

# Responsabilité de l’avocat et causalité hypothétique: une « supposition colorée et improbable » ?

Grégoire Chappuis

## Table des matières

I. Introduction . . . . .	78
II. Conditions de la responsabilité contractuelle de l’avocat . . . . .	79
III. Violation contractuelle imputable à l’avocat . . . . .	79
IV. Dommage . . . . .	81
V. Lien de causalité . . . . .	82
A. Particularités liées aux manquements imputables à l’avocat . . . . .	82
B. Causalité hypothétique . . . . .	83
C. Fardeau de la preuve et de l’allégation . . . . .	84
D. Comportement de substitution licite . . . . .	86
E. Principes d’expérience et présomptions . . . . .	87
VI. Conclusion . . . . .	88

## Bibliographie

AEBI-MÜLLER REGINA R. *et al.*, Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art.1-9 ZGB, Berne 2012 (cité: BK ZGB I-AUTEUR); BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d’avocat, Berne 2009; CHAPPUIS BENOÎT, La responsabilité de l’avocat – Thèmes choisis, *in* Pichonnaz Pascal/Werro Franz (éd.), La pratique contractuelle 5, Symposium en droit des contrats, Genève 2016, 63 ss; CHAPPUIS BENOÎT/GURTNER JÉRÔME, La profession d’avocat, Genève Zurich Bâle 2021; CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel: vers un droit subjectif absolu à être informé?, *in* Chappuis Christine/Winiger Bénédict (éd.), La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel, Journée de la responsabilité civile 2008, Genève 2009, 11 ss; GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (éd.), Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I, 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2022 (cité: BSK ZGB I-AUTEUR); HIRSCH LAURENT, Le procès manqué, *in* Chappuis Christine/Winiger Bénédict (éd.), Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile 2006, Genève 2007, 249 ss; HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2016; LÉVY ALAIN BRUNO, Le devoir d’information de l’avocat, *in* Chappuis Christine/Winiger Bénédict (éd.), La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel, Journée de la responsabilité civile 2008, Genève 2009, 41 ss; MÜLLER JÜRIG/SIMON JÜRIG, Handbuch Kollidierende Kennzeichen, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2024; PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (éd.), Commentaire romand – Code civil I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2023 (cité: CR CC I-AUTEUR); ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2024; STEUDLER MELTEM, Die Kausalität von Informationspflichtverletzungen, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2021; SUMMERMATTER DANIEL/GERBER CHRISTOPH, Grundfragen des Anwaltshaftungsprozesses, Haftung und Versicherung HAVE 1/2017 3 ss; THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand – Code des obligations I, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cité: CR CO I-AUTEUR); WERRO FRANZ, L’objection du comportement de substitution licite, *in* Chappuis Christine/Winiger Bénédict (éd.), Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile 2006, Genève

2007, 53 ss (cité: Objection); WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2017 (cité: Responsabilité); WERRO FRANZ/PAGOT NATHAN, *La responsabilité d'un avocat et les tribulations pluridécennales de la victime d'un accident de la circulation routière – Une analyse de l'arrêt 4A\_141/2022 du 27 avril 2023*, RSJ 9/2024 415 ss.

## I. Introduction

- 1 En tant qu'avocat et descendant de quatre générations de pasteurs, dont certains étaient professeurs de théologie à l'université, Benoît Chappuis était en quelque sorte prédestiné à s'interroger sur la question de la responsabilité de l'avocat<sup>1</sup>, tant il est vrai que la responsabilité personnelle occupe une place centrale dans le protestantisme. Pour honorer celui qui, en plus d'être mon père, et un père génial qui plus est, est devenu un ami et un mentor, j'analyserai dans cette contribution les problématiques principales que la responsabilité de l'avocat soulève en lien avec la causalité hypothétique.
- 2 Ce qui précède explique la première partie du titre. Mais qu'en est-il de la seconde partie, une « *supposition colorée et improbable* » ? Cette question est une référence – adaptée pour les besoins du titre – à une bande dessinée comique, très appréciée de Benoît Chappuis, à savoir « Achille Talon », au personnage éponyme<sup>2</sup>. Dans un des gags de la bande dessinée en question<sup>3</sup>, le père d'Achille Talon, Alambic Talon, rentre à son domicile et, constatant un bruit fracassant (indiqué par l'onomatopée « RRRRR »), s'exclame : « Tiens ! Asphalterait-on le salon ? Ce qui est une supposition colorée mais improbable... ». Alambic Talon se rend alors compte que le bruit provient des ronflements tonitruants de son fils qui sommeille.
- 3 Cette référence sert un double but. Tout d'abord, trancher avec le sérieux qui se dégage d'un palmarès professionnel aussi accompli que celui de Benoît Chappuis. Il ne faut pas oublier que le destinataire de ces mélanges a toujours su agrémenter ses réflexions, mêmes les plus complexes, de saillies drôlatiques, que ce soit pour amuser ou captiver son auditoire, ou clore un débat stérile. Ensuite, le gag décrit ci-dessus sert aussi à introduire, de manière originale, l'opération mentale consistant à établir un lien de cause à effet. Alors qu'Alambic Talon part de l'effet (le bruit) pour remonter à la cause (son fils qui ronfle), l'examen de la causalité hypothétique implique une opération en sens inverse. On part de la cause (la violation contractuelle) pour en déterminer une chaîne causale d'événements hypothétiques, laquelle débouche, ou non, sur un effet (le dommage). On le verra, cette opération intellectuelle implique de recourir à des indices, des jugements de valeur, ainsi que des règles d'expérience.
- 4 Après avoir rappelé les dispositions légales applicables à la responsabilité contractuelle de l'avocat (*infra* II), la présente contribution examinera les viola-

1 CHAPPUIS/GURTNER, N 1809 ss; CHAPPUIS B.

2 Anthéros attachant, au gros nez et au langage d'une incroyable richesse, Achille Talon est un petit bourgeois vaniteux dont l'inefficacité n'a d'égale que la grandeur des aspirations de redresseur de tort et du sens de l'hyperbole.

3 GREG, Il y a de l'obus, *in* Achille Talon, *L'intégrale*, Tome 1, album « Achille Talon persiste et signe », réédition 2007, Dargaud, 110.

tions contractuelles que l'avocat peut se voir reprocher (*infra* III), puis les dommages réparables dont ces violations peuvent être la cause (*infra* IV). Cela fait, nous verrons que ces violations sont souvent des omissions, ou considérées comme telles, de sorte que le lien de causalité est hypothétique, ce qui soulève d'épineuses questions, notamment en matière de fardeau de la preuve et de l'allégation (*infra* V).

## II. Conditions de la responsabilité contractuelle de l'avocat

L'avocat est responsable du dommage qu'il cause à son client, en application de l'art.398 al.1 CO. Sa responsabilité est soumise aux conditions générales de l'art.97 CO<sup>4</sup>. 5

En vertu de ces dispositions, la responsabilité de l'avocat est soumise aux quatre conditions suivantes: (1) une violation de ses obligations contractuelles; (2) un dommage; (3) un lien de causalité entre la violation du contrat et le dommage; et (4) une faute qui est présumée<sup>5</sup>. 6

Conformément à l'art.8 CC, le client mandant supporte le fardeau de l'allégation objectif (*objektive Behauptungslast*) et le fardeau de la preuve (*Beweislast*) des trois premières conditions. Cela signifie que le client supporte les conséquences de l'absence d'allégation de ces conditions, respectivement celles de l'absence de preuve desdites conditions<sup>6</sup>. Il incombe en revanche à l'avocat mandataire de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable («à moins qu'il ne prouve...», art.97 al.1 CO)<sup>7</sup>. La suite de cette contribution n'abordera pas la condition de la faute, dans la mesure où celle-ci est présumée. 7

## III. Violation contractuelle imputable à l'avocat

La première condition de la responsabilité contractuelle de l'avocat est une violation du contrat. En sa qualité de mandataire, l'avocat ne répond pas d'un résultat, mais de la bonne et fidèle exécution du mandat (art.398 al.2 CO)<sup>8</sup>. L'avocat n'est ainsi pas tenu de garantir le succès de son activité, mais d'agir conformément aux règles de l'art<sup>9</sup>. 8

L'art.398 al.1 CO renvoie, pour le degré de diligence du mandataire, à celui du travailleur dans les rapports de travail (art.321e al.2 CO). 9

De manière générale, l'avocat ne méconnaît son devoir de diligence que si le manquement qui lui est reproché représente la violation de règles généralement reconnues et admises<sup>10</sup>. 10

4 TF, arrêt du 22.9.2021, 4A\_187/2021, c.3.1.1.

5 *Idem*.

6 ATF 147 III 463, c.4.2.3.

7 CJ GE, arrêt du 19.3.2024, ACJC/366/2024, c.5.1 et les réf. cit.

8 Arrêt ACJC/366/2024 précité, c.5.1.1 et les réf. cit.

9 TF, arrêt du 15.7.2019, 4A\_659/2018, c.3.1.1.

10 Arrêt ACJC/366/2024 précité, c.5.1.1 et les réf. cit.

- 11**      Violé ainsi son obligation de diligence l'avocat qui omet d'agir en temps utile pour faire valoir une prétention de son client, de sorte qu'elle est périmée<sup>11</sup> ou prescrite<sup>12</sup>.
- 12**      L'avocat peut aussi violer son obligation de diligence si, dans le cadre du procès, il n'étaye et ne prouve pas suffisamment le dommage allégué par son client, entraînant ainsi le déboutement de ce dernier<sup>13</sup>.
- 13**      Dans le cadre de négociations, l'avocat peut aussi violer ses devoirs s'il omet de faire valoir une prétention de son client<sup>14</sup>, s'il omet d'inclure une clause, telle une clause d'exclusion de responsabilité<sup>15</sup>, ou s'il doit savoir que la convention de divorce ratifiée par le tribunal est invalide, car contraire au droit fédéral<sup>16</sup>.
- 14**      Les violations précitées sont généralement précédées ou s'accompagnent d'une ou de plusieurs violations par l'avocat de ses devoirs d'information, conseil et mise en garde<sup>17</sup>. Ces devoirs comprennent notamment celui de réunir l'ensemble des éléments de fait dont l'avocat a besoin pour accomplir sa tâche; dès l'instant où l'avocat acquiert des doutes sur l'exactitude des informations données par son client, il doit poursuivre ses investigations aussi loin qu'il est nécessaire pour éclaircir la situation<sup>18</sup>.
- 15**      Les violations contractuelles évoquées ci-dessus ont pour particularité de consister en des omissions ou d'être traitées comme telles sous l'angle de la causalité qui sera alors hypothétique (*infra* V.B).

11 Inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: ATF 117 II 563, c. 3b (dirigée contre la mauvaise parcelle); arrêt ACJC/366/2024 précité, c. 5.3.1 (dirigée contre la mauvaise parcelle et le mauvais propriétaire); action en paternité: ATF 87 II 364, JdT 1962 I 363 ss.

12 TF, arrêt du 14.2.2023, 4A\_349/2022, c. 4.2; arrêt du 8.4.2022, 4A\_624/2021, c. 4.1.

13 TF, arrêt du 22.9.2021, 4A\_187/2021, Faits B.a; arrêt du 12.3.2018, 4A\_462/2017, c. 6.2. Pour davantage d'exemples concernant la mauvaise conduite du procès, voir SUMMERMATTER/GERBER, 5 ss.

14 ATF 134 III 534, violation contractuelle niée en l'espèce: c'est sans faute de sa part que l'avocat n'avait pas fait valoir, dans le cadre des négociations avec une assurance en 2000, une prétention pour dommage ménager. En effet, ce n'est qu'en 2003 que la jurisprudence a reconnu que les hommes peuvent aussi prétendre à la réparation d'un tel dommage.

15 TF, arrêt du 3.5.2012, 4A\_588/2011, c. 3.

16 ATF 127 III 357, JdT 2002 I 192, c. 3.

17 Sur le principe de ces devoirs: CHAPPUIS/GURTNER, N 1862-1902; LÉVY, 41-49; pour des exemples, voir: TF, arrêt du 12.3.2018, 4A\_462/2017, c. 6.2 (défaut d'information sur les chances de succès de la procédure).

18 TF, arrêt du 22.9.2021, 4A\_187/2021, c. 3.2.1; arrêt du 16.9.2020, 4A\_2/2020, Faits B.b et B.c et c. 3.2.1 (obligation de rechercher les faits, de commenter les documents vis-à-vis du client et de s'assurer que le client les comprend); arrêt ACJC/366/2024 précité, c. 5.1.1 et 5.3.1.

#### IV. Dommage

La deuxième condition de la responsabilité contractuelle de l'avocat est le dommage. 16

De jurisprudence constante, le dommage réparable se définit comme une diminution involontaire du patrimoine net du lésé<sup>19</sup>. Le dommage se comprend comme la différence entre le montant du patrimoine du lésé après l'événement dommageable et le montant que ce patrimoine aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit (théorie de la différence). Le juge doit donc déterminer quel serait le patrimoine hypothétique actuel du lésé si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu<sup>20</sup>. 17

La théorie de la différence implique donc d'examiner une question qui se recoupe en partie avec celle de la causalité hypothétique puisque, comme on le verra (*infra* V.B), celle-ci implique d'établir que le cours hypothétique des événements aurait permis au client d'éviter le dommage si l'acte omis avait été accompli<sup>21</sup>. 18

En matière de responsabilité de l'avocat, les postes du dommage<sup>22</sup> seront fréquemment (1) la perte d'une prétention par le client, (2) la condamnation du client à s'acquitter d'une obligation induue ou (3) des attentes déçues, à la condition que celles-ci aient entraîné des conséquences patrimoniales<sup>23</sup>. 19

Cette dernière hypothèse vise le cas où le client prend des mesures sur la base des assurances données par son avocat et que celles-ci se révèlent inexactes, entraînant ainsi un dommage patrimonial pour le client, par exemple parce qu'il encourt une charge fiscale plus importante en raison des démarches recommandées par l'avocat<sup>24</sup>. 20

Peuvent également constituer des postes du dommage réparable: 21

- les frais de justice et les dépens que le client a dû supporter au terme d'un procès qu'il a perdu par la faute de son avocat, ou qu'il a entrepris en vain sur la base d'une information défectueuse de son avocat<sup>25</sup>;
- les frais d'avocat avant procès que le client a encourus avant d'actionner son ancien avocat, à la condition que ceux-ci soient justifiés, nécessaires et adé-

19 Le dommage peut consister en une perte éprouvée (*damnum emergens*; réduction de l'actif ou augmentation du passif) ou en un gain manqué (*lucrum cessans*; non-augmentation de l'actif ou non-diminution du passif): ATF 132 III 359, c.4.

20 ATF 145 III 225, c.4.1.1, JdT 2020 II 95; arrêt ACJC/366/2024 précité, c.5.1.2; WERRO, Responsabilité, N 46 s. et les réf. cit.

21 SUMMERMATTER/GERBER, 23.

22 Outre l'obligation d'indemniser le client pour le dommage subi, l'avocat perd son droit aux honoraires et au remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat (ATF 117 II 563, c.2a). OGer ZH, arrêt du 2.4.2024, LB230029-O/U, c.4: l'avocate dépose un recours à la CEDH sans remplir le formulaire prévu à cette fin, subsidiairement hors délai, de sorte que toutes les démarches en vue de la préparation du recours sont sans utilité pour le client.

23 CHAPPUIS/GURTNER, N 2072 ss.

24 CHAPPUIS/GURTNER, N 2075 ss. A noter que les sanctions pénales, notamment les amendes fiscales, ne devraient pas constituer un dommage réparable en raison du caractère personnel de la sanction (CHAPPUIS/GURTNER, N 2081 ss; voir aussi BOHNET/MARTENET, N 3054).

25 TF, arrêt du 12.3.2018, 4A\_462/2017, c.6.2.

quats pour faire valoir la créance en dommages-intérêts contre l'ancien avocat, et seulement dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les dépens<sup>26</sup>.

- 22 Lorsqu'il est impossible d'établir au stade de la vraisemblance prépondérante que l'issue d'un procès aurait été favorable au client si son avocat avait agi conformément à ses obligations, certains auteurs<sup>27</sup> ont proposé d'appliquer la théorie de la perte d'une chance<sup>28</sup> pour quantifier le dommage. Dans cette approche, la perte n'a pas pour objet l'issue favorable, mais la valeur économique de la probabilité d'obtenir cette issue<sup>29</sup>. Cependant, la jurisprudence suisse rejette cette théorie, considérant qu'elle ne s'accorde ni avec la conception de la causalité naturelle ni avec la notion de dommage réparable<sup>30</sup>.

## V. Lien de causalité

- 23 La troisième condition de la responsabilité contractuelle de l'avocat est l'existence d'un lien de causalité entre la violation contractuelle et le dommage<sup>31</sup>.

### A. Particularités liées aux manquements imputables à l'avocat

- 24 En principe, la causalité doit être naturelle<sup>32</sup> et adéquate<sup>33</sup>. Ce principe s'appliquera lorsque la violation contractuelle consiste en une action, mais il s'appliquera rarement aux manquements contractuels imputables à l'avocat que nous avons examinés ci-dessus (*supra* III).

- 25 En effet, la violation de devoirs d'information (au sens large) par l'avocat présente la particularité de ne pas être la cause directe d'un dommage, mais d'avoir pour conséquence une chaîne causale à multiples maillons. En raison de la violation du devoir d'information de son avocat, le client reçoit une information inexacte ou incomplète, pouvant ainsi l'amener à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise du tout ou, du moins, pas aux mêmes conditions, et qui peut, *in fine*, être la cause d'un dommage pour le client<sup>34</sup>.

26 TF, arrêt du 8.4.2022, 4A\_624/2021, c.6.2.

27 WERRO, *Objection*, 72 s.; HIRSCH, N 11 ss.

28 Cette théorie a été développée pour tenir compte de situations qui se présentent lorsque le fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire un enrichissement ou un appauvrissement de la personne concernée (ATF 133 III 462, c.4.2; TF, arrêt du 22.9.2015, 4A\_18/2015, c.4.1).

29 WERRO/PERRITAZ, N 16.

30 ATF 133 III 462, c.4.4.3.

31 TF, arrêt du 22.9.2021, 4A\_187/2021, c.3.1.1.

32 Un acte est la cause naturelle d'un résultat dommageable s'il en constitue une des conditions nécessaires (*conditio sine qua non*): STEUDLER, N 167 et les réf. cit., notamment ATF 143 III 242, c.3.7.

33 Un acte est jugé être la cause adéquate d'un dommage lorsque, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, le comportement incriminé était propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question: STEUDLER, N 170; ATF 143 III 242, c.3.7; WERRO, *Responsabilité*, N 262.

34 STEUDLER, N 337 ss; CHAPPUIS C., 17; TF, arrêt du 9.1.2020, 4A\_350/2019, c.3.3, qui donne un exemple où le manquement consistait à la fois en une action (avoir rédigé un avenant

Par exemple, l'avocat omet d'informer son client que l'infraction pénale retenue contre ce dernier ne sera pas visible dans son extrait de casier judiciaire; si le client en avait été informé à temps, il n'aurait pas fait opposition à l'ordonnance pénale, puisqu'il ne l'avait fait qu'en raison de son souhait d'intégrer la police dans le futur, ce qui nécessitait de présenter un casier judiciaire vierge. Dûment informé, il n'aurait pas encouru de frais de procédure et d'avocat en vain<sup>35</sup>. 26

Stuedler observe à juste titre que la jurisprudence et la doctrine traitent généralement la violation de devoirs d'information comme une omission<sup>36</sup>. 27

En outre, l'exécution défectueuse du mandat par l'avocat peut aussi consister en une action, mais dont le résultat serait le même que s'il n'avait pas agi du tout. Le manquement équivaut alors à une omission. On songe en particulier à une violation de son devoir de diligence par l'avocat dans le cadre du procès qu'il mène pour le compte de son client<sup>37</sup>. 28

En d'autres termes, les manquements imputables à l'avocat consisteront souvent en des omissions ou des actes assimilés à des omissions. 29

## B. Causalité hypothétique

En cas d'omission, l'examen du lien de causalité s'examine entre l'acte omis (ou équivalant à une omission) et le dommage. Entre celui-là et celui-ci, le rapport de cause à effet est nécessairement hypothétique, car une inaction ne peut pas modifier le cours extérieur des événements. Le juge doit se demander si le dommage aurait été empêché si l'intéressé avait accompli l'acte omis; dans l'affirmative, il convient d'admettre l'existence d'un rapport de causalité entre l'omission et le dommage. On qualifie cette question de causalité hypothétique, laquelle relève de la causalité naturelle<sup>38</sup>. 30

Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge fonde son appréciation sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur; ce faisant, il élimine d'emblée certains scénarios comme improbables d'après cette même expérience. Il suffit qu'il se convainque que le processus causal est établi avec une vraisemblance prépondérante<sup>39</sup>. 31

En principe, la jurisprudence fait une distinction, même en cas d'omission, entre le lien de causalité naturelle et le lien de causalité adéquate<sup>40</sup>. Cependant, dans le cadre de son examen de la causalité hypothétique, le juge pose déjà un jugement de valeur, alors que, d'ordinaire, ce jugement de valeur ne joue un rôle 32

dépourvu de force juridique) et en une omission (ne pas avoir donné à la cliente un conseil utile qui lui aurait permis de prendre une décision éclairée).

35 CACJ GE, arrêt du 24.9.2024, ATA/1111/2024.

36 STEUDLER, N 366 ss et les réf. cit.

37 CHAPPUIS/GURTNER, N 2105; SUMMERMATTER/GERBER, 5 s., donnant de nombreux exemples avec références jurisprudentielles et doctrinales.

38 TF, arrêt du 14.2.2023, 4A\_349/2022, c.4.1.2; arrêt du 9.1.2020, 4A\_350/2019, c.3.2.2; HIRSCH, N 18.

39 TF, arrêt du 8.4.2022, 4A\_624/2021, c.3.2; arrêt du 9.1.2020, 4A\_350/2019, c.3.2.2.

40 TF, arrêt du 16.1.2020, 4A\_2/2020, c.3.3.3.

que pour statuer sur le caractère adéquat de la causalité<sup>41</sup>. Dès lors, la jurisprudence retient qu'il ne se justifie généralement pas de soumettre le scénario hypothétique, constaté ou admis, à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité<sup>42</sup>. Nous n'avons pas connaissance d'arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral aurait procédé à une évaluation de la causalité adéquate après avoir admis le lien de causalité hypothétique.

### C. Fardeau de la preuve et de l'allégation

- 33** Le client, qui supporte le fardeau de l'allégation objectif et de la preuve (art.8 CC; *supra* N 7), doit démontrer (i) le cours hypothétique des événements qui se serait produit si son avocat avait accompli l'acte omis<sup>43</sup>, et (ii) que cette chaîne causale hypothétique lui aurait permis d'éviter le dommage<sup>44</sup>. Nous illustrerons cette problématique par quelques exemples ci-après.
- 34** Si le manquement de l'avocat réside dans une violation de son devoir d'informer (au sens large), le client doit démontrer le comportement hypothétique qu'il aurait adopté et les conséquences qui s'en seraient suivies. Par exemple, le client aurait pu décider de renoncer à introduire une procédure si son avocat l'avait informé correctement de ses droits ou des enjeux (risques, coûts ou inutilité de la démarche; par exemple *supra* N 26), ce qui lui aurait permis d'économiser les coûts découlant d'une procédure inutile en regard des buts qu'il poursuivait<sup>45</sup>.
- 35** Si le manquement de l'avocat réside dans une violation de son obligation de diligence en négociant une transaction défavorable pour les intérêts de son client, ce dernier doit démontrer précisément le contenu de la transaction qu'il aurait hypothétiquement conclue si l'avocat avait accompli l'acte omis, et les conséquences qui s'en seraient suivies<sup>46</sup>.
- 36** Si le manquement de l'avocat réside dans la mauvaise conduite d'un procès, le client mène alors une sorte de procès fantôme dans le cadre du procès en responsabilité contre son ancien avocat. Le client doit alors reprendre dans le second procès les arguments du procès initial et prouver que ce dernier aurait eu un résultat hypothétique plus favorable pour lui s'il avait été mené avec diligence. Il doit en particulier indiquer précisément quelles allégations concrètes son avocat aurait dû faire valoir dans le procès initial, quelles preuves il aurait dû introduire en temps utile et quel aurait été le résultat de l'appréciation des

41 ATF 132 III 715, c.3.2; 115 II 440, JdT 1990 I 362, c.5a.

42 ATF 115 II 440, JdT 1990 I 362, c.5a; TF, arrêt du 16.9.2020, 4A\_2/2020, c.3.3.3. Plus nuancé, HIRSCH, N 19, qui considère que si la causalité (hypothétique) naturelle est établie, la causalité adéquate « ne devrait pas poser de problème ».

43 En ce sens, STEUDLER, N 340 ss et 414, qui qualifie cette question de causalité fondant la responsabilité (*haftungsbegründende Kausalität*).

44 En ce sens, STEUDLER, N 345 ss et 414, qui qualifie cette question de causalité réalisant la responsabilité (*haftungsausfüllende Kausalität*).

45 TF, arrêt du 12.3.2018, 4A\_462/2017, c.6.2.

46 ATF 134 III 534 (violation niée en l'espèce); TF, arrêt du 3.5.2012, 4A\_588/2011.

preuves<sup>47</sup>. L'issue de cette démonstration est hautement incertaine pour le client, ainsi qu'en témoignent les arrêts mis en exergue par la doctrine<sup>48</sup>.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_588/2011 offre un bon exemple des difficultés que la causalité hypothétique soulève en matière de fardeau de la preuve et de l'allégation. Dans cette affaire, une cliente avait conclu une transaction au terme de laquelle elle avait renoncé à sa position de bénéficiaire et protectrice d'un trust en contrepartie d'une indemnité de plusieurs millions de francs. Cependant, son avocat n'avait pas identifié ni réglé contractuellement la problématique d'éventuelles prétentions futures entre les parties, de sorte que la transaction ne contenait pas de clause d'exclusion de responsabilité. Quelques années plus tard, la cliente avait dû payer des arriérés d'impôts anticipés de plusieurs millions à son cocontractant au terme d'une coûteuse procédure d'arbitrage qu'elle avait perdue. Dans le procès en responsabilité contre son ancien avocat, la cliente avait démontré avec succès qu'elle aurait conclu la transaction avec une clause d'exclusion de responsabilité si son avocat avait agi avec diligence, et qu'elle n'aurait ainsi pas perdu l'arbitrage contre son cocontractant ni n'aurait dû payer les arriérés d'impôts et les frais de la procédure arbitrale<sup>49</sup>.

On ignore l'issue finale du litige, le Tribunal fédéral ayant renvoyé l'affaire à l'instance cantonale pour nouvelle décision au fond. Cependant, l'arrêt précité est instructif sur au moins trois points.

Tout d'abord, il souligne que la preuve de faits hypothétiques, *a fortiori* celle de faits internes (telle la volonté de la cliente), et du comportement de tiers (tels que les contreparties dans une négociation ou les arbitres dans un arbitrage), ne peut pas être apportée directement, mais seulement au moyen d'indices et de principes d'expérience<sup>50</sup>.

Ensuite, le Tribunal fédéral, qui reconnaît cette difficulté en matière de preuve de la causalité hypothétique, a appliqué, dans cette affaire, l'art.42 al.2 CO par analogie à la preuve de la causalité. Cette disposition a pour effet que le degré de précision de l'allégation (*Substantiierung*) devait être abaissé pour la demanderesse, et les allégués de fait devaient exceptionnellement être considérés comme suffisamment étayés même si les lacunes existantes devaient encore être comblées par la procédure probatoire<sup>51</sup>.

Enfin, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était admissible que la cliente allègue différents scénarios qui lui auraient permis d'éviter le dommage allégué, dans une mesure variant selon les scénarios envisagés<sup>52</sup>. On précisera qu'elle

47 ATF 87 II 364, c.2; TF, arrêt du 22.9.2021, 4A\_187/2021, c.3.1.2; arrêt du 15.7.2019, 4A\_659/2018, c.3.1.3 et 3.4; arrêt du 12.3.2018, 4A\_462/2017, c.6.2.1.

48 WERRO/PAGOT; SUMMERMATTER/GERBER, 13 ss.

49 TF, arrêt du 3.5.2012, 4A\_588/2011.

50 En ce sens, STEUDLER, N 415 à propos des instructions hypothétiques du client de prestataires de services financiers.

51 TF, arrêt du 3.5.2012, 4A\_588/2011, c.2.2.4; STEUDLER, N 213 ss; plus nuancés sur la question, SUMMERMATTER/GERBER, 22 ss, qui plaident en faveur de l'application analogique de l'art.42 al.2 CO lorsque la preuve de la causalité hypothétique est en jeu, mais considèrent que le Tribunal fédéral n'a jamais tranché la question de manière définitive.

52 TF, arrêt du 3.5.2012, 4A\_588/2011, c.2.2.4.

37

38

39

40

41

avait allégué ces scénarios après que le tribunal lui avait spontanément demandé de préciser ses allégués.

#### D. Comportement de substitution licite

42 Dans le procès en responsabilité dirigé contre lui, l'avocat peut se défendre en objectant notamment que l'acte omis, même s'il l'avait accompli, n'aurait pas mené à un résultat différent<sup>53</sup>.

43 Cette objection, qui est qualifiée de comportement de substitution licite (*rechtmässiges Alternativverhalten*), consiste à soutenir qu'un comportement licite de la part de l'auteur (et non d'un tiers) n'aurait pas empêché le dommage de se produire<sup>54</sup>. Selon la jurisprudence et une partie de la doctrine, juger de la causalité hypothétique entre l'omission et le dommage se confond avec l'examen de l'objection du comportement de substitution licite. En effet, tant la causalité hypothétique que l'objection précitée impliquent une interrogation fondée sur la même hypothèse: le dommage aurait-il été empêché si le défendeur avait agi conformément au droit<sup>55</sup>?

44 En principe, l'avocat défendeur supporte le fardeau de la preuve s'agissant du comportement de substitution licite. S'il apporte cette preuve, la causalité est dite dépassée et sa responsabilité n'est pas engagée<sup>56</sup>.

45 Cependant, il y a là une contradiction lorsque la causalité est hypothétique. On ne peut pas admettre qu'il appartient au client demandeur de prouver que l'acte omis, s'il avait été accompli, aurait empêché le dommage (preuve de la causalité), et affirmer qu'il appartient à l'avocat défendeur de prouver l'absence de causalité de l'acte omis (preuve de l'objection)<sup>57</sup>.

46 Werro a démontré que, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce sont les circonstances de fait du cas d'espèce qui dicteront si c'est au client ou à l'avocat de supporter le fardeau de la preuve de la causalité, respectivement de son absence. En outre, selon Werro, lorsque le manquement du défendeur et le dommage sont avérés, et qu'il est impossible d'établir avec une vraisemblance prépondérante que l'absence de manquement aurait empêché le dommage, rien ne s'oppose à mettre à la charge du défendeur le fardeau de la preuve de la non-causalité du manquement<sup>58</sup>. Il donne comme exemple le cas où l'avocat manque le délai d'une action en paternité pour son client<sup>59</sup>. A notre sens, l'approche préconisée par Werro revient à admettre une règle d'expérience selon

53 Un autre moyen de défense peut consister, si les circonstances s'y prêtent, à arguer que le client a commis une faute concomitante, point que la présente contribution n'examinera pas.

54 ATF 122 III 229, c.5.a.aa; WERRO, *Objection*, 55.

55 TF, arrêt du 16.9.2020, 4A\_2/2020, let. B.b; arrêt du 9.1.2020, 4A\_350/2019, c.3.2.2; STEUDLER, N 188 ss et 378 s.; WERRO, *Objection*, 60; d'un autre avis, ROBERTO, N 06.27, qui considère que la causalité hypothétique et le comportement de substitution licite sont deux questions distinctes.

56 TF, arrêt du 9.1.2020, 4A\_350/2019, c.3.2.2.

57 WERRO, *Objection*, 65 ss.

58 WERRO, *OBJECTION*, 71-73.

59 WERRO, *OBJECTION*, 66 s., citant l'ATF 87 II 364: dans cette affaire, une mère et son enfant avaient introduit une action en responsabilité contre leur ancien avocat qui avait omis d'ou-

laquelle la causalité est présumée, lorsque la violation contractuelle et le dommage sont avérés.

#### E. Principes d'expérience et présomptions

L'application des règles d'expérience (*Erfahrungssätze*) contribue à accroître les incertitudes déjà évoquées plus tôt en matière de fardeau de la preuve et de l'allégation. 47

Comme exposé plus haut, le juge recourt à l'expérience générale de la vie pour déterminer la causalité hypothétique (*supra* N 31). Pour ce faire, il applique notamment les règles d'expérience qui lui permettent de présumer un fait d'un autre fait. Les règles d'expérience facilitent la preuve à la partie qui en a le fardeau<sup>60</sup> et peuvent aboutir à renverser fonctionnellement le fardeau de la preuve; la partie adverse a ainsi la possibilité d'apporter la contre-preuve, c'est-à-dire de prouver que la règle d'expérience ne s'applique pas dans le cas particulier en raison d'un déroulement atypique des faits<sup>61</sup>. Par exemple, selon l'expérience, il est présumé que le document mentionné comme annexé dans un courrier se trouve dans le pli envoyé par l'expéditeur. Il appartient à la personne qui entend se prévaloir du contraire de prouver les circonstances particulières du cas d'espèce<sup>62</sup>. 48

Stuedler observe que la jurisprudence distingue la règle d'expérience ordinaire de la règle d'expérience qualifiée<sup>63</sup>. 49

La règle d'expérience est ordinaire lorsque le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie pour apprécier l'ensemble des circonstances de l'affaire ou des indices prouvés et présumer ainsi qu'un fait précis est établi. Il s'agit ici de l'appréciation des preuves, laquelle repose toujours, dans une certaine mesure, sur l'expérience de la vie du juge<sup>64</sup>. 50

La règle d'expérience est qualifiée lorsque le jugement hypothétique qu'elle contient, et qui est tiré des expériences faites dans d'autres cas, peut être appliqué à l'avenir dans des cas similaires. La règle d'expérience est alors assimilée à une règle de droit et n'a pas à être prouvée ni alléguée (art. 151 CPC et art. 1 al. 2 CC)<sup>65</sup>. 51

La doctrine relève, à raison, que la délimitation entre ces deux catégories de règles d'expérience est souvent floue dans la jurisprudence<sup>66</sup>. 52

vrir action en paternité dans le délai de péremption légal. La justice avait admis la demande contre l'avocat.

60 HOHL, N 1623.

61 CR CC I-PIOTTET, art. 8 N 56; STEUDLER, N 232; HOHL, N 1627.

62 CR CC I-PIOTTET, art. 8 N 56; TF, arrêt du 19.5.2016, 4A\_398/2015, c. 4.2.

63 ATF 126 III 10, c. 2b; STEUDLER, N 197 s.

64 ATF 126 III 10, c. 2b; 123 III 241, c. 3a; 107 II 269, c. 2b; LARDELLI/VETTER, art. 8 N 99 s.; STEUDLER, N 197.

65 STEUDLER, N 197; HOHL, N 1599 et 1622 ss.

66 STEUDLER, N 198; BK ZGB I-WALTER, art. 8 N 103. Voir par exemple TF, arrêt du 13.1.2023, 4A\_244/2022, c. 3.3.2, où le Tribunal fédéral souligne que la recourante « perd en outre de vue que la cour cantonale ne s'est pas fondée sur une règle d'expérience, mais qu'elle a procédé, dans les circonstances concrètes, à son appréciation des faits en se fondant sur sa propre expérience générale de la vie ».

- 53 D'ailleurs, les jugements des tribunaux ne reflètent pas toujours de manière transparente l'intégralité du processus mental que le juge a mené pour aboutir à sa décision. Ainsi, l'application des règles d'expérience est souvent implicite et se déduit de formules laconiques (« il est incontestable... », « on peut s'attendre à ce que... », etc.)<sup>67</sup>.
- 54 La distinction entre ces deux types de règles d'expérience peut avoir des conséquences importantes sur l'issue du procès, en particulier en cas de recours en matière civile devant le Tribunal fédéral. En effet, celui-ci se considère lié, en application de l'art. 105 al. 1 LTF, par les constatations cantonales concernant la causalité naturelle, dès lors qu'elles ne reposent pas exclusivement sur l'expérience de la vie, mais sur des faits ressortant de l'appréciation des preuves<sup>68</sup>. Par conséquent, si le juge cantonal a tiré des conclusions factuelles de sa propre expérience générale de la vie dans le cadre de l'appréciation des preuves, le recourant devra soulever et dûment motiver le grief de l'arbitraire dans l'établissement des faits devant le Tribunal fédéral (art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF, art. 9 Cst.). En revanche, si le juge cantonal a tiré ses conclusions factuelles de règles d'expérience qualifiées, alors le recourant devra invoquer la violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF).
- 55 Avec Steudler<sup>69</sup>, nous considérons que l'approche du Tribunal fédéral est trop restrictive, la causalité hypothétique étant toujours un mélange de questions de fait et de droit. Nous préconisons une approche plus nuancée, consistant à distinguer les constatations de nature factuelle des règles d'expérience que le juge applique auxdites constatations afin d'évaluer la causalité hypothétique. Les constatations factuelles sont des questions de fait pour lesquelles le recourant soulèvera le grief limité à l'arbitraire en cas de recours au Tribunal fédéral. En revanche, les règles d'expérience sont une question de droit pour laquelle le recourant doit pouvoir soulever le grief de violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF) devant le Tribunal fédéral.

## VI. Conclusion

- 56 Cette contribution a démontré que la causalité hypothétique fait naître des incertitudes importantes en matière de fardeau de la preuve et de l'allégation.
- 57 En principe, le client demandeur supporte le fardeau d'alléguer et prouver la causalité hypothétique. Cependant, selon les circonstances de l'affaire, l'application des règles d'expérience par le tribunal pourra conduire à renverser fonctionnellement le fardeau de la preuve, de sorte que c'est l'avocat défendeur qui aura la charge de prouver l'absence de causalité. Ces règles se mêleront souvent à l'appréciation des preuves, ce qui rendra leur contrôle d'autant plus difficile par la juridiction supérieure.

67 MÜLLER/SIMON, N 285 et les exemples cités.

68 TF, arrêt du 8.4.2022, 4A\_624/2021, c. 3.2; arrêt du 9.1.2020, 4A\_350/2019, c. 3.2.2 et les réf. cit.

69 STEUDLER, N 176 s. et 499.

Pour anticiper ces incertitudes, les parties à un procès en responsabilité de l'avocat auront intérêt à préparer leur stratégie procédurale en distinguant, dès le début du litige, les indices factuels qu'elles allèguent et offriront de prouver, des règles d'expérience qu'elles invoqueront comme critères servant à évaluer la causalité hypothétique. A notre sens, si le tribunal applique dans son jugement une règle d'expérience qui était imprévisible pour les parties, la partie ayant succombé devrait pouvoir invoquer la violation de son droit d'être entendue (art.53 CPC)<sup>70</sup> devant la juridiction supérieure.

58

70 ATF 130 III 35.