

PATRICK MICHAUD

CABINET D'AVOCATS
ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE



SEMINAIRE DE FORMATION

MMA

4 & 5 NOVEMBRE 2009

LA RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT FISCALISTE

Rappel d'un privilège d 'ordre public.....	3
I – L'avocat fiscaliste devant les tribunaux	3
La responsabilité dans le choix des moyens	4
II – l'avocat conseil fiscal	4
Etat du droit au jour du conseil	4
Non responsabilité en cas de revirement de jurisprudence.....	4
Le cas de la décision isolée	5
Jurisprudence en cours de gestation.....	5
III – L'avocat conseil en sa qualité de rédacteur d'actes	5
La nouvelle obligation de vigilance (l'ordonnance du 28 janvier 2009).....	6
Le champ d'application de l'obligation de conseil.....	6
La preuve de l'obligation de conseil.....	7
Le conseil pour l'établissement d'une déclaration fiscale	7
Qui est responsable : le conseiller ou le scribe ?	8
L'avocat rédacteur est responsable de l'ensemble des intérêts même s'il n'est pas présent.....	9
Information des conséquences	9
Omission d'une formalité	9
Mise en garde en cas d'inaction.....	10
Le début d'une obligation de résultat ?.....	10
IV - Le prejudice indemnisable	11
Un préjudice né, actuel et certain.....	11
L'impôt normalement dû n'est pas un préjudice	11
V - La notion de perte de chance	12
Calcul du préjudice en cas de perte de chance.....	13
Compétence exclusive des juges du fond	13
Le cas de la perte de chance d'obtenir une faveur fiscale.....	13
Le point de départ des intérêts	15
VI - La responsabilité in solidum	15
VII - Responsabilité pénale de l'avocat fiscaliste	16
Rôle de l'avocat fiscaliste dans la lutte anti-blanchiment.....	16

Introduction

L'avocat fiscaliste est d'abord un avocat c'est-à-dire qu'il bénéficie de l'ensemble des prérogatives de l'avocat mais qu'il est aussi soumis à l'ensemble des obligations de sa profession

L'avocat fiscaliste est d'abord un avocat c'est-à-dire qu'il a une activité de conseil, de rédacteur d'actes mais aussi une activité judiciaire notamment devant les juridictions administratives mais également judiciaires en matière d'enregistrement ou de fraude fiscale.

Par ailleurs, l'avocat fiscaliste a une responsabilité étendue tant au niveau pénal qu'au niveau déontologique car il doit s'interdire de devenir complice d'une fraude fiscale ou de blanchiment d'une fraude fiscale car, depuis le décret du 16 juillet 2009, il a l'obligation de déposer à Tracfin par l'intermédiaire de son bâtonnier des déclarations de soupçon de fraude fiscale et ce, conformément aux nouvelles règles anti-blanchiment applicables en France depuis le 1^{er} février 2009 qui ont été précisées par les décrets des [16 juillet 2009](#) et [2 septembre 2009](#).

[Le code monétaire et financier sur les règles anti blanchiment](#)

Cette étude est une mise à niveau de l'article paru dans la gazette du palais en avril 1997 sur la responsabilité des avocats. « **Les avocats sont-ils des canards de foire, en route vers l'acte d'avocat** »

Un arrêt de la Cour de Cassation de 1966 a permis de faire la synthèse de la responsabilité de l'avocat-conseil.

En résumant cet arrêt ([Cass. 1^{ère} civ., 11 octobre 1966, Me X... c. consorts de Groeff](#)) le devoir du conseil est :

- d'éclairer les parties ;
- de s'assurer de la validité des actes ;
- de s'assurer de l'efficacité des actes rédigés.

Monsieur le conseiller Aubert a publié une étude approfondie sur la responsabilité notariale dans le Rapport de la Cour de Cassation de 1994 et, en reprenant les trois piliers de l'arrêt de 1966, a précisé

«L'obligation d'information qui constitue naturellement le noyau central du devoir de conseil se trouve complétée en amont par l'obligation de vérification et, en aval, par une obligation d'efficacité ».

Cette analyse a été reprise dans le **rapport 2002** de la cour de cassation dans le cadre de l'étude sur [la responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile](#) par Mme Patricia Cassuto-Teytaud, conseiller référendaire à la Cour de cassation)

Madame Cassuto-Teytaud a ajouté une **quatrième** obligation, **de nature déontologique** : le professionnel du droit est aussi tenu d'un **devoir général de loyauté, de prudence et de diligence**.

RAPPEL D'UN PRIVILEGE D 'ORDRE PUBLIC

Ce privilège de juridiction doit toutefois être utilisé avec sens politique
.....

L'article 47 du NCPC dispose :

« Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe.

➤ **Un privilège d'ordre public**

[Cour de cassation ch. civile 2^{ème} 20 juillet 1987 n° 86-10318](#)

➤ **Le dessaisissement n'est pas soumis à l'accord des autres parties**

➤ **Le dessaisissement peut être demandé en cause d'appel**

Article 47 du NCPC (suite)

Le défendeur ou toutes les parties en cause d'appel peuvent également demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions ; il est alors procédé comme il est dit à l'article 97 du NCPC ».

[Cour de cassation Ch. civile 2^{ème} 29 janvier 1992 n° 90-17911](#)

I – L'AVOCAT FISCALISTE DEVANT LES TRIBUNAUX

Bien entendu, la responsabilité de l'avocat fiscaliste devant les tribunaux est celle de tous les avocats de France c'est-à-dire qu'il doit faire attention aux règles de procédure et notamment aux règles de recours.

Mais est-il responsable en cas d'absence de moyens de droit qui pourraient faire gagner son client ?

La responsabilité dans le choix des moyens

[Cour de cassation, chambre civile 1, 31 janvier 2008, N° de pourvoi: 04-20151](#)

Qu'en statuant ainsi, alors que la méconnaissance par un établissement de crédit étranger de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle il est tenu par l'article 15 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, devenu l'article L. 511-10 du code monétaire et financier, n'étant pas de nature à entraîner la nullité des contrats de prêt par lui conclus, de sorte que la responsabilité de Mme Y..., de la SCP Chatel-Clermont-Teissedre-Talon-Brun et de la SCP Argellies-Travier-Watremet ne pouvait être retenue pour ne pas avoir soumis ce moyen à la cour d'appel de Montpellier, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

II – L'AVOCAT CONSEIL FISCAL

Les professionnels du droit doivent délivrer leurs conseils en considération de l'état du droit applicable au moment où ils interviennent.

Etat du droit au jour du conseil

[a-i\) Cour de cassation, ch. com., 29 mars 1994, n° de pourvoi: 91-21191](#)

La prise en considération du dernier état de la jurisprudence du Conseil d'Etat, même contraire à sa jurisprudence antérieure et à la doctrine opposée de l'administration fiscale ne constitue pas une faute ou une imprudence imputable à un conseil fiscal.

[a-ii\) Cour de cassation, ch. civile 1, 13 mai 2003, n° de pourvoi: 99-20021](#)

Alors que les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention et, qu'à la date à laquelle l'acte de cautionnement a été dressé, il n'était pas exigé que la mention manuscrite, en chiffres et en lettres de la somme pour laquelle l'engagement était souscrit, figurât sur le mandat de se constituer caution, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Non responsabilité en cas de revirement de jurisprudence

[b\) Cour de cassation, ch. civile 1, 25 novembre 1997, n° de pourvoi: 95-22240](#)

Les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles s'apprécient au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention. Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui écarte la responsabilité d'un

notaire en énonçant qu'on ne pouvait reprocher à celui-ci de n'avoir pas prévu un revirement de jurisprudence.

Le cas de la décision isolée

[C\) Cour de cassation, chambre civile 3, 24 mai 2005, n° de pourvoi: 04-13675](#)

La cour d'appel, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à la prorogation du bail, a pu en déduire qu'il ne pouvait être reproché à la société Fiduciaire juridique et fiscale de France (FIDAL) et au notaire d'avoir ignoré en 1991 une décision isolée rendue en 1998 et a légalement justifié sa décision rejetant l'action en responsabilité engagée par M.X

Jurisprudence en cours de gestation

[d\) Cour de cassation, chambre civile 1, 7 mars 2006, n° de pourvoi: 04-10101](#)

Manque de base légale l'arrêt qui, pour exonérer de leur responsabilité un notaire et un agent immobilier, rédacteurs d'actes relatifs à la cession d'un bail rural et prévoyant le versement par le preneur entrant au preneur sortant d'une somme correspondant à la valeur vénale des fumures et arrière-fumures, retient que cette pratique coutumière du Nord de la France avait été validée par la jurisprudence locale, sans rechercher si, à la date de l'intervention des professionnels, un récent arrêt de la Cour de cassation ne confirmait pas une évolution de sa jurisprudence amorcée par un arrêt antérieur, selon lequel ces fumures et arrière-fumures constituaient des améliorations culturelles susceptibles d'une indemnisation par le bailleur, de sorte qu'il incombait à ces professionnels soit de déconseiller l'opération litigieuse, soit d'avertir le preneur sortant des incertitudes de la jurisprudence quant à la validité d'un paiement mis à la charge du preneur entrant

III – L'AVOCAT CONSEIL EN SA QUALITE DE REDACTEUR D'ACTES

L'avocat fiscaliste conseil est soumis à la jurisprudence classique de la Cour de cassation applicable en matière de conseil.

Je rappelle les trois postulats de base définis par la Cour de cassation et qui ont été repris dans un article publié en avril 1997.

La nouvelle obligation de vigilance (l'ordonnance du 28 janvier 2009)

Cette ordonnance a soumis l'avocat rédacteur d'actes à des obligations de vigilance et de déclarations de soupçon au service TRACFIN notamment en cas de fraude fiscale ou de blanchiment de fraude fiscale

(Tracfin Blanchiment et Fraude fiscale : les déclarations de soupçon ,de nouvelles obligations pour les juristes et les fiscalistes. Revue de Droit Fiscal N°40 1^{er} octobre 2009)

Le champ d'application de l'obligation de conseil

Le conseil (en l'espèce une banque) a l'obligation de donner un conseil adapté à la situation personnelle de son client.

[- Cour de cassation, chambre commerciale, 8 avril 2008, n°07-13013](#)

"Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la caisse avait, **en fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle dont elle avait connaissance, commis une faute** sans laquelle ce dernier n'aurait pas procédé aux opérations génératrices de pertes, la cour d'appel a violé le texte susvisé ".

[- Cour de cassation, ch. civile 1, 28 mai 2009, n° 07-14075 07-14644](#)

S'il n'est pas tenu d'une **obligation de conseil et de mise en garde** concernant l'opportunité économique d'une opération en l'absence d'éléments d'appréciation qu'il n'a pas à rechercher, le notaire est, en revanche, tenu d'une telle obligation pour que les droits et obligations réciproques légalement contractés par les parties

- **répondent aux finalités révélées de leur engagement,**
- **soient adaptés à leurs capacités ou facultés respectives et**
- **soient assortis des stipulations propres à leur conférer leur efficacité, quand bien même leur engagement procéderait d'un accord antérieur, dès lors qu'au moment de l'authentification cet accord n'a pas produit tous ses effets ou ne revêt pas un caractère immuable.**

Dès lors, en considération des droits et obligations respectifs des parties, constituant l'économie générale de l'opération, et de l'insuffisance du gage garantissant le prêt consenti par les prêteurs aux emprunteurs, dans le cadre de l'acquisition par ces derniers du fonds de commerce des premiers, une cour d'appel a pu retenir que le notaire, rédacteur de l'ensemble des actes ayant permis l'opération, sans que l'accord antérieur des parties en eut immuablement arrêté les modalités, avait manqué à son obligation de conseil et de mise en garde.

La preuve de l'obligation de conseil

- [Cour de cassation chambre civile 1 2 octobre 2007 N° de pourvoi: 06-17281](#)

« Qu'en statuant ainsi, alors que la charge de la preuve de l'exécution par le notaire instrumentaire de son devoir de conseil lui appartient, la cour d'appel a violé les articles susvisés » ;

**Le conseil doit être légal et complet
pour assurer l'efficacité de l'acte.**

Le conseil pour l'établissement d'une déclaration fiscale

Responsabilité des professionnels

[Cass.Ch. com 6 Février 2006 n°06-10109](#)

"Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'expert comptable qui accepte d'établir une déclaration fiscale pour le compte d'un client doit, compte tenu des informations qu'il détient sur la situation de celui-ci, s'assurer que cette déclaration est, en tout point, conforme aux exigences légales, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;"

- [Cour de cassation, chambre com. 6 février 2007 n° de pourvoi: 06-10109](#)

L'expert comptable qui accepte d'établir une déclaration fiscale pour le compte d'un client doit, compte tenu des informations qu'il détient sur la situation de celui-ci, **s'assurer que cette déclaration est, en tout point, conforme aux exigences légales.**

- [Cour de cassation, chambre civile 1, 2 octobre 2007, n° de pourvoi: 06-16936](#)

« Attendu que, pour décharger M. X... de toute responsabilité, l'arrêt attaqué retient que rien ne permet d'affirmer que cet avocat était en charge d'établir la déclaration fiscale des époux Y... pour l'année 1992 ni qu'il ait eu une quelconque obligation à ce titre ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **M. X... avait l'obligation d'informer ses clients de la nécessité de remplir un imprimé particulier au moment de leur déclaration de revenus et, ce, afin d'assurer à l'acte dont il était rédacteur toute l'efficacité fiscale que ses clients étaient en droit d'en attendre**, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ;

Qui est responsable : le conseiller ou le scribe ?

- [Cour de cassation, chambre com., 7 mars 2009, n° de pourvoi: 08-13047](#)

« Mais attendu qu'ayant relevé que la société Kxxx s'était bornée à préparer les déclarations fiscales sur la base de choix arrêtés sans intervention de sa part, la cour d'appel a pu retenir que cette société n'avait pas engagé sa responsabilité ; que le moyen n'est pas fondé »

LES FAITS

La société d'avocat xxx a reçu en 1996 la mission de rechercher les solutions juridiques et fiscales les plus appropriées pour permettre le regroupement de diverses sociétés constituant le groupe X... à la tête duquel se trouvent les époux X..., en vue d'organiser l'intégration fiscale du groupe et de proposer des solutions répondant à ces objectifs ;

Après la réception d'une lettre de la direction générale des impôts en décembre 2000, les époux X... ont déposé des déclarations d'impôt de solidarité sur la fortune rectificatives au titre des années 1998, 1999 et 2000 afin de faire apparaître à l'actif déclaré la valeur des titres qu'ils détenaient dans la société anonyme X... ;

L'ISF leur a été réclamé à la suite de ces déclarations rectificatives, alors qu'il n'y a pas eu lieu à des redressements ;

Les époux X... ont assigné la société d'avocats xxx à réparer leur préjudice causé par la faute commise dans l'exécution de ses obligations contractuelles en leur ayant conseillé de fixer, en 1996, la rémunération de M. X... à une certaine somme, insuffisante pour que les actions soient considérées comme des biens professionnels et pour que les contribuables bénéficient de l'exonération prévue par l'article 885 O bis du code général des impôts pour ce type de biens ;

Par arrêt du 2 novembre 2005 la Cour d'Appel de Rouen a condamné la société d'avocats ZZZ à payer aux époux Z... à titre de dommages-intérêts, la somme de 2 548 106 euros en principal;

La société d'avocats XXX et ses assureurs, les sociétés AGF IART et Axa IARD (les assureurs), subrogés dans les droits des époux zzz., ont alors assigné la société KKKK, commissaire aux comptes de la société X..., **chargée d'établir les déclarations fiscales personnelles des époux X...**, soutenant que cette société avait manqué à ses obligations en ne les avisant pas du risque avéré de redressement engendré par les déclarations fiscales litigieuses au regard de l'article 885 O bis du code général des impôts ;

LE DROIT

« Mais attendu qu'ayant relevé que la société de commissaires aux comptes KKK s'était bornée à préparer les déclarations fiscales sur la base de choix arrêtés sans intervention de sa part, la cour d'appel a pu retenir que cette société n'avait pas engagé sa responsabilité ; que le moyen n'est pas fondé » ;

L'avocat rédacteur est responsable de l'ensemble des intérêts même s'il n'est pas présent.

Le cas du projet finalisé sans l'avocat

- [Cour de cassation, chambre civile 1, 27 novembre 2008, n° 07-18142](#)

« qu'ayant constaté que M. Y... avait remis à M. X..., non un simple modèle, mais un projet finalisé entièrement rédigé par ses soins, la cour d'appel en a exactement déduit qu'en qualité d'unique rédacteur d'un acte sous seing privé, **l'avocat était tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence** et de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée des engagements souscrits de part et d'autre, **peu important le fait que l'acte a été signé en son absence après avoir été établi à la demande d'un seul des contractants** ;

« qu'ensuite, **ayant à bon droit jugé que l'avocat n'était pas déchargé de son devoir de conseil par les compétences des parties**, elle a estimé que dûment informé, M. Z... n'aurait certainement pas conclu, compte tenu des risques encourus, hors de proportion avec le bénéfice attendu d'une prise de participation aussi modeste, caractérisant ainsi les conséquences dommageables du manquement de l'avocat à son obligation par des énonciations et des constatations auxquelles ne faisait pas obstacle la précédente décision déboutant l'intéressé de sa demande en annulation de la cession pour vice du consentement ; que le moyen est mal fondé en ses deux branches » ;

Information des conséquences

- [Cour de cassation, chambre civile 1, 13 mars 1996, n° de pourvoi: 93-20578](#)

AVOCAT - Responsabilité - Obligation de conseil - Rédaction d'actes - Lettre de licenciement d'un voyageur représentant placier - Indemnité due au voyageur représentant placier en contrepartie de son obligation de non-concurrence - Absence d'information à l'employeur quant aux conséquences financières de la rupture du contrat de travail

Omission d'une formalité

- [Cour de cassation, chambre civile 1, 18 décembre 2001, N° de pourvoi: 98-20246](#)

« Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 2 juin 1998) d'avoir retenu sa responsabilité alors qu'ainsi que l'avait admis l'administration fiscale conformément à la jurisprudence administrative, un acte rectificatif peut être

déposé ultérieurement et comporter l'option manquante et qu'il est constant que M. Y... a fait déposer un acte rectificatif d'apport comportant la mention effective prévue à l'article 151 octies du Code général des impôts le 4 juillet 1995, de sorte qu'en déclarant que cet acte rectificatif était inopérant pour retenir la faute de M. X... pour n'avoir pas fait figurer cette option dans l'acte initial, la cour d'appel aurait violé les articles 151 octies et 1382 du Code civil ;

« Mais attendu qu'aux termes de l'article 151 octies I du Code général des impôts, l'imposition des plus-values relevant du régime défini par ce texte peut faire l'objet d'un report sur simple option exercée dans l'acte constatant la constitution de la société, lorsque l'apport de l'entreprise est effectué à une société à responsabilité limitée, cette option étant exercée dans l'acte d'apport conjointement par l'apporteur et la société ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que l'acte rectificatif, établi deux ans après l'acte de constitution de la société après notification d'un redressement fiscal de ce chef, était inopérant ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé » ;

- Cour de cassation, chambre civile 1, 30 octobre 2008, n° de pourvoi: 07-17187

« Mais attendu, d'abord, que Mme X... faisait valoir dans ses écritures que le montage proposé par Fidal en 1996 et 1999 était inefficace, que la société d'avocats avait pris l'initiative de recommander l'adoption de l'avenant litigieux et que l'administration s'était précisément fondée sur ce dernier acte pour caractériser l'abus de droit fiscal ; qu'ensuite, par motifs adoptés, l'arrêt attaqué, de ce chef confirmatif, énonce qu'il ne pouvait être reproché aux époux X... de ne pas avoir contesté le redressement par la voie contentieuse et d'avoir transigé avec l'administration fiscale, répondant ainsi aux conclusions prétendument délaissées ; que le moyen manque en fait en ses deux branches » ;

Mise en garde en cas d'inaction

- Cour de cassation, chambre civile 1, 14 juin 2007, n° de pourvoi: 06-16379

« Qu'en se déterminant ainsi, tout en retenant, après avoir exactement rappelé que le notaire, professionnel du droit, est débiteur envers son client **d'une obligation de conseil, que M. Z... ne justifiait pas avoir personnellement informé M. Y... des pénalités encourues au cas de non-respect du délai précité, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé** » ;

Le début d'une obligation de résultat ?

Cour de cassation chambre commerciale 3 avril 2007 N° 05-21190

La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait jugé que le préjudice subi par le souscripteur de parts de fonds turbo par suite du manquement du gérant et du dépositaire des fonds **à leur obligation de résultat**

de remettre des certificats d'impôt conformes à leur destination correspondait aux impositions mises en recouvrement et acquittées à la suite du redressement fiscal résultant du rejet des crédits d'impôt certifiés.

IV - LE PREJUDICE INDEMNISABLE

Un préjudice né, actuel et certain

- Cour de cassation, chambre commerciale, 4 juillet 2006, n° 04-11142

1 - Mais attendu qu'ayant relevé que la société ne justifiait ni avoir fait l'objet de poursuites de la part de l'administration fiscale, ni avoir acquitté une quelconque somme au titre des redressements, la cour d'appel en a justement déduit que le préjudice allégué par la société, établi par les seules notifications de redressements versées aux débats, n'était ni certain, ni né, ni actuel ; que le moyen n'est pas fondé ;

- Cour de cassation, chambre commerciale, 16 décembre 2008, n° 07-20032

2 - alors qu'est seul sujet à réparation le préjudice né, certain et actuel ; qu'en condamnant la SA FIDEXOR à payer à la SARL SFM PROMOTION la somme de euros qui correspondrait au montant des redressements qui lui auraient été notifiés, sans rechercher, comme elle y était invitée, si ces redressements avaient été mis en recouvrement et si la SARL SFM PROMOTION, qui avait fait l'objet d'une procédure collective, avait acquitté une quelconque somme à ce titre, seules circonstances de nature à établir que ces redressements constituaient un préjudice né, certain et actuel, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil ;

L'impôt normalement dû n'est pas un préjudice

- Cour de cassation, chambre civile 1, 15 mars 2005, n° 03-19989

« Mais attendu qu'un préjudice ne peut découler du paiement d'un impôt auquel le contribuable est légalement tenu, dès lors qu'il n'est pas établi que dûment conseillé, l'intéressé aurait pu bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux ; qu'ayant, par motifs propres et adoptés, souverainement estimé que la cession du fonds de commerce n'était pas envisageable en l'espèce, l'opération ne présentant aucun intérêt pour le cessionnaire dont l'activité de confection était substantiellement différente de celle des cédants, la cour d'appel a pu retenir que la faute du notaire était dépourvue de lien de causalité avec le préjudice invoqué ; que par ces seuls motifs, qui ne sont pas hypothétiques, l'arrêt attaqué est légalement justifié »

V - LA NOTION DE PERTE DE CHANCE

C'est en matière de responsabilité des professions juridiques que la première Chambre civile fait le plus régulièrement application de la notion de **perte de chance**.

Il est des cas où le degré de certitude du préjudice est affaibli car il dépend d'un événement qui n'a pu se produire précisément en raison de la faute d'un professionnel du droit.

L'hypothèse la plus fréquente, sans être exclusive, est celle dans laquelle une partie a été privée, par une telle faute, de la possibilité d'exercer une action en justice, dont chacun sait que l'issue n'est jamais certaine.

Pour procéder à l'évaluation d'un tel préjudice, la première Chambre civile exige des juges du fond qu'ils reconstituent le procès qui n'a pu avoir lieu pour déterminer les chances de succès de l'action qui n'a pas été exercée (par ex. Civ. 1ère, 2 avril 1997, Bull. n° 118 ou 4 avril 2001, Bull. n° 101) et ils ne peuvent pas se fonder sur le résultat d'une autre action postérieure (Civ. 1ère, 4 avril 2001, Bull. n° 107).

Quant à la réparation, elle doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Civ. 1ère, 16 juillet 1998, Bull. n° 260), en d'autres termes, la réparation ne peut être intégrale lorsque le préjudice est constitué par une perte de chance. Les juges du fond évaluent souverainement la probabilité de la chance perdue (Civ. 1ère, 18 février 1997, Bull. n° 65).

Cour de cassation Ch. civile 1 2 avril 1997 N° 95-11287

Ne justifie pas légalement sa décision fixant à une certaine somme à titre de perte d'une chance le préjudice subi par un syndicat des copropriétaires résultant de la faute de son avocat qui a fait procéder, sans son accord, à la radiation de l'action en responsabilité engagée contre la liquidation de la société civile immobilière vendeuse des appartements en l'état futur d'achèvement, **la cour d'appel qui n'a pas recherché quelles étaient les chances de succès de cette action.**

Civ. 1ère, 4 avril 2001, Bull. n° 107 N° de pourvoi: 98-11364

Ne méconnaît pas **le principe de réparation intégrale** l'arrêt qui, statuant sur l'indemnisation de la perte d'une garantie d'assurance par l'effet de la prescription biennale, **résultant de l'omission par un avocat** de tout acte interruptif de cette prescription, retient que les assurés pouvaient seulement, alors même que leur droit à garantie était acquis, réclamer à cet avocat la réparation d'une perte de chance aux motifs que l'issue d'une instance n'est jamais certaine et qu'en considération des preuves produites, un rejet des demandes, ou de certaines d'entre elles, ne peut être exclu, et qui procède ensuite à une reconstitution de la discussion qui aurait pu avoir lieu entre l'assureur et l'assuré, en l'absence de

prescription, en évoquant les différents éléments qui auraient pu influencer sur l'évaluation de l'indemnité d'assurance.

Calcul du préjudice en cas de perte de chance

[Cour de cassation ch. civile 1 16 juillet 1998 N° 96-15380](#)

La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

Compétence exclusive des juges du fond

[Cour de cassation ch civile 1 18 février 1997 N° 95-13103](#)

Appréciant souverainement la probabilité de la chance alléguée et constatant qu'il n'était pas établi qu'un créancier aurait eu celle d'être payé si l'assignation en validité d'une saisie-arrêt avait été transmise à l'avocat de cette partie par l'huissier de justice avant l'expiration du délai prévu par l'article 757 du nouveau Code de procédure civile, c'est à bon droit qu'une cour d'appel déboute ce créancier de l'action en responsabilité formée contre cet huissier.

Le cas de la perte de chance d'obtenir une faveur fiscale

La question était de savoir si l'impossibilité pour un contribuable d'obtenir un **régime fiscal de faveur** à la suite d'une erreur d'appréciation d'un conseil, notaire, expert comptable, avocat ou autre pouvait d'une part engager la responsabilité de celui ci et d'autre part entraîner une indemnité c'est-à-dire si la perte de la chance d'obtenir une faveur fiscale, pardon, 'un régime fiscal de faveur' était un préjudice indemnisable.

La cour de cassation dans trois arrêts récents rendus par trois chambres différentes a infirmé la position des Cours d'appel et a donné une réponse positive à cette question.

- [Cour de Cassation Chambre sociale 10 juillet 2007 N° de pourvoi : 05-45553](#)

Attendu que, pour débouter M. X... de la demande indemnitaire qu'il formait en vue d'obtenir réparation d'un préjudice lié à **une erreur de l'employeur dans le choix du régime fiscal** dont relevait la plus-value d'acquisition d'actions soumises à un droit d'option, la cour d'appel retient que le régime fiscal de faveur (taxation au titre des plus values mobilières) résultant de la combinaison des articles 80 bis, des dispositions modifiées du I de l'article 163 bis C et de l'article 91 ter du code général des impôts, n'est pas applicable à l'avantage tiré de la cession des actions pendant la durée d'indisponibilité, même en cas de licenciement, ainsi que le confirme l'instruction du 21 juin 1991 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la plus-value réalisée par le salarié lors de la levée de l'option, avant l'expiration de la période d'indisponibilité, relève du régime de la taxation des plus-values mobilières en cas de licenciement du titulaire, dès lors que les options ont été levées au moins trois mois avant la date de réalisation de cet événement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

- [Cour de Cassation Chambre commerciale 10 juillet 2007 N° de pourvoi : 06-10421](#)

Que celle-ci a fait assigner M. X..., commissaire aux comptes, et la société d'expertise comptable Comptabilité Ferrand afin qu'ils soient condamnés à réparer le préjudice causé par ce redressement ; que le tribunal a déclaré recevable l'action formée à l'encontre de M. X..., mais a rejeté les demandes ;

Attendu que pour confirmer le jugement, sauf en ce qu'il a déclaré recevable l'action dirigée contre M. X..., l'arrêt retient, après avoir constaté la faute de la société d'expertise-comptable, que la société ne démontre pas la réalité du préjudice, au motif qu'en cas de transformation préalable à la fusion de la société en nom collectif en société anonyme, la taxation sur les plus-values dues immédiatement aurait été identique au montant du redressement fiscal ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, alors que, selon la documentation administrative de base 4 I 122 du 1er novembre 1995, opposable à l'administration des impôts, sont admises au bénéfice du régime spécial des fusions prévu par l'article 210 A du code général des impôts les sociétés en nom collectif qui ont opté pour leur assujettissement à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues à l'article 239 de ce code, sans rechercher si l'application du régime fiscal en cause, tel qu'interprété par l'administration, n'aurait pas permis à la société Hôtel des Provinces d'échapper à l'imposition des plus-values nettes et des profits dégagés sur l'ensemble des éléments d'actifs apportés du fait de la fusion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

- [Cour de Cassation Chambre civile 1 2 octobre 2007 N° de pourvoi : 06-17281](#)

Non publié au bulletin

« Attendu que la cour d'appel a retenu que M. X... n'avait pu manquer à son obligation de conseil, dès lors qu'il n'était pas prouvé que l'absence de mention relative à l'usage exclusif d'habitation de l'immeuble pendant un certain laps de temps ne relevait pas de la volonté des acquéreurs qui, agissant en tant que marchands de biens, avaient nécessairement des connaissances en la matière, alors qu'une telle mention aurait pu constituer un obstacle à la commercialisation de certains lots ;

« Qu'en statuant ainsi, alors que la charge de la preuve de l'exécution par le notaire instrumentaire de son devoir de conseil lui appartient, la cour d'appel a violé les articles susvisés » ;

Le point de départ des intérêts

Article 1153-1 Code Civil

En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

VI - LA RESPONSABILITE IN SOLIDUM

L'obligation *in solidum* a été mise au point par la jurisprudence en 1892. Elle a pour but de permettre à une victime d'obtenir la réparation intégrale du dommage subi sans avoir à diviser leurs poursuites à prendre ainsi le risque de l'insolvabilité de l'un des débiteurs.

Cour de cassation chambre civile Audience publique du lundi 11 juillet 1892

« La réparation d'un fait dommageable auquel plusieurs personnes ont participé doit être ordonnée pour le tout contre chacune d'elles, s'il est impossible de déterminer la proportion dans laquelle la faute de chacun a concouru à produire le dommage. »

L'obligation *in solidum* repose sur la distinction fondamentale entre l'obligation à la dette et la contribution à la dette, c'est-à-dire sur la différenciation entre la charge provisoire et la charge définitive du paiement.

La victime peut, par conséquent, choisir le débiteur qu'elle entend poursuivre : il ne pourra s'opposer à sa demande. **Il ne pourra pas invoquer le bénéfice de division (c. C. civ. Art. 1203).** Son obligation porte sur la dette tout entière. Le paiement qu'il effectue libère par conséquent les autres débiteurs à l'égard de la victime.

L'application à la responsabilité notariale des principes des obligations *in solidum* développe d'importantes conséquences pratiques : en effet, à partir du moment où il est établi que la faute du conseil a concouru, avec d'autres, à la production du dommage, rien n'empêche la victime d'agir uniquement contre celui-ci.

L'obligation *in solidum* développe ses effets protecteurs pour la victime : à partir du moment où la responsabilité de l'avocat peut être retenue, la victime est admise à recourir exclusivement contre lui sans avoir à poursuivre préalablement ou, en même temps, les autres débiteurs.

La détermination de la part qui doit rester sa charge définitive est appréciée en tenant compte de la gravité de sa faute et de son rôle causal dans la survenance du dommage.

Cour de cassation 17 octobre 1972 N°71-12.884

Les juges du fond, saisis d'une demande tendant à la condamnation solidaire de plusieurs défendeurs, sans qu'aucune des parties ait sollicité la fixation de la part de responsabilité de chacun d'eux, ne sont pas tenus de procéder à cette répartition.

Cour de cassation ch civile 3 28 mai 2008 N° 06-20403

Le juge saisi d'un recours exercé par une partie condamnée *in solidum*, à l'encontre d'un de ses coobligés, est tenu de statuer sur la contribution de chacun d'eux à la condamnation.

VII - RESPONSABILITE PENALE DE L'AVOCAT FISCALISTE

Rôle de l'avocat fiscaliste dans la lutte anti-blanchiment

Les décisions de jurisprudence confirmant la responsabilité pénale d'un avocat ou d'un notaire sont rares.

Il convient toutefois de les garder en esprit pour que notre vigilance reste constamment en éveil surtout depuis la mise en application en France de la troisième directive anti blanchiment et du [décret 2009-674 du 16 juillet 2009 sur les 16 critères de la déclaration de soupçon pour fraude fiscale](#).

Le délit de blanchiment est défini par [l'article 324-1 du code pénal](#) comme le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.

Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.

Par ailleurs, les sanctions sont aggravées lorsque le délit est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ou lorsqu'il est commis en bande organisée.

La cause d'irresponsabilité pénale instituée par l'article L. 562-8 du Code monétaire et financier au profit des personnes qui ont effectué, auprès du service TRACFIN, la déclaration mentionnée à l'article L. 562-2 du même Code, **ne s'applique pas** lorsqu'il y a eu **concertation frauduleuse entre le prévenu et le propriétaire des fonds**.

[1 C. Cas ch crim. 3 décembre 2003 - N°: 02-84646](#)

« N'encourt pas la censure l'arrêt qui écarte cette cause d'irresponsabilité invoquée par un assureur conseil en gestion de patrimoine, dès lors qu'il résulte des constatations des juges du fond que ce dernier avait agi en concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes qu'il était chargé de placer.

S'agissant de l'élément intentionnel du délit de blanchiment, la haute juridiction considère que l'élément intentionnel du délit est caractérisé dès lors que le prévenu « n'a pu ignorer l'origine criminelle ou délictueuse de la chose ».

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait retenu la culpabilité du prévenu du chef de blanchiment de fonds provenant d'un trafic de stupéfiants aux motifs que :

[C.Cass.ch crim 26 janvier 2005 N° 04-83972](#) .

[C. Cass. ch. crim. 29 mars 2007 N° 06-84445](#)

« Le prévenu, professionnel de l'immobilier ne pouvait ignorer non seulement l'origine douteuse des fonds mais que ceux-ci provenaient du trafic de drogue »

Pour un notaire

[C. Cass ch. crim 7 décembre 1995 N°95-80888](#)

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1990 fait obligation à toutes les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent, ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance portant sur des sommes qu'elles savent provenir du trafic de stupéfiants ou d'organisations criminelles. Ainsi, commet le délit de blanchiment de capitaux provenant d'un trafic de stupéfiants, le notaire qui favorise l'achat d'un immeuble au moyen de fonds qu'il sait provenir d'un tel trafic, alors qu'il lui incombait de porter cette acquisition à la connaissance du procureur de la République.

Pour un avocat fiscaliste

[C. Cass ch. crim 9 novembre 1995 N° 94-84204](#)

*Attendu que, par l'intermédiaire de..et de **François D...**, **avocat fiscaliste** dudit groupe, une société SOCOTRA a été constituée à Jersey pour recueillir la commission occulte de 2 000 000 de francs qui lui a été versée en octobre 1991 par AEM-MEGRAS, sous le couvert d'une étude fictive, qu'avant la date du 21 mai 1991, François D... a donné à Samuel X... des instructions pour commettre l'action délictuelle et a ensuite aidé ou assisté l'auteur du délit postérieurement à celui-ci, en vertu d'un accord antérieur à la corruption ; qu'en donnant à Samuel X... les renseignements lui permettant de réaliser un*

montage financier destiné à permettre le versement de la commission aux bénéficiaires par le biais d'une société étrangère de manière à faciliter la commission de l'infraction, le prévenu s'est rendu coupable des faits reprochés et qu'il a également dans les conditions sus énoncées, apporté avec connaissance au corrupteur une aide et assistance postérieure au délit pour permettre le paiement des pots-de-vin ;

Patrick MICHAUD, avocat, le 5 novembre 2009