprimant les avoués près les cours d'appel.

Le bon professionnel du droit doit être compétent, qualité inscrite au côté de nombreuses autres dans le RIN et sanctionnée en jurisprudence pour la première fois par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation le 14 mai 2009.

Parmi les qualités, l'exigence de l'accomplissement de l'obligation d'information et de conseil, dont la preuve incombe à l'avocat depuis un revirement de jurisprudence du 29 avril 1997, paraît susceptible d'être source de dommages, même sans avoir occasionné au plaignant un préjudice susceptible d'être objectif.

La Cour de cassation est venue préciser, dans un arrêt du 16 janvier 2013, que « *la perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable* ». Et la bien difficile mesure de perte de chance faible renvoie à l'exigence d'une compétence de plus en plus affûtée.

### C - Statistiques de la sinistralité

Les éléments collectés par la SCB sur 10 ans à travers plus de 8000 dossiers permettent de dégager les grandes tendances de la sinistralité RCP avocat.

#### Concernant la sinistralité par type d'erreur

- défaut de diligence : 26 %
- manquement au devoir de conseil : 16 %
- prescription : 15 %
- défaut de prudence : 12 %
- erreur liée aux règles de procédure : 6 %
- absence de représentation,
- perte de documents,
- erreur en matière de voies d'exécution,
- erreur liée à la rédaction d'actes,
- erreur liée à une règle de droit.

}  
Forment le reste

#### Concernant la sinistralité par domaine d'intervention

- Droit des contrats (vente, prêt, baux, ...) : 26 %
- Droit des affaires (droit commercial, droit des sociétés), entreprises en difficultés, droit bancaire : 20 %
- Droit du travail : relations de travail et protection sociale : 14 %
- Responsabilité et quasi-contrats (RC délictuelle et quasi-délictuelle) : 12 %
- Droit des biens, propriété littéraire et artistique, droit de la propriété, droit immobilier : 10 %

## Colloque

- Relations avec les personnes, contentieux administratif et fiscal : 8 %
- Droit de la famille (mariage, régimes matrimoniaux, divorce, succession) : 7 %

Le taux brut de réclamation se situe entre 5 et 7 % selon que les Barreaux adhérents effectuent une pré-instruction ou non dans le cadre d'une Commission sinistre propre, ou que le Bâtonnier ou l'un de ses délégués s'impliquent sur le traitement des réclamations.

La véritable proportion des plaintes qui méritent une instruction (la faute de l'avocat étant avérée) ne dépasse guère les 5 %, ce qui signifie que, chaque année, sur 100 avocats assurés, cinq dossiers de sinistre sont ouverts.

En termes statistique, cela revient à constater qu'un avocat déclare en moyenne un sinistre tous les 20 ans.

### **En conclusion**

Tout cela pour finir sur l'idée très simple qui justifie d'être assuré : l'assurance coûte cher avant le sinistre, elle est la bienvenue après...