

TF, 09.01.2020, 4A\_350/2019

*Juger de la causalité (naturelle) hypothétique dans le cas d'une omission règle le sort de l'objection fondée sur le comportement de substitution licite, puisque cette objection présuppose une interrogation fondée sur la même hypothèse (le dommage aurait-il été empêché dans l'hypothèse où le défendeur aurait agi conformément au droit ?). Partant, la partie demanderesse doit suffisamment alléguer et prouver le lien de causalité (naturelle) hypothétique. Si elle y parvient, il n'y a alors plus lieu d'examiner une éventuelle objection fondée sur le comportement de substitution licite.*

#### Faits

Des époux sont propriétaires de plusieurs immeubles en Suisse et d'un immeuble en Italie. En vue d'ouvrir une procédure de divorce sur requête commune, ils mandatent un avocat auquel il est demandé de mettre par écrit les termes de leur convention sur les effets accessoires du divorce. Ladite convention est présentée au Tribunal de première instance de Genève qui l'entérine puis prononce le divorce.

La convention ne porte en fait que sur la répartition des biens immobiliers en Suisse et ne mentionne pas l'immeuble italien. Celui-ci fait l'objet d'un avenant qui, pour des raisons fiscales et sur demande des époux, n'est pas présenté au Tribunal. Cet avenant prévoit que la part de propriété de l'époux dans l'immeuble italien doit revenir à l'épouse. Cependant, une fois le divorce prononcé, l'époux refuse de transférer à l'épouse sa ladite part de propriété. L'épouse constate alors que l'avenant est dépourvu d'effets juridiques faute d'avoir été homologué par le Tribunal du divorce.

Partant, elle introduit une action en responsabilité contre l'avocat pour ne pas l'avoir informée du fait que l'avenant serait dépourvu d'effet s'il n'était pas soumis au Tribunal du divorce. Le Tribunal de première instance rejette l'action de l'épouse. Sur appel de celle-ci, la Cour de justice de Genève réforme ce jugement et condamne l'avocat. Celui-ci recourt au Tribunal fédéral lequel est pour l'essentiel amené à déterminer si l'inexécution contractuelle de l'avocat est une cause naturelle du dommage de l'épouse.

## Droit

Le Tribunal fédéral relève que l'avocat ne conteste pas avoir violé fautivement ses obligations contractuelles. Partant, il analyse exclusivement si le comportement de l'avocat est bien la cause du dommage allégué par l'épouse. Plus précisément, il analyse les conditions auxquelles l'objection de comportement de substitution licite peut être invoquée. Pour ce faire, il opère une distinction selon que l'acte reproché est une action ou une omission.

1. Lorsque le manquement reproché au défendeur est lié à une action, le rapport de causalité naturelle existe dès que l'acte commis a entraîné le dommage. Si le demandeur parvient à établir ce lien, le défendeur peut soulever l'objection fondée sur le « comportement de substitution licite »; il lui appartient d'alléguer et de prouver que le dommage aurait été causé même s'il avait agi conformément au droit; s'il y parvient, la causalité est dite dépassée et sa responsabilité n'est pas engagée.
2. En revanche, lorsque le manquement reproché au mandataire est une omission, le rapport de causalité est nécessairement hypothétique (une inaction ne pouvant pas modifier le cours extérieur des événements), de sorte qu'à ce stade déjà, il faut se demander si le dommage aurait été empêché dans l'hypothèse où l'acte omis aurait été accompli; dans l'affirmative, il convient d'admettre l'existence d'un rapport de causalité entre l'omission et le dommage. Partant, le Tribunal fédéral considère que juger de la causalité naturelle dans le cas d'une omission règle le sort de l'objection fondée sur le comportement de substitution licite, puisque cette objection présuppose une interrogation fondée sur la même hypothèse (le dommage aurait-il été empêché dans l'hypothèse où l'avocat aurait agi conformément au droit ?).

Fort de ces explications, le Tribunal fédéral relève que la Cour de justice de Genève a reconnu l'existence d'un lien de causalité naturelle puis, s'inspirant de la jurisprudence rendue en matière médicale, a mis à la charge de l'avocat la preuve d'une éventuelle objection de ce comportement de substitution licite. Faute pour celui-ci d'apporter une telle preuve, elle a considéré que l'exigence du rapport de causalité était remplie. Or, l'acte reproché à l'avocat étant une omission (l'absence de mise en garde de l'avocat quant aux

risques que sa cliente encourrait du fait qu'elle n'avait en mains qu'un avenant non contraignant), et dans la mesure où l'exigence de la causalité naturelle en cas d'omission consomme l'objection fondée sur le comportement de substitution licite, il était d'emblée exclu que celle-ci puisse être soulevée par l'avocat. Le Tribunal fédéral considère déjà à ce stade de son argumentation que le recours doit être admis.

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur la question de savoir si c'est à bon droit que la Cour de justice a reconnu l'existence d'un lien de causalité naturelle. Il explique en effet que lorsque le rapport de causalité est hypothétique (comme c'est le cas en l'espèce), le juge doit fonder son analyse sur l'expérience générale de la vie et doit ainsi émettre un jugement de valeur. Bien qu'en principe le Tribunal fédéral soit lié par les constatations cantonales en matière de causalité naturelle, lorsque la causalité (naturelle) hypothétique est déduite exclusivement de l'expérience générale de la vie et non pas des moyens de preuve, le Tribunal fédéral peut la revoir librement. Le Tribunal fédéral rappelle également que lorsque le lien de causalité (naturelle) hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité.

Le Tribunal fédéral considère alors que l'omission de l'avocat d'informer sa cliente que l'avenant signé n'avait pas d'effet contraignant ne suffisait pas à elle seule pour admettre la causalité naturelle avec le dommage. Pour établir ce rapport de causalité, l'épouse aurait encore dû alléguer et prouver par exemple que son époux aurait confirmé son accord avec cet avenant après le délai de réflexion de deux mois et que le juge l'aurait homologué dans le cadre de la procédure sur requête commune.

Le rapport de causalité naturelle n'étant pas démontré, le recours est admis.

#### Note

L'argumentation du Tribunal fédéral est quelque peu alambiquée et mérite à notre sens certains éclaircissements.

Le Tribunal fédéral construit une argumentation en deux phases.

1. Dans une première phase, il explique que, en cas d'omission, si la causalité naturelle est reconnue, il n'y a plus de place pour l'examen de l'objection fondée sur le comportement de substitution licite. Comme la Cour de justice de Genève a retenu ce lien de causalité naturelle tout en offrant la possibilité à l'avocat de présenter son objection, le Tribunal fédéral considère qu'il convient déjà à ce stade d'admettre le recours. Le raisonnement du Tribunal fédéral a donc cela de contre-intuitif qu'il admet le recours de l'avocat, motifs pris que la Cour de justice n'aurait pas dû lui permettre de présenter une objection.
2. C'est en fait dans la seconde phase de l'argumentation du Tribunal fédéral que réside le véritable motif d'admission du recours de l'avocat. En effet, le Tribunal fédéral y considère que la Cour de justice n'aurait en tout état de cause pas dû reconnaître l'existence d'un lien de causalité naturelle entre l'omission de l'avocat et le dommage de l'épouse.

La différence d'approche entre le Tribunal fédéral et la Cour de justice tient ainsi au degré à partir duquel ces deux autorités reconnaissent l'existence d'une causalité naturelle en cas d'omission.

Dans son arrêt, la Cour de justice se montre généreuse dans la reconnaissance de ce rapport de causalité (naturelle) hypothétique. Se référant à l'[ATF 132 III 715, c. 2.3](#), elle explique en effet que « à propos de la causalité en cas d'omission [...], pour retenir une causalité naturelle en pareil cas, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si l'intéressé avait agi conformément à la loi. Un lien de causalité naturelle ne sera donc pas nécessairement prouvé avec une exactitude scientifique » ([ACJC/807/2019, c. 2.1.2](#)). La Cour de justice considère ainsi que « [l]a causalité naturelle est établie dans la mesure où il est incontesté que [l'épouse] avait obtenu l'accord de son ex-époux pour le transfert de la part de copropriété appartenant à celui-ci, mais que ce transfert n'a pas pu être obtenu en raison du caractère inexécutable en Italie de la convention confectionnée par [l'avocat] et signée par les ex-époux. Le conseil déficient de [l'avocat] est donc causal dans le déroulement des événements ayant conduit à la survenance du dommage » ([ACJC/807/2019, c. 2.3.3](#)). Reconnaisant ce lien de causalité naturelle, elle offre ensuite la possibilité au défendeur de prouver les conditions relatives à l'objection de

comportement de substitution licite. En d'autres termes, elle fait peser sur l'avocat la charge de la preuve que son comportement n'aurait en tout état pas causé le dommage de l'épouse.

Le Tribunal fédéral est moins généreux avec l'admission d'un lien de causalité (naturelle) hypothétique. Il explique qu'il n'admettrait un tel lien que si l'épouse était en mesure de démontrer que, en recevant un conseil complet de l'avocat, elle serait devenue propriétaire de l'immeuble italien à l'issue de la procédure de liquidation du régime matrimonial des époux. En d'autres termes, il considère que, même si l'épouse avait reçu des conseils avisés de l'avocat et que dès lors elle avait choisi de produire devant le juge du divorce l'avenant litigieux, il n'est pas encore certain qu'elle aurait au final reçu l'immeuble italien. Partant, elle échoue à démontrer que l'omission de l'avocat est une cause (naturelle) hypothétique de son dommage.

En élevant le seuil à partir duquel il convient d'admettre l'existence d'un lien de causalité (naturelle) hypothétique, le Tribunal fédéral met en fait exclusivement à la charge de l'épouse la preuve du déroulement hypothétique des choses si l'avocat avait agi conformément au droit. Si elle parvient à apporter une telle preuve, elle bénéficie alors du fait qu'elle enlève toute possibilité pour l'avocat de se dégager de sa responsabilité en se prévalant de l'objection fondée sur le comportement de substitution licite.

La victime d'un dommage causé par une omission sera donc bien inspirée de soigner l'allégation et la preuve du lien de causalité (naturelle) hypothétique, étant donné qu'une fois celui-ci démontré, il n'y a plus besoin de prouver un lien de causalité adéquate, ni d'entrer en matière sur une éventuelle objection fondée sur un comportement de substitution licite.

Proposition de citation : ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAoui, Le fardeau de la preuve de la causalité hypothétique et de l'objection fondée sur le comportement de substitution licite, in: <https://lawinside.ch/917/>