



**AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT,  
AVOCATE GÉNÉRALE**

**Arrêt n° 98 du 31 janvier 2024 (D) – Première chambre civile**

**Pourvoi n° 22-50.023**

**Décision attaquée : Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation du 07 avril 2022**

**M. [P][E]  
C/  
la société [X], Bendel-Vasseur, Ghnassia**

---

Il est renvoyé au rapport de Mme la conseillère rapporteure et aux écritures de parties pour le détail des faits et de la procédure dans ce dossier.

La requête formée par M. [E] devant les chambres civiles de la Cour de cassation a pour objet la mise en cause de la responsabilité professionnelle d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation<sup>1</sup>, dans la suite d'un avis rendu le 7 avril 2022 par le Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Ce dossier soulève principalement deux questions juridiques : d'une part, celle de la recevabilité de certains griefs soulevés par le demandeur (I), d'autre part, l'appréciation au fond du droit de cette responsabilité (II).

---

<sup>1</sup> Ci-après pourra être utilisée l'expression « avocat aux conseils » pour faciliter la lecture.

## **I. Sur la recevabilité de deux griefs portés devant la Cour de cassation**

En défense, la société d'avocats soulève l'irrecevabilité de deux des onze griefs soulevés par le demandeur, au motif que ceux-ci seraient nouveaux et que n'ayant pas été soulevés devant le Conseil de l'Ordre, ils n'ont donc donné lieu à aucun avis de ce dernier avant la saisine de la Cour de cassation.

Les deux griefs visés sont les suivants (requête devant les chambres civiles, p. 28) :

« Le notaire n'avait donc pas rapporté la preuve, qui lui incombait, qu'il avait suffisamment averti et conseillé son client. À cet égard, la simple mention, dans le courrier du notaire du 17 novembre 2003, du caractère définitif du choix du régime matrimonial n'était pas suffisante, ce courrier, comme l'avait relevé Me [X], vantant par ailleurs les bienfaits du régime de communauté universelle, manifestement préconisé par le notaire (consultation de Me [X], p. 5). Pire, ce courrier expliquait que les enfants de M. [E] bénéficieraient en tout état de cause d'une protection légale ; la réserve était évoquée, mais sans aucune explication, alors même que M. [E] n'a rien d'un juriste. Un nouveau défaut de base légale au regard de l'article 1382 ancien du code civil pouvait ainsi être présenté à la Cour de cassation.

Un autre défaut de base légale au regard du même texte aurait pu être envisagé : la cour d'appel a rappelé que les futurs époux avaient posé des questions au notaire, dans une lettre du 29 janvier 2004, en fait rédigée de la main de Mme [W]. Elle en a déduit que les époux avaient pris leur décision en connaissance de cause. Mais la cour d'appel aurait dû rechercher si ces questions ne laissaient pas au contraire supposer que les futurs époux n'avaient pas compris pleinement les implications du régime que le notaire leur avait proposé. »

Le grief est un concept juridique assez large et qui répond à plusieurs situations : il est défini dans le Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant comme étant « 1. le préjudice d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial qui donne à celui qui s'en plaint intérêt à agir (...), ou à exercer un recours contre une décision qui lui est défavorable, ou à invoquer la nullité d'un acte pour un vice de forme qui lui cause préjudice, l'absence de grief rendant au contraire sa demande irrecevable » ; « 2. par extension », c'est « un sujet de plainte, reproche au soutien d'une allégation (ex. griefs entre époux) ; motif de critique (ex. griefs d'appel contre le jugement critiqué) ».

### **A. Sur le caractère nouveau de ces deux griefs**

A la lecture de la requête initiale formée par M. [E] devant le Conseil de l'Ordre, de l'avis rendu par ce dernier et de la requête ensuite formée devant la Cour de cassation, la question de l'appréciation de la nouveauté de ces deux griefs apparaît délicate.

En effet, la rédaction des deux requêtes successives ne facilite pas la détermination des griefs et leur appréhension, en l'absence de numérotation et dans un contexte de multiplicité des griefs concernant la caractérisation de la volonté du demandeur lors du choix du régime matrimonial, les informations délivrées par le notaire à M. [E], le devoir de conseil du notaire à son égard.

Les premières et secondes observations en réplique du demandeur réfutent simplement le caractère nouveau des deux griefs, sans référence précise à la requête initiale :

« Il n'en est évidemment rien, les branches envisagées consistant en une simple déclinaison de griefs déjà soumis au Conseil de l'Ordre mais qui pouvaient être présentés différemment dans un moyen de cassation » (premières observations, p. 2) ;

« Au demeurant, si l'on regarde de près les deux griefs qui ont été « ajoutés » par l'exposant dans sa requête devant la Cour de cassation, on peut se convaincre qu'il s'agit des griefs déjà présentés au conseil de l'Ordre, simplement déclinés en branches supplémentaires qui ne constituent pas réellement des griefs nouveaux mais des cas d'ouverture à cassation distincts. » (secondes observations, p. 6)

On observera que **la requête initiale devant le Conseil de l'Ordre** n'évoque pas un défaut d'information spécifique sur la protection des enfants et la réserve légale dans le courrier du notaire du 17 novembre 2003, alors même que ce courrier est invoqué au support d'autres critiques (p. 16 : « effets particulièrement inéquitables du régime de communauté universelle », défaut d' « informations sur les risques de séparation » - ce qui au demeurant est erroné, le courrier ayant clairement abordé ce point comme l'a relevé la cour d'appel ; p. 19 : « déséquilibre défavorable » concernant M. [E]).

L'argument de la protection des enfants et de la réserve légale n'est ainsi soulevé que dans la requête devant les chambres civiles (p. 28).

Il en va de même concernant le grief selon lequel la cour d'appel aurait dû rechercher si les questions posées par les futurs époux dans la lettre du 29 janvier 2004 « ne laissaient pas au contraire supposer que les futurs époux n'avaient pas compris pleinement les implications du régime que le notaire leur avait proposé » (v. requête devant les chambres civiles, p. 28) : la requête initiale devant le Conseil de l'ordre évoque cette lettre de 2004 mais sous une tout autre perspective (p. 16).

**L'avis du Conseil de l'ordre**, quant à lui, n'étudie pas ces arguments puisqu'ils n'ont pas été précisément soulevés devant lui par le demandeur. Il s'agit ainsi d'arguments nouveaux, sauf à considérer qu'ils pourraient être rattachés au point 6 de l'avis, consacré à l'étude du manque de base légale au regard de l'article 1382 du code civil quant à la preuve des conseils et avertissements suffisants du notaire à l'égard de son client M. [E].

Toutefois, ce manque de base légale est précisément visé dans la requête initiale de M. [E], p. 20, en conclusion de divers arguments tirés notamment des courriers en question, mais sans qu'ait été abordée la question de la protection des enfants ni celle de la réserve.

Il m'apparaît ainsi difficile de considérer que les deux griefs dont la recevabilité est discutée n'étaient pas nouveaux, qu'il ne s'agirait que d'une déclinaison de griefs existants, présentés différemment devant la Cour de cassation, ou encore de branches supplémentaires, ainsi que le soutient le demandeur. La requête déposée

devant les chambres civiles ne fait d'ailleurs pas état, formellement, de griefs, déclinaisons ou branches.

Si toutefois la première chambre civile était d'un avis contraire, les arguments relatifs à l'insuffisance des conseils et avertissements du notaire sur les conséquences concrètes du choix effectué pourraient se heurter à l'appréciation souveraine des juges du fond : la cour d'appel a manifestement étudié les différents courriers échangés entre le notaire et les futurs époux et en a déduit que ces derniers avaient été suffisamment informés et conseillés sur les conséquences du régime matrimonial choisi. La cour d'appel a notamment relevé (voir arrêt p. 4 et la requête initiale de M. [E] p. 17-18) que la lettre du 17 novembre 2003 indiquait expressément qu' « *en cas de séparation, les biens provenant initialement de chacun des époux seront partagés par moitié entre eux, puisque dépendant de la communauté* » ; elle a pu souverainement considérer que cette précision, ainsi que les nombreux autres échanges entre le notaire et ses clients, étaient suffisamment clairs sur les différentes implications juridiques du régime choisi.

## **B. Sur la recevabilité des nouveaux griefs dans la requête portée devant la Cour de cassation**

La question de la recevabilité de nouveaux griefs dans la requête portée devant la Cour de cassation nécessite de s'interroger sur le statut juridique de l'avis rendu par le Conseil de l'ordre, sur l'articulation entre cet avis et la décision de la Cour et sur le statut juridique de cette décision. Néanmoins, cette problématique doit aussi être éclairée par des considérations pratiques, qui tiennent à la façon dont l'ensemble de la procédure est concrètement menée devant le Conseil de l'ordre puis devant la Cour de cassation (ou le Conseil d'Etat), dans la mesure où la procédure de mise en cause de la responsabilité d'un avocat aux conseils est « spéciale » (cf. Civ.1. 20 décembre 2017, n° 16-28167, publié), « dérogatoire » au droit commun depuis deux siècles, ainsi que le souligne la doctrine<sup>2</sup>. Pour cette raison, seront d'abord présentées une analyse juridique de cette articulation et les questions qu'elle suscite (1), avant de s'interroger sur les conséquences pratiques des réponses susceptibles d'être apportées à la problématique soulevée (2).

En effet, il s'agit de déterminer dans quelle mesure le débat juridique et factuel est ou non figé par les éléments présentés initialement devant le Conseil de l'ordre, ce qui suppose d'être éclairé tout à la fois sur la façon dont la procédure est menée devant celui-ci et sur la portée juridique des avis qu'il rend.

### **1/ Approche juridique de l'articulation entre l'avis du Conseil de l'ordre et la décision rendue par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat**

---

<sup>2</sup> V. notamment, M-L. Demeester, *Répertoire droit civil – Avocat – Responsabilité*, janv. 2009 (actualisation juin 2023), n° 19.

Il peut être immédiatement observé que la question de l'articulation entre la requête initiale devant le Conseil de l'ordre, l'avis rendu par celui-ci et la requête formée devant les chambres civiles de la Cour de cassation puis l'arrêt rendu par celle-ci, dans l'hypothèse de la mise en cause de la responsabilité professionnelle d'un avocat aux conseils, ne fait pas l'objet de développements approfondis dans les ouvrages ou encyclopédies consacrés aux institutions juridictionnelles, à la procédure civile ou encore à la Cour de cassation<sup>3</sup>. Ce constat résulte peut-être de la rareté de ce type d'actions<sup>4</sup>, souvent soulignée par les auteurs, en dépit de l'intérêt juridique qu'un tel questionnement peut susciter et de ses implications pratiques (comme celle soulevée en l'espèce et qui n'est pas inédite).

### **. Lecture littérale et contextualisée des textes applicables**

**L'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817** ne permet pas, à lui seul, de résoudre la question. Dans sa version applicable à l'espèce, il dispose (nous soulignons) :

« Le conseil se prononce définitivement, lorsqu'il s'agit de police et de discipline intérieure, sauf le cas où il statue en formation disciplinaire. Dans ce cas, il est procédé conformément aux dispositions du décret n° 2002-76 du 11 janvier 2002 relatif à la discipline des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Les actions en responsabilité civile professionnelle engagées à l'encontre d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont portées, après avis du conseil de l'ordre, devant le Conseil d'Etat, quand les faits ont trait aux fonctions exercées devant le tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif, et devant la Cour de cassation dans les autres cas.

Le conseil de l'ordre peut, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession.

(...) »

Il ressort cependant des versions successives de l'article 13 que le législateur a souhaité marquer une opposition entre, d'une part, la portée définitive d'une décision du Conseil de l'ordre portant sur son « fonctionnement interne » (anciennement « police et discipline intérieure »), à l'alinéa 1<sup>er</sup> ; d'autre part, la portée de ses décisions disciplinaires (voir également l'alinéa 1<sup>er</sup> ci-dessus dans sa version applicable à l'espèce<sup>5</sup>) ; et enfin, la portée bien distincte et manifestement relative de

---

<sup>3</sup> Ainsi notamment, l'ouvrage de J-F. Weber, *La Cour de cassation*, éd. 2010, précise uniquement que « le Conseil de l'ordre donne un avis, à la suite duquel la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat statue » (p. 47).

<sup>4</sup> Environ 25 requêtes par an (moyenne), cf. *infra* 2/

<sup>5</sup> Le premier alinéa de l'article 13 a en effet été récemment modifié par le législateur, les deux suivants restant inchangés (voir ord. n° 2022-544 du 22 avril 2022, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022) : (nouvel al. 1<sup>er</sup>) « Le conseil se prononce définitivement, lorsqu'il s'agit de son fonctionnement interne. »

A propos de la discipline des avocats aux conseils, l'article R. 411-4 COJ modifié par le décret n° 2022-900 du 17 juin 2022 dispose désormais : « La Cour de cassation connaît des recours formés contre les décisions prises en matière disciplinaire à l'encontre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation dans les

ses « avis » dans l'hypothèse de la mise en cause de la responsabilité professionnelle d'un avocat aux conseils, à l'alinéa 2.

Ainsi, textuellement, il existe une opposition claire entre les *décisions* prises par le Conseil de l'ordre (pour son fonctionnement interne et en matière disciplinaire) et ses *avis* dans le cadre de la procédure relative à la responsabilité professionnelle des avocats aux conseils.

Certes, en 2002 « l'homologation » de l'avis rendu par le Conseil de l'ordre a été abandonnée<sup>6</sup>, mais le nouvel énoncé de l'article 13 alinéa 2 ne fait pas de doute sur le fait que seuls le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont un pouvoir de pleine juridiction pour statuer en fait et en droit sur la responsabilité professionnelle d'un avocat aux conseils<sup>7</sup>, le Conseil de l'ordre n'émettant toujours (et sans évolution depuis 1817) qu'un « avis », « l'action » étant ensuite « portée » devant l'une des deux Hautes juridictions.

**L'article R. 411-3 du code de l'organisation judiciaire**<sup>8</sup> confirme cette analyse, lorsqu'il dispose (nous soulignons) : « *La Cour de cassation connaît des actions en responsabilité civile professionnelle* engagées à l'encontre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation dans les conditions prévues à l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 qui réunit, sous la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement le nombre des titulaires et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'ordre. »

### **. Statut juridique de l'avis rendu par le Conseil de l'ordre**

L'avis du Conseil de l'ordre est envisagé comme un préalable indispensable à toute action devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, dans le cadre de cette procédure spéciale<sup>9</sup>, de manière traditionnelle depuis l'ordonnance de 1817, ce qui paraît correspondre à la lettre du texte rédigé de manière affirmative. L'article 13 souhaite visiblement accorder un rôle spécifique au Conseil de l'ordre pour ce qui concerne la responsabilité civile des avocats aux conseils.

---

conditions prévues au III de l'article 11 de l'ordonnance n° 2022-544 du 13 avril 2022 relative à la déontologie et à la discipline des officiers ministériels ainsi qu'au décret n° 2022-900 du 17 juin 2022 relatif à la déontologie et à la discipline des officiers ministériels. »

<sup>6</sup> Version applicable de 1817 à 2002 (al. 1<sup>er</sup> et 2) :

« Le conseil prononce définitivement, lorsqu'il s'agit de police et de discipline intérieure ; il émet seulement un avis dans tous les autres cas.

Cet avis est soumis à l'homologation du Conseil d'Etat statuant au contentieux, quand les faits ont rapport aux fonctions d'avocat aux conseils, et dans les autres cas à l'homologation de la Cour de cassation. »

<sup>7</sup> En ce sens, notamment, C. Cass., avis, 25 septembre 2000, pourvoi n° 02-00011, publié.

<sup>8</sup> Créé par le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008.

<sup>9</sup> En ce sens, M-L. Demeester, art.cit., n° 19 : « Les actions en responsabilité des demandeurs doivent être préalablement portées pour avis auprès du conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils. »

Mais c'est bien davantage la circonstance de la compétence exclusive de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat qui est soulignée par la doctrine, que celle d'un avis préalable rendu par le Conseil de l'ordre, dont la portée juridique n'est pas discutée.

Un auteur voit dans cette procédure un privilège de juridiction, dans la suite de décisions anciennes de la Cour de cassation :

« Une jurisprudence constante a interprété ces dispositions comme maintenant le privilège de juridiction accordé aux avocats au Conseil du roi par un règlement du 28 juin 1738, ceux-ci ne pouvant être assignés pour faits de leur charge que devant les juridictions auprès desquelles ils exercent (Cass. ch. réunies, 4 août 1874 : DP 1875, 1, p. 478, concl. Blanche. - Cass. civ., 8 mars 1910 : DP 1910, 1, p. 197). » (R. Martin, « Juridiction compétente pour connaître de la responsabilité des avocats aux Conseils », JCP.G. 1999, II, 10134, pt 2)

L'analyse est toutefois contestée par les avocats aux conseils<sup>10</sup>, qui soulignent qu'« En sa qualité d'officier ministériel, l'avocat aux Conseils ne peut être attiré, à raison de ses fonctions, que devant les juridictions auxquelles il est attaché ». Il est vrai que celles-ci sont les mieux à même d'apprécier leur responsabilité professionnelle, car cette appréciation nécessite la mise en oeuvre d'une méthodologie qui repose en grande partie sur le maniement de la technique de cassation.

La portée juridique de l'avis est rarement abordée par les auteurs, du moins de manière directe, que ce soit avant ou après la réforme de 2002 (nous soulignons) :

- Le Conseil de l'ordre est « saisi au titre de son rôle consultatif » (B. Odent et L. Poulet, art.cit., n° 192)

- « la décision appartient au juge, l'organe corporatif ne donnant qu'un avis. La Cour de cassation conserve son entière liberté à l'égard de l'avis ; elle homologue ou n'homologue pas ; elle fait sien l'avis ou le désapprouve pour lui substituer sa propre décision. On ne saurait jouer sur le terme "homologation" pour lui découvrir une ambiguïté qu'il ne contient pas. La compétence de la Cour de cassation en premier ressort supprime le double degré de juridiction. » (R. Martin, art.cit., 1999, pts 3 et 4)

- « Lorsque l'action en responsabilité concerne un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour « *des faits [ayant] trait aux fonctions exercées devant le Tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif* », elle est formée devant le Conseil d'État qui en connaît en premier et dernier ressort » - l'auteur n'évoquant pas l'avis préalable si ce n'est simplement en note (C. Broyelle, *Contentieux administratif*, LGDJ 2023-24, n° 170)

- Comparer : « Les actions en responsabilité des demandeurs doivent être préalablement portées pour avis auprès du conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils. Elles sont ensuite soumises pour jugement, selon le cas, au Conseil d'État quand les faits ont trait aux fonctions exercées devant le Tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif, et devant la Cour de cassation dans les autres cas » (M-L. Demeester, art.cit., n° 19).

---

<sup>10</sup> B. Odent et L. Poulet, *Répertoire procédure civile*, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juin 2017 (actualisation mai 2023), n° 191 et 192.

Il m'apparaît ainsi que l'avis rendu par le Conseil de l'ordre a pour objet d'apporter aux parties, et à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat le cas échéant, son éclairage sur les griefs soulevés par le client mécontent.

Il s'agit toutefois d'un éclairage technique très averti, dans la mesure où la méthode consiste à apprécier si l'avocat a commis une faute et si celle-ci est susceptible d'engager sa responsabilité civile professionnelle, ce qui impose alors de caractériser le préjudice subi par le client en appréciant sa perte de chance de gagner in fine le procès. Outre l'appréciation de la faute (qui peut résulter notamment d'une défaillance organisationnelle comme en l'espèce (non-respect du délai pour déposer le mémoire) ou d'une défaillance plus discutable reposant sur la critique de ne pas avoir soulevé tel moyen de droit qui aurait pu être efficace), la technique de cassation est au coeur de l'avis rendu par le Conseil de l'ordre, comme elle l'est aussi de la décision rendue ensuite par la Cour de cassation, ce qui permet de justifier ce *premier regard* porté sur l'affaire par le Conseil de l'ordre.

Cependant, contrairement à ce que l'on peut lire parfois<sup>11</sup>, le Conseil de l'ordre n'exerce aucun rôle de filtrage, dans le sens que l'une ou l'autre partie peut toujours décider de porter son action devant la Cour de cassation (ou le Conseil d'Etat) si elle n'est pas satisfaite à la lecture de l'avis.

La portée juridique de l'avis rendu reste assez mystérieuse, résultant d'une procédure spéciale très ancienne (1817) qui a eu pour objet non seulement de soustraire les avocats aux conseils de la compétence classique des juridictions du fond pour juger leur responsabilité civile - contrairement à la procédure applicable aux avocats à la cour<sup>12</sup> - pour les raisons sus-exposées, mais aussi de solliciter l'avis du Conseil de l'ordre avant toute action juridictionnelle, ce qui n'était pas forcément indispensable en considération de la compétence de la Cour de cassation pour apprécier la requête au regard de la technique de cassation. Le législateur marque ainsi sa volonté depuis deux siècles de maintenir cette procédure spéciale et notamment l'exigence d'un avis préalable, ce qui mérite d'être souligné car cela marque l'importance de cet avis.

En tout état de cause, l'avis rendu n'est en aucun cas une décision juridictionnelle, il ne saurait avoir force exécutoire<sup>13</sup>, et il ne s'agit pas non plus d'un avis conforme : la Haute juridiction ensuite saisie du dossier reste totalement libre de sa décision. Comme le souligne le défendeur en l'espèce (MD p. 3), l'avis préalable peut favoriser le cas échéant une résolution amiable du différend<sup>14</sup>, outre qu'il apporte un éclairage à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat si l'un ou l'autre est ensuite saisi.

---

<sup>11</sup> V. B. Odent et L. Poulet, *Répertoire procédure civile*, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juin 2017 (actualisation mai 2023), n° 192 .

<sup>12</sup> Les actions en responsabilité civile professionnelle contre les avocats à la cour relèvent du droit commun.

<sup>13</sup> V. notamment, comm. sous CE. 1° et 6° s-s-r., 2 juillet 2014, n° 368896, *Lexbase* A3147MU4 : « l'avis ainsi rendu est dépourvu de toute valeur contraignante ».

<sup>14</sup> V. aussi *infra*, 2/, sur le rôle de l'assurance collective de l'ordre.

Certains indices vont en outre dans le sens d'une portée juridique limitée de l'avis rendu par le Conseil de l'ordre :

Des auteurs<sup>15</sup> soulignent notamment que l'action en responsabilité « n'est enfermée dans les textes par aucun délai mais qu'il paraît opportun de [la] former dans le délai de deux mois de la notification qui est faite par le secrétariat de l'Ordre des avocats aux Conseils de son avis ». Une telle absence de délai exclut a priori de considérer que la saisine de la Haute juridiction puisse correspondre à l'exercice d'un recours contre une première décision.

Une question posée au Garde des Sceaux en 2013 souligne la nature non juridictionnelle de l'avis, ce qui n'est pas démenti dans la réponse, laquelle souligne qu'aucune formalité particulière n'est requise pour la demande d'avis portée devant le Conseil de l'ordre<sup>16</sup>. En pratique, il peut s'agir d'un simple courrier adressé au Conseil de l'ordre, qui exige seulement pour enregistrer la réclamation que celle-ci soit argumentée et chiffrée<sup>17</sup>.

La Cour de cassation a cependant jugé en 2019<sup>18</sup> que l'article 2225 du code civil relatif au point de départ de la prescription d'une action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, s'applique à la requête formée devant le Conseil de l'ordre. Dans son arrêt, elle assimile la requête initiale devant le Conseil de l'ordre à « l'action en responsabilité dont disposait M. B. contre la SCP », pour l'application de cette disposition. Il apparaît contestable de qualifier d'action en justice la requête initiale formée par le justiciable

---

<sup>15</sup> B. Odent et L. Poulet, *Rép. proc. civile*, précité, n° 191.

<sup>16</sup> Question n° 13414 (AN) JO 11/06/2013 p. 6177 - question : « (...) Il lui demande de lui confirmer que la demande d'avis préalable du conseil de l'ordre, en raison de la nature non juridictionnelle de cet avis, est quant à elle dispensée du ministère d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. » – réponse : « (...) Aucune formalité particulière n'est requise s'agissant de la demande d'avis portée devant le conseil de l'Ordre. L'obligation de recourir à un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour introduire cette demande n'est pas non plus prévue. A l'issue de cet avis rendu par le conseil de l'Ordre, le plaignant a la faculté de saisir d'une action en responsabilité, soit le Conseil d'Etat (...), soit la Cour de cassation dans les autres cas. ».

<sup>17</sup> V. aussi Civ.1 20 décembre 2017, pourvoi n° X.16-28167 et req. n° X.16-50063, publié, dans lequel la première chambre civile estime suffisant que la requête « *expose sommairement les prétentions et moyens du requérant* ».

<sup>18</sup> Civ1. 13 mars 2019, n° 17-50.053, publié (nous soulignons) :

« Attendu qu'en application de l'article 2225 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *l'action en responsabilité dont disposait M. B. contre la SCP*, qui avait achevé sa mission antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi précitée, *se prescrivait par cinq ans à compter du 19 juin 2008* et se trouvait donc prescrite le 19 juin 2013 ;

Attendu que M. B. soutient que les deux périodes successives d'hospitalisation par lui subies en 2002, du 23 mai au 24 juillet inclus et du 8 au 18 août inclus, ont eu pour effet de reporter la date de prescription au 31 août 2013, de telle sorte que sa requête, présentée le 18 août 2013 au conseil de l'ordre, est recevable ;

Mais attendu que la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est empêché d'agir ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore, à la cessation de l'empêchement, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription ; que, *l'hospitalisation de M. B. ayant cessé en août 2012, soit plusieurs mois avant l'expiration du délai de prescription, la requête [devant le Conseil de l'ordre] est irrecevable comme prescrite* ».

devant le Conseil de l'ordre en vue d'obtenir un avis (puisque « l'action » est « portée » devant la Cour de cassation comme le précise l'ordonnance de 1817, art. 13), mais la solution apparaît pertinente en pratique, d'autant plus que le Conseil d'Etat, à propos de l'application de cette même disposition, a décidé en 2015 que « le délai de prescription de cette action en responsabilité, qui est de cinq ans à compter de la fin de la mission de l'avocat, est suspendu par la saisine du conseil de l'ordre et recommence à courir à compter de la notification de l'avis de ce dernier »<sup>19</sup>. On voit bien à travers ce débat relatif à la prescription à quel point l'intervention préalable du Conseil de l'ordre doit être pleinement prise en compte dans la mise en oeuvre de la procédure spéciale.

### **. Portée de la décision rendue par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat**

Il est clairement admis que la Cour de cassation (ou le Conseil d'Etat) saisie en suite de l'avis, juge alors *en droit et en fait, en premier et dernier ressort*, sans recours possible pour le justiciable ou pour l'avocat concerné.

La Cour de cassation a rendu en 2000 un avis dans lequel elle a reconnu le pouvoir de pleine juridiction pour statuer sur les actions en responsabilité civile professionnelle exercées contre un avocat aux conseils et considéré que l'absence de recours n'était pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>20</sup>.

Dans cette procédure très spécifique<sup>21</sup>, l'unique décision juridictionnelle est donc celle rendue par la Haute juridiction saisie, et elle est *définitive*.

Ainsi un auteur<sup>22</sup> écrit-il : « Tirant les conséquences de l'avis rendu par la Cour de cassation [en 2000], le décret a ainsi fait disparaître la formule « *soumis à homologation* » de l'article 13 mettant par là même l'accent sur le pouvoir « de pleine juridiction » conféré à la Cour de cassation pour statuer sur l'action en responsabilité. Celle-ci procède ainsi dans ce domaine après débat contradictoire, comme le ferait un juge du fond statuant sur la responsabilité civile d'un avocat. »

### **. Hypothèse des nouveaux griefs soulevés dans la requête devant les chambres civiles de la Cour de cassation**

D'un point de vue strictement juridique et au regard de ce qui précède, afin de garantir au justiciable (client ou avocat) le *droit d'accès au juge*, il pourrait paraître pertinent de laisser au demandeur la possibilité de soulever, à ce stade de la

---

<sup>19</sup> CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 27 mars 2015, n° 382156, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

<sup>20</sup> C. Cass., avis, 25 septembre 2000, pourvoi n° 02-00011, publié. V. aussi S. Guinchard, *Répertoire Procédure civile*, Procès équitable - Valeur processuelle, 2017 actualisation juin 2023, n° 107.

<sup>21</sup> Qui n'est notamment pas soumise aux exigences de l'article 978 du code de procédure civile : Civ.1. 20 décembre 2017, n° 16-28167, publié.

<sup>22</sup> H. Slim, « Focus - Responsabilité professionnelle des avocats aux conseils », *Procédures* n° 6, Juin 2007, alerte 22.

procédure, tous les griefs, même ceux qui n'auraient pas été présentés dans la requête initiale, puisque la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat constitue dans cette procédure la seule juridiction saisie de la demande.

Ce n'est toutefois pas **la position adoptée par la Cour de cassation**, et en particulier la première chambre civile, dans quelques décisions dont certaines sont récentes ou très récentes (2023).

Lorsqu'elle a eu à statuer sur des demandes d'irrecevabilité de griefs non présentés dans la requête initiale, la première chambre civile les a en effet expressément déclarés irrecevables tout en leur apportant une réponse au fond<sup>23</sup>, ou bien elle n'a pas relevé l'irrecevabilité mais a seulement souligné l'existence d'un grief non soumis au Conseil de l'ordre, auquel elle a apporté une réponse<sup>24</sup>.

Une telle approche est susceptible de susciter des interrogations dans la mesure où, en principe, lorsqu'une irrecevabilité est prononcée, il n'y a pas lieu de statuer alors au fond du droit. Elle peut cependant peut-être trouver une explication dans le contexte de cette procédure spéciale<sup>25</sup>.

La troisième chambre civile a par ailleurs jugé dans un arrêt plus ancien (2004) qu'elle « ne peut être saisie directement d'une action en responsabilité civile professionnelle fondée sur des faits qui n'ont pas été soumis à l'avis du conseil de l'Ordre »<sup>26</sup>. Cette décision est intéressante en ce qu'elle vise les faits et non les

---

<sup>23</sup> **Civ.1. 8 février 2023**, pourvoi n° Y.22-50019 :

« 13. Cependant, ce grief, qui n'a pas été soumis à l'avis du conseil de l'ordre, est irrecevable. En tout état de cause, il résulte des productions que la SCP a avisé M. B. de sa décision.

(...)

17. Toutefois, outre que ce grief, qui n'a pas été soumis à l'avis du conseil de l'ordre, est irrecevable, il n'aurait pu prospérer dès lors qu'un motif de l'arrêt, selon lequel il appartenait à M. B., qui prétendait que le système d'évacuation des gaz n'était pas opérationnel, de l'établir, a été considéré comme surabondant. »

**Civ.1. 19 juin 2019**, requête n° H.18-50034 (« Attendu, en quatrième lieu, que, selon M. B., la SCP a omis d'invoquer la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à propos de sa demande d'expertise ; Que, toutefois, ce grief, qui n'a pas été soumis à l'avis du conseil de l'ordre, est irrecevable ; qu'en tout état de cause, les juges du fond apprécient souverainement la nécessité d'ordonner une mesure d'expertise »).

<sup>24</sup> **Civ.1. 10 octobre 2018**, pourvoi n° M.17-50034 (« Que, cependant, ce grief n'a pas été soumis à l'avis du conseil de l'ordre ; qu'il ressort des pièces versées aux débats que, d'une part, le 29 juin 2011, à l'occasion du dépôt du mémoire ampliatif, la SCP a prévenu M. B. du caractère délicat de son dossier, d'autre part, le 9 février 2012, elle lui a transmis le rapport concluant à un rejet... ») ;

**Civ.1. 30 novembre 2016**, requête n° J.16-1650005 (« Que, cependant, ce grief, outre qu'il n'a pas été soumis à l'avis du conseil de l'ordre, n'avait aucune chance d'entraîner la cassation de l'arrêt, la cour d'appel ayant relevé que la société INA, après avoir bénéficié d'importantes entrées financières en 2003, avait choisi délibérément de désintéresser d'autres créanciers,... »).

<sup>25</sup> V. *infra*, 2/

<sup>26</sup> **Civ.3. 22 septembre 2004**, recours n° U.03-15.554 :

« Attendu que les époux E. sont irrecevables à soutenir, pour la première fois dans leur mémoire déposé devant la Cour de Cassation, que l'absence de production du rapport d'expertise et de ses annexes, et plus largement le fait que ces pièces n'aient pas été examinées avec le soin qu'elles requéraient par la SCP, avait également été déterminant dans la formulation du second moyen et le rejet qui s'en était suivi, alors qu'il résulte de l'article

griefs. Elle montre que la Cour de cassation n'a pas toujours raisonné sur la base des griefs, mais plutôt au regard de la saisine du juge *in rem*. Dans cette perspective, les moyens ou griefs ne seraient pas figés dès lors qu'ils concernent des faits déjà évoqués devant le Conseil de l'ordre.<sup>27</sup>

On peut observer, par ailleurs, d'un point de vue strictement juridique et littéral, que l'article 13 de l'ordonnance de 1817 fait référence à « l'action » portée devant la Cour de cassation, ce qui renvoie a priori à la définition de l'action qui figure à l'article 30 alinéa 1<sup>er</sup> du code de procédure civile : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Dans cette perspective, le demandeur serait en mesure de présenter de nouveaux griefs ou moyens dans sa requête devant la Cour de cassation dès lors qu'ils viennent à l'appui d'une demande (ou prétention) déjà formulée devant le Conseil de l'ordre. Dans le cas contraire, les nouveaux griefs ou moyens seraient irrecevables.

Cela dit, compte tenu de l'importance accordée par le législateur au premier regard du Conseil de l'ordre sur le dossier et à la façon dont se résolvent en pratique la plupart des litiges (v. *infra*, 2/), il n'est pas certain que de telles analyses préservent la nécessité d'un traitement loyal des dossiers et du respect de l'étape obligatoire devant le Conseil de l'ordre : des faits ou des griefs/moyens nouveaux, non présentés au préalable devant le Conseil de l'ordre, peuvent venir modifier l'analyse du dossier.

Le Conseil d'Etat, quant à lui, il ne semble pas avoir eu à statuer sur cette question. La lecture des décisions de la Haute juridiction administrative (11 sur la période 2006-2022) révèle par ailleurs que le Conseil d'Etat vise assez rarement les avis rendus par le Conseil de l'ordre<sup>28</sup> et ne se réfère que très exceptionnellement à leur contenu, outre qu'il n'emploie généralement pas le terme de grief, mais le cas échéant celui de moyen, dans ses arrêts relatifs à la responsabilité des avocats aux conseils<sup>29</sup>.

---

13, modifié, de l'ordonnance du 10 septembre 1817 que la Cour de Cassation ne peut être saisie directement d'une action en responsabilité civile professionnelle fondée sur des faits qui n'ont pas été soumis à l'avis du conseil de l'Ordre. »

<sup>27</sup> Par exemple, dans l'espèce à juger, le demandeur soulève deux nouveaux griefs fondés sur son interprétation de deux courriers (éléments factuels) qui ont déjà été évoqués sous d'autres aspects devant le Conseil de l'ordre (v. *supra*, I.A.).

La Cour de cassation a considéré que l'interprétation nouvelle de pièces déjà produites est une question de fait (v. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz Action 2015-2016, n° 82.87, citant des arrêts anciens de la chambre des Requêtes de la Cour de cassation).

<sup>28</sup> Qui doivent alors probablement être considérés comme de simples pièces du dossier (cf. la formule d'usage dans les arrêts : « Vu la requête, enregistrée le xx au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Vu les autres pièces du dossier, Vu l'ordonnance du 10 septembre 1817 »).

<sup>29</sup> V. notamment, CE. 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 380375, pt 6 : « Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que M.E. aurait perdu une chance sérieuse d'obtenir la cassation de cet arrêt, au vu des moyens invoqués dans la présente instance ».

L'ensemble de ces éléments de réflexion doit cependant être complété par des observations qui tiennent à la pertinence de modifier ou non la jurisprudence de la première chambre civile, au regard des particularités de la procédure de mise en cause de la responsabilité professionnelle des avocats aux conseils et des potentielles implications pratiques d'une évolution de la solution actuelle.

## 2/ Conséquences pratiques d'une éventuelle évolution de la jurisprudence de la première chambre civile

Certes, d'un point de vue strictement juridique, l'avis rendu par le Conseil de l'ordre ne présente pas, a priori, de portée juridique en lui-même, si ce n'est qu'il doit précéder toute action devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat ainsi que cela est admis depuis deux siècles.

Un tel impératif repose sur plusieurs fondements et constitue un atout pour les deux parties.

En effet, en pratique, le Conseil de l'ordre traite les demandes des justiciables selon un déroulé procédural très précis qui s'apparente à celui d'une juridiction :

- le justiciable dépose sa demande argumentée et chiffrée, celle-ci est enregistrée par le Conseil de l'ordre qui indique alors au justiciable que s'il souhaite l'assistance gratuite d'un avocat aux conseils, l'un d'eux peut être désigné à cet effet<sup>30</sup>.
- l'instruction du dossier a lieu ensuite, avec des échanges écrits entre les parties, la rédaction d'un rapport par l'un des membres du Conseil de l'ordre, outre la désignation d'un réviseur également membre du Conseil de l'ordre. Le rapporteur rédige un ou plusieurs projets d'avis.
- le dossier instruit est ensuite inscrit à une séance du Conseil de l'ordre, au cours de laquelle les parties peuvent présenter de brèves observations orales (ce qui est rare en pratique).
- un délibéré a lieu, avec l'exigence d'un quorum de 7 membres du Conseil de l'ordre<sup>31</sup>, avec deux tours de parole, et l'avis est rédigé collectivement.
- l'avis est ensuite notifié aux parties et si la responsabilité de l'avocat est prononcée, l'assurance de l'ordre est sollicitée et règle rapidement l'indemnisation au justiciable.

On observe ainsi la mise en oeuvre pratique par le Conseil de l'ordre des principes classiques de procédure, notamment du principe du contradictoire, outre l'étude

---

<sup>30</sup> L'assistance d'un avocat n'est pas exigée par les textes pour le dépôt d'une requête devant le Conseil de l'ordre ; le justiciable peut déposer lui-même la requête ou bien un avocat à la cour qui le représente à sa demande, ou bien un avocat aux conseils choisi par ses soins ou proposé par le Conseil de l'ordre à titre gratuit.

<sup>31</sup> V. ord. 10 septembre 1817, précitée, art. 12 al. 3. Le Conseil de l'ordre veille en outre au respect des règles d'incompatibilité.

précise de la faute, de tous les griefs soulevés par le justiciable, et le cas échéant de son préjudice, dans un avis structuré.

La mobilisation de l'assurance de l'ordre très rapidement après que l'avis a été rendu permet en outre, en cas de responsabilité de l'avocat aux conseils, de clore le litige dans de bonnes conditions. L'avis rendu par le Conseil de l'ordre ne constitue pas, techniquement, une décision de justice, mais il permet en pratique de terminer de nombreux litiges si les parties sont satisfaites de l'avis. Toutefois, si une partie n'est pas satisfaite, elle peut déposer une nouvelle requête devant la Cour de cassation (ou plus rarement le Conseil d'Etat<sup>32</sup>) ; en pratique, la seconde requête (le cas échéant) est déposée par le client, l'avocat aux conseils ne tente pas de revenir sur l'avis qui a reconnu sa responsabilité. C'est donc essentiellement sous la perspective de la protection des intérêts du client justiciable qu'il convient d'appréhender la question de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de nouveaux griefs devant la Cour de cassation.

Quelques statistiques permettent de mesurer l'efficacité de cette première étape de la procédure : le Conseil de l'ordre est saisi d'une quinzaine à une trentaine de réclamations selon les années ; chaque année, plusieurs donnent lieu à un avis reconnaissant la responsabilité de l'avocat aux conseils ; et quelques avis seulement donnent lieu à une requête formée devant l'une ou l'autre Haute juridiction.

**Avis rendus par le conseil de l'ordre** (données transmises par le Conseil de l'ordre) :

|  | 2023 | 2022 | 2021 | 2020 | 2019 |
|--|------|------|------|------|------|
| Nbre d'avis rendus par le conseil de l'ordre       | 22   | 15   | 27   | 28   | 35   |
| Nbre d'avis retenant la responsabilité de l'avocat | 7    | 3    | 3    | 5    | 10   |

**Requêtes déposées devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation après avis du conseil de l'ordre** (précision : ces affaires peuvent se rapporter à des avis rendus pour des années antérieures) :

|  | 2023 | 2022 | 2021 | 2020 | 2019 |
|--|------|------|------|------|------|
| Nbre de requêtes devant C. cass. / CE après avis rendu par le conseil de l'ordre | 4    | 8    | 3    | 4    | 4    |

Il ressort de ces statistiques que les justiciables acceptent très souvent l'avis rendu par le Conseil de l'ordre, y compris dans l'hypothèse d'un rejet de leurs demandes.

<sup>32</sup> Seules une faible proportion des requêtes déposées au Conseil de l'ordre par les justiciables concerne des problématiques relevant du droit administratif.

Le Conseil d'Etat ne prononce qu'exceptionnellement la responsabilité d'un avocat aux conseils lorsqu'il est saisi d'une requête par un justiciable (client) en suite de l'avis rendu par le Conseil de l'ordre<sup>33</sup>. La Cour de cassation ne semble pas se démarquer de ce constat.

Ces éléments permettent de mettre au jour, me semble-t-il, l'équilibre et l'efficacité globale de cette procédure spéciale, qui révèle l'intérêt pratique de cette première étape devant le Conseil de l'ordre.

Le Conseil de l'ordre, considéré par le législateur depuis 1817 comme un acteur indispensable de cette procédure, doit pouvoir être mis en mesure d'exercer utilement son office, et donc rendre un avis sur tous les faits et griefs ou moyens soulevés avant que le dossier arrive devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat le cas échéant, d'autant plus qu'aucun recours n'est possible contre la décision prise par la Haute juridiction.

Or, faire évoluer la solution adoptée par la Cour de cassation dans le sens de la **recevabilité** des nouveaux griefs dans la seconde requête, entraînerait, le cas échéant, des conséquences problématiques.

Une telle solution reviendrait à autoriser le contournement de l'exigence légale d'un avis préalable du Conseil de l'ordre, alors même que le justiciable est mis en mesure, dès le dépôt de sa requête devant le Conseil de l'ordre, d'être assisté dans sa démarche par un avocat de son choix ou un avocat aux conseils désigné et sans frais. La totalité des griefs et arguments peut donc a priori être présentée dans de bonnes conditions dès cette première étape.

Il apparaît par ailleurs impossible de fixer une limite acceptable au nombre de griefs qui seraient susceptibles d'être ajoutés dans la seconde requête. Aller dans le sens de la recevabilité des nouveaux griefs devant la Cour de cassation pourrait ainsi susciter des stratégies procédurales, alors que jusqu'à présent l'ensemble de la procédure est mis en oeuvre de manière loyale par les deux parties au cours des deux étapes successives le cas échéant.

Afin de tenir compte des particularités de cette procédure spéciale, et notamment de l'unicité de la décision juridictionnelle, on pourrait être tenté de considérer que dans l'hypothèse de nouveaux griefs, la Cour de cassation, **lors de l'instruction du dossier** (mise en état), devrait **renvoyer ces griefs nouveaux à l'étude du Conseil de l'ordre**, afin de respecter l'exigence d'un avis préalable et de disposer de tous les éléments d'appréciation. Une telle solution permettrait de concilier alors le droit d'accès au juge (le seul juge étant la Cour de cassation ou le

---

<sup>33</sup> Parmi les onze décisions consultées (2006-2022), deux d'entre elles prononcent la responsabilité d'un avocat sur le fondement de la perte de chance, une uniquement sur le fondement du préjudice moral subi par le client (perte d'un dossier transmis d'avocat à avocat).

Conseil d'Etat dans cette procédure) et le déroulé procédural imposé par le législateur.

La demande d'un avis complémentaire préalable à toute action en justice alourdirait un peu cette procédure et ralentirait le prononcé d'une solution définitive, mais l'on peut penser également qu'elle inciterait le demandeur (très généralement assisté par un avocat) à réunir l'ensemble de ses arguments dès la requête initiale devant le Conseil de l'ordre ou à évaluer strictement les chances d'aboutir d'un nouveau grief ou d'un nouveau fait soulevé devant la Haute juridiction. Si cette solution était retenue, elle reposerait sur une irrecevabilité, fin de non-recevoir régularisable puisque soulevée dans le cadre de la mise en état du dossier. La Cour de cassation pourrait alors classiquement surseoir à statuer et prononcer un délai de régularisation.

Si le justiciable n'a pas été assisté devant le Conseil de l'ordre et n'a pas soulevé tous les éléments utiles, une telle solution lui permettrait, si nécessaire, de présenter de nouveaux éléments par la suite, mais eux aussi soumis à l'avis préalable obligatoire du Conseil de l'ordre, car celui-ci doit avoir une vue complète du dossier.

Une alternative pourrait être de considérer, dans la continuité de la jurisprudence actuelle de la première chambre civile, que les nouveaux griefs sont **irrecevables** comme n'ayant pas été soumis au préalable à l'avis du Conseil de l'ordre, sans ensuite juger les griefs au fond. Cette solution aurait le mérite, là encore, de concilier les exigences déjà évoquées si elle ne ferme pas la porte à toute requête complémentaire du justiciable devant le Conseil de l'ordre ; elle laisserait au justiciable (et à son avocat le cas échéant) la maîtrise de ses demandes et démarches, sans que la Cour de cassation n'ait à gérer elle-même un aller-retour procédural devant le Conseil de l'ordre.

Toutefois, la question se pose de la possibilité pour le justiciable de déposer s'il le souhaite une nouvelle requête fondée sur ces griefs devant le Conseil de l'ordre. En effet, il n'est pas certain que puisse être admise la régularisation dans le cadre d'une nouvelle requête, d'une irrecevabilité/fin de non recevoir lorsque le juge a déjà statué. La jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question est débattue<sup>34</sup>, l'autorité de la chose jugée pouvant potentiellement être opposée.

Si une telle solution était néanmoins envisagée, il s'agirait alors simplement de modifier la méthodologie actuelle de la Cour de cassation, en prononçant le cas échéant une irrecevabilité 'sèche' sans répondre au grief sur le fond. Certes, une réponse au fond sur un grief irrecevable présente des vertus pédagogiques en permettant d'éclairer complètement le justiciable, mais la succession d'une irrecevabilité du grief et de son étude au fond déroge au droit positif. En outre, le

---

<sup>34</sup> Voir le débat né de l'arrêt *Césareo*, C. cass. ass. plénière 7 juillet 2006, n° 04-10672, publié ; également, Civ.2. 11 avril 2019, n° 17-31785.

risque existe que la Cour de cassation soit un jour confrontée à un nouveau grief convaincant, ce qu'elle devrait alors préciser conformément à sa jurisprudence 'pédagogique' actuelle ; cela l'amènerait à déclarer un grief irrecevable tout en déclarant dans la foulée que ce grief aurait permis d'engager la responsabilité de l'avocat, et ce avant même tout avis préalable du Conseil de l'ordre sur cette responsabilité. La situation donnerait sans doute lieu à des réactions.

**En définitive et pour conclure**, l'hésitation est permise sur la question soulevée, celle de la recevabilité de griefs nouveaux devant la Cour de cassation, en raison de la grande spécificité de cette procédure, de la volonté claire et stable du législateur de confier un rôle au Conseil de l'ordre, dont celui-ci se saisit pleinement, et de l'équilibre ainsi atteint avec le concours actif du Conseil de l'ordre des avocats aux conseils pour apporter un premier regard éclairé sur la demande, puis la décision définitive rendue en toute indépendance par la Cour de cassation.

Une tension est perceptible entre l'approche proprement juridique de cette problématique et le regard pragmatique que l'on peut porter sur la mise en oeuvre de cette procédure dérogatoire, qui semble faire ses preuves et ne susciter aucune réaction particulière dans la doctrine ou de la part des justiciables, clients ou avocats aux conseils.

Pour l'ensemble de ces raisons, mon avis est très réservé sur une éventuelle évolution de la jurisprudence de la première chambre civile dans le sens de la recevabilité des nouveaux griefs soulevés dans la requête portée devant la Cour de cassation, si une telle évolution jurisprudentielle était envisagée, car cette position s'écarterait de l'esprit général de cette procédure très spéciale, voulu par le législateur.

## **II. Sur l'appréciation de la responsabilité civile professionnelle (9 autres griefs)**

Le demandeur soutient que la faute commise par le défendeur (non contestée, dépôt tardif du mémoire, ce qui a entraîné la déchéance du pourvoi), lui a fait perdre une chance d'obtenir la cassation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Chambéry le 4 avril 2017, qui a rejeté l'ensemble de ses demandes à l'encontre du notaire rédacteur du contrat de mariage.

On sait que dans un tel contentieux, le droit à indemnisation du demandeur à l'encontre de l'avocat aux conseils est subordonné à l'existence de moyens sérieux de cassation qui n'ont pu être soutenus en raison de la faute commise. La méthode appliquée par la Cour de cassation afin d'apprécier cette responsabilité professionnelle consiste à reconstituer, au vu des pièces et des prétentions en débat, la discussion qui aurait dû avoir lieu devant la Haute juridiction si la faute n'avait pas été commise empêchant justement l'existence d'un tel débat.

En l'espèce, le rapport (p. 3-4) rend compte de 9 griefs soulevés par le demandeur, outre les deux griefs précédemment discutés (voir ci-dessus, I).

Parmi ces griefs et au regard de ce qui va suivre, plusieurs me paraissent relever du pouvoir d'appréciation des juges du fond (griefs n° 1 et 6 - appréciation de la volonté de M. [E]). D'autres auraient été rejetés au fond (griefs n° 3 - le notaire n'avait pas à préconiser le régime de séparation de biens alors que celui-ci ne correspondait pas à la volonté des parties, exprimée en connaissance de cause des avantages et inconvénients des différents régimes matrimoniaux ; n° 5 - le notaire n'avait pas à se prononcer sur l'intérêt du mariage pour M. [E]). Un autre encore aurait été rejeté comme étant inopérant pour critiquer un motif surabondant (grief n° 4, relatif au fascicule d'informations remis aux futurs époux).

Cet avis portera plus particulièrement sur les griefs n° 8 à 11, relatifs à l'absence (déterminante en l'espèce) d'une « **clause alsacienne** » dans le contrat de mariage.

Le grief n° 10 peut être écarté, dans la mesure où la cour d'appel de Chambéry n'a pas qualifié la « clause alsacienne » d'avantage matrimonial, mais comme tel le régime matrimonial de la communauté universelle (v. arrêt p. 5, 4<sup>e</sup> parag. in fine) ; elle n'a donc pas commis d'erreur de droit.

*Sur les griefs n° 8, 9, 11 :*

. Il convient tout d'abord de souligner le mouvement général de la jurisprudence dans le sens d'une grande rigueur à l'égard des attentes qu'un client peut espérer de son notaire. La responsabilité notariale est généralement appréciée sévèrement, la Cour de cassation retenant que le notaire doit bien évidemment assurer la légalité et l'efficacité de l'acte conclu, mais aussi délivrer à son client une information complète, adaptée à sa situation - et non abstraite. Le notaire doit fournir un conseil avisé, en attirant l'attention de son client sur les conséquences et les risques encourus dans l'hypothèse où il déciderait de conclure l'acte envisagé<sup>35</sup>, voire le mettre en garde sur la conclusion d'un acte qu'il estimerait contraire à ses intérêts. Afin d'accomplir sa mission, le notaire doit évaluer la situation patrimoniale de son client et relever les déséquilibres éventuels de situations, notamment pour ce qui concerne la conclusion d'un régime matrimonial. La jurisprudence révèle par ailleurs que le notaire doit néanmoins tenir compte des intentions de son client, de sa volonté (sans toutefois être un simple scribe comme le souligne la doctrine<sup>36</sup>). Il doit dès lors rechercher cette intention et prendre en considération les mobiles des parties extérieurs à l'acte s'il en a eu précisément connaissance<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> V. notamment, Civ.1. 31 janvier 2018, n° 16-10961 : au visa de l'article 1382, devenu 1240 du code civil, « Attendu que le notaire est tenu d'éclairer les parties et d'appeler leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des actes auxquels il est requis de donner la forme authentique ».

<sup>36</sup> J-L. Aubert et R. Crône, *La responsabilité civile des notaires*, 5<sup>e</sup> éd. Defrénois, n° 88, cité au rapport.

<sup>37</sup> V. Civ.1. 17 février 1981, n° 79-16417, publié ; Civ.1. 13 décembre 2005, n° 03-11443, publié.

On peut ainsi considérer que dans l'hypothèse où un client parfaitement informé et éclairé déciderait de conclure un acte qui ne lui est pas favorable, selon sa volonté clairement exprimée et en raison de motivations propres, le notaire peut être amené à répondre à la demande de son client. Encore faut-il, en cas de litige ultérieur mettant en cause sa responsabilité, que le notaire puisse prouver avoir rempli les obligations sus-décrites en réponse aux intentions clairement exprimées de son client. La Cour de cassation décide en effet que la charge de la preuve du conseil donné au client par un professionnel débiteur d'une telle obligation pèse sur ce dernier<sup>38</sup>. En outre, la commune intention des parties est appréciée souverainement par les juges du fond<sup>39</sup>.

. Cette jurisprudence doit être appliquée aux griefs soulevés par le demandeur en l'espèce, qui concernent la problématique de la « clause alsacienne » (ou clause de liquidation alternative).

Selon une définition du professeur Simler<sup>40</sup>, la « clause alsacienne », est celle « aux termes de laquelle, en cas de dissolution de la communauté universelle pour une cause autre que le décès (ou s'il existe, à la date du décès, une instance en divorce), chacun des époux serait en droit de reprendre les biens tombés en communauté de son chef et non constitutifs d'acquêts, de sorte que la liquidation se traduirait par un résultat semblable à celle d'une communauté réduite aux acquêts ».

Cette clause tire son nom de la création prétorienne de notaires alsaciens il y a plusieurs décennies<sup>41</sup>. Elle a été consacrée par le législateur en 2006, lors de la réforme des successions, mais elle était auparavant couramment insérée, en France, dans des contrats de mariage fondés sur la communauté universelle.

Afin d'apprécier les obligations du notaire à l'égard de ses clients, il convient de se placer à la date de la conclusion de l'acte (contrat de mariage), soit le 26 mars 2004. C'est en effet à ce moment que doit être déterminé le niveau de connaissances objectives et l'existence de certitudes ou d'incertitudes concernant la validité et l'efficacité de la « clause alsacienne », afin d'en déduire quelles informations et quels conseils le notaire était en mesure de donner aux futurs époux.

En mars 2004, soit antérieurement à la réforme du 26 mai 2004, et comme le précise M. Buat-Ménard dans un rapport rédigé en 2020<sup>42</sup>, « le divorce opérait révocation de plein droit des avantages matrimoniaux, à titre de sanction, à

---

<sup>38</sup> V. notamment Civ1. 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-25015 : au visa de l'article 1315, devenu 1353 du code civil, « Celui qui est tenu d'une obligation d'information et de conseil doit rapporter la preuve de son exécution. »

<sup>39</sup> V. Civ.1. 6 juillet 2016, n° 15-20418.

<sup>40</sup> P. Simler, « La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du code civil », JCP.N. 2005, n° 18, 1264.

<sup>41</sup> La question est toutefois sans lien avec l'application du droit alsacien-mosellan.

<sup>42</sup> Rapport sur le pourvoi n° 20-11032 (QPC), cité au rapport.

l'encontre de celui aux torts exclusifs duquel il était prononcé ou qui avait pris l'initiative du divorce prononcé en raison de la rupture de la vie commune, sans distinguer selon le moment de la prise d'effet de l'avantage, l'autre époux conservant ceux qui lui avaient été consentis (anc. art. 2671 et 2692 du code civil).

En cas de divorce prononcé aux torts partagés ou sur demande acceptée par l'autre conjoint, chacun des époux pouvait révoquer tout ou partie des avantages qu'il avait consentis à l'autre (anc. art. 267-1 et 268-13 du code civil).

Quand le divorce était prononcé sur demande conjointe, les époux décidaient eux-mêmes du sort des avantages qu'ils s'étaient consentis. S'ils n'avaient rien décidé à cet égard, ils étaient censés les avoir maintenus (anc. art. 268 du code civil) ».

Ainsi, introduire une « clause alsacienne » dans le contrat de mariage présentait objectivement un intérêt pour M. [E], car une telle clause pouvait le protéger en cas de divorce pour d'autres causes que celles envisagées par le législateur, d'autant plus au regard du déséquilibre entre les patrimoines respectifs des futurs époux.

**La question qui se pose est dès lors celle de déterminer si le notaire a effectivement évoqué et conseillé cette clause lors des échanges avec les parties et quelle a été en retour la volonté exprimée par celles-ci à ce sujet.**

**En premier lieu**, sur la délivrance d'informations et de conseils relatifs à la « clause alsacienne » :

Certes, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, survenue trois jours avant le mariage et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, puis la réforme des successions survenue en 2006, ont modifié l'état du droit, mais à la date du contrat de mariage et des discussions antérieures entre le notaire et ses clients, le professionnel du droit ne pouvait connaître ces évolutions ultérieures du droit.

Certes également, l'efficacité de la « clause alsacienne » a été discutée en doctrine au regard de sa qualification juridique et des textes successivement applicables (constituait-elle ou non un avantage matrimonial ?<sup>43</sup>), mais en tout état de cause, comme le souligne le rapport (p. 11), « force est de rappeler que même à considérer que la clause constituait un avantage matrimonial, son inefficacité ne concernait, sous l'empire de l'article 267 du code civil que l'époux fautif et non l'autre et elle restait efficace pour l'époux contre lequel était prononcé un divorce pour rupture de la vie commune ». <sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> La question a été tranchée par la Cour de cassation en 2010 : Civ.1. 17 novembre 2010, n° 09-68292, publié.

<sup>44</sup> Art. 265 c.civ. tel que rédigé jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2005, donc tel que connu par les professionnels du droit à cette époque :

« Le divorce est réputé prononcé contre un époux s'il a eu lieu à ses torts exclusifs. Il est aussi réputé prononcé contre l'époux qui a pris l'initiative du divorce lorsqu'il a été obtenu en raison de la rupture de la vie commune. L'époux contre lequel le divorce est prononcé perd les droits que la loi ou des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé.

Ces droits ne sont pas perdus en cas de partage des torts ou de divorce par consentement mutuel. »

Art. 267 c.civ. tel que rédigé et connu sur la même période :

Les règles relatives à l'application dans le temps de la loi du 26 mai 2004 ne me paraissent pas pouvoir entrer en ligne de compte dans le débat en l'espèce, dans la mesure où il s'agit seulement de déterminer si le notaire a rempli ou non correctement ses obligations professionnelles, en l'état du droit applicable et connu de tous à la date de la conclusion du contrat de mariage (26 mars 2004).

En effet, la question de l'appréciation des obligations du notaire se distingue de celle de l'application du droit substantiel à la situation juridique de l'espèce : la fiction des règles de droit transitoire, comme en l'espèce la circonstance que la loi nouvelle a vocation à s'appliquer dans toutes ses dispositions concernant les conséquences du divorce pour les époux, y compris celles relatives au sort des avantages matrimoniaux, quelle que soit la date à laquelle ces avantages ont été stipulés, n'a pas d'incidence directe sur le niveau de connaissance du droit positif en mars 2004. Le notaire ne pouvait prévoir en mars 2004 ce que voterait à cet égard le Parlement en mai 2004, et notamment la circonstance que la loi nouvelle serait applicable à des avantages matrimoniaux stipulés avant son entrée en vigueur.

A moins de considérer que la loi du 26 mai 2004, survenue trois jours avant le mariage et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, aurait dû conduire le notaire à informer ses clients des dispositions contenues dans cette loi la veille ou l'avant-veille de leur mariage, dans l'urgence et alors même qu'un fort débat doctrinal est né ensuite de cette réforme, justement à propos de cette clause spécifique, débat clôturé par la loi du 23 juin 2006<sup>45</sup> qui a clarifié la question dans le Code civil. Une telle exigence à l'égard du professionnel du droit ne me paraît pas justifiée, à supposer même que le notaire ait eu connaissance (et ait retenu) la date du mariage (laquelle fixe l'entrée en vigueur du contrat de mariage).

A l'aune de ces éléments de réflexion, il me paraît possible de conclure sur ce point qu'en l'espèce, il était impossible pour le notaire de prévoir le contenu exact de la future loi, l'issue du débat doctrinal et la solution finalement adoptée par la Cour de cassation (en 2010). En revanche, en mars 2004 et dans les années précédentes, il était a priori informé de l'existence de la pratique notariale relative à l'insertion de la « clause alsacienne » dans les contrats de communauté universelle et d'un débat doctrinal sur cette clause, qui allait plutôt dans le sens de son efficacité ; ou bien il aurait dû l'être dans le cadre de ses obligations de diligence et de prudence en sa qualité de professionnel du droit, cette clause ayant eu un certain succès et de longue date avant 2004, comme le retrace le professeur Simler, qui

---

« Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci perd de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, soit lors du mariage, soit après.

L'autre conjoint conserve les donations et avantages qui lui avaient été consentis, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. »

<sup>45</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions.

relève tous les grands noms de la matière qui se prononçaient en faveur de son efficacité<sup>46</sup>.

Le notaire était tenu d'une obligation de vigilance sur le droit applicable et les possibilités juridiques offertes aux parties dans le cadre de la conclusion d'un régime de communauté universelle. En outre, l'incertitude sur la validité ou l'efficacité d'une clause ne peut être assimilée à son invalidité ou à son inefficacité ; une décision sécurisante pour le client peut alors être d'insérer une telle clause dans le contrat envisagé si ce n'est pas susceptible d'entraîner d'autres effets juridiques problématiques, d'autant plus dans un contexte où de nombreux professionnels du droit procédaient ainsi, soutenus par une doctrine favorable.

En l'espèce, l'insertion d'une « clause alsacienne » dans le contrat de mariage fondé sur la communauté universelle pouvait être analysée comme un conseil utile et sans risques juridiques particuliers. Au regard du déséquilibre important des patrimoines des futurs époux, le notaire devait attirer l'attention de ces derniers sur l'existence de ce type de clause et évoquer le débat la concernant au regard des textes applicables. De manière générale, la doctrine insiste sur l'importance d'insérer cette clause dans les contrats de communauté universelle<sup>47</sup>, sauf volonté contraire expresse de la part des futurs époux.

Cette clause, si elle avait été insérée dans le contrat de mariage conclu en mars 2004, aurait en effet permis à M. [E], lors du divorce prononcé en 2012, de récupérer à son profit les biens tombés en communauté de son chef et non constitutifs d'acquêts et de préserver le cas échéant leur transmission dans l'avenir à ses propres enfants nés d'un premier lit.

---

<sup>46</sup> P. Simler, art.cit. au JCP.N. 2005 :

« Si cette clause a certes été développée par le notariat alsacien, c'est simplement parce que les contrats de communauté universelle y étaient particulièrement fréquents, y compris pour de jeunes mariés. (...) Elle a d'ailleurs suscité dans le reste de la France un intérêt croissant avec la multiplication des divorces, à tous âges, donc aussi après remariage ou changement de régime matrimonial. Et l'on sait l'attrait de la communauté universelle, en tant que régime matrimonial « à cause de mort ». La clause de liquidation alternative, avatar du principe de précaution, y trouve une évidente utilité.

La validité de cette modalité a suscité, il y a une quinzaine d'années, un vrai débat. N'était-on pas en présence, en réalité, d'un régime matrimonial alternatif : communauté universelle en cas de décès, mais communauté réduite aux acquêts en cas de divorce ? Une telle analyse eût été – et serait sans doute toujours – condamnée par le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Mais c'est une autre analyse, précisément, qui s'est imposée, de sorte que la controverse a fait long feu. » P. Simler cite ensuite un arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1992 (Bull. civ. 1, n° 181) qui a mis fin à la controverse sauf sur un aspect, et précise : « Quoiqu'il en soit, la doctrine quasi unanime a approuvé l'issue de ce débat et la validité reconnue de la clause de liquidation alternative », citant Flour et Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd. A. Colin, 2001, n° 192 et 714 ; Colomer, *Régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd. Lexis Nexis Litec, 2004, n° 1096 ; Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 9<sup>e</sup> éd. PUF, 1997, n° 108, p. 564 ; Flament, « Observations sur une régime matrimonial à liquidation alternative », Defrénois 1993, art. 35575, p. 737.

<sup>47</sup> V. J. Casey, GP. 5 février 2011, n° 56 p. 16 ; *Mémento Patrimoine*, éd. F. Lefebvre 2019-2020, § 40345 ; *Droit et pratique du divorce*, éd. Dalloz 2018-2019, n° 231.102.

Sur le fondement de la jurisprudence rappelée plus haut, le notaire supporte la charge de prouver qu'il a effectivement donné toutes informations et tous conseils utiles à ses clients sur ce sujet.

L'appréciation de cet aspect du litige est rendue difficile par l'absence de production, dans la procédure de mise en cause de la responsabilité professionnelle de l'avocat aux conseils, des courriers évoqués par les parties, alors que ceux-ci sont au coeur des discussions et de la motivation de l'arrêt de la cour d'appel de Chambéry.

A la lecture des éléments du dossier, il ne semble pas que la possibilité d'insérer une « clause alsacienne » dans le contrat ait fait l'objet d'échanges clairs entre le notaire et les futurs époux, du moins par écrit. D'ailleurs, la cour d'appel de Chambéry n'a relevé, à l'issue de son analyse sur la « clause alsacienne » (v. arrêt p. 5), aucun élément de nature à prouver que ces échanges ont eu lieu ; un tel constat est au demeurant logique puisqu'elle a plutôt considéré que « *le notaire pouvait légitimement estimer qu'une telle clause était soit superflète soit vouée à l'échec* » (ce qui me paraît très discutable, v. *supra*).

Ainsi, sous réserve de ce que pourraient contenir sur ce point les deux courriers échangés, il ne m'apparaît pas démontré que le notaire a bien informé les parties sur l'existence de cette clause, sur ses avantages, sur les incertitudes à son sujet, ni n'a conseillé (à M. [E] en particulier) de la retenir dans le contrat de mariage. Cinq entretiens ont eu lieu entre le notaire et M. [E] ou les deux futurs époux, et à moins d'une grave incompétence, on peine à croire que ce sujet n'ait jamais été abordé par le notaire, mais il reste que la preuve de cette information et du conseil n'apparaît nettement ni dans l'arrêt de la cour d'appel de Chambéry, ni dans les écritures des parties.

**En second lieu**, il convient cependant de caractériser la volonté des parties à l'égard de la possibilité de reprise des apports en cas de divorce, et spécialement la volonté de M. [E] en raison du fort déséquilibre des patrimoines au moment du mariage.

Les écritures des parties révèlent que le notaire était bien informé de la situation familiale et patrimoniale de M. [E], ainsi que de celle très différente de Mme [W]. M. [E] était par ailleurs dans une situation classique, celle d'un mariage en présence d'enfants nés d'un premier lit, ce qui devait attirer l'attention du professionnel du droit rédacteur du contrat de mariage. Toutefois, cette circonstance ne permet pas de préjuger de la particulière importance d'insérer une « clause alsacienne » dans le contrat de communauté universelle, car un individu peut avoir la volonté, pour diverses raisons, de gratifier plus particulièrement son conjoint sans forcément préserver la transmission de l'ensemble de son patrimoine familial à ses enfants. A cet égard, la cour d'appel de Chambéry (arrêt, p. 3-4) a relevé plusieurs éléments relatifs aux liens existants mais relativement distendus entre M. [E] et ses enfants<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> M. [E] n'a jamais vécu avec ses enfants mais en a eu la garde régulièrement (week-end, vacances) ; il a été condamné deux fois pour non règlement de sa contribution à l'éducation et l'entretien des enfants durant plusieurs mois.

La lecture du dossier ne permet pas de déterminer avec certitude quelle était ou aurait été la volonté de M. [E] sur la question de l'insertion d'une clause alsacienne dans le contrat de mariage, aucun élément ne permettant de se convaincre de sa position personnelle sur ce point, plusieurs éléments révélant au contraire sa volonté claire de gratifier sa future épouse en dépit du déséquilibre des patrimoines et dans le contexte de l'existence d'enfants nés d'un premier lit. Souhaitait-il ou aurait-il souhaité se contenter de l'application des textes en vigueur lors de la signature du contrat de mariage ? Ou bien aller plus loin grâce à l'insertion d'une « clause alsacienne » ?

Il me semble que l'on peut interpréter ce silence (du moins, là encore, à la lecture des seules pièces portées à notre connaissance), de deux manières : soit considérer que la question de la clause n'ayant pas du tout été abordée par le notaire, M. [E] estimait être protégé autant que possible par le droit applicable en mars 2004 (il n'y avait donc pas véritablement de sujet à discuter) ; soit considérer qu'informé de la possibilité d'une « clause alsacienne » ainsi que du contexte jurisprudentiel et législatif, il ne souhaitait pas qu'une telle clause figure dans le contrat de mariage (et Mme [W] non plus).

**En conclusion de l'ensemble de ces développements**, il me semble qu'il pouvait être reproché à la cour d'appel de Chambéry de ne pas avoir recherché si le notaire avait attiré l'attention de son client sur l'importance (plutôt que la nécessité) d'introduire la clause dans le contrat de mariage (grief n° 8), car en l'état du droit applicable et de la pratique notariale en mars 2004, également au regard de la situation patrimoniale des futurs époux, ce professionnel du droit aurait dû clairement évoquer cette clause et ses avantages dans ses échanges avec les futurs époux (obligations d'information et de conseil). Au lieu de cela, le notaire a invoqué dans ses conclusions d'appel (v. arrêt, p. 2) n'avoir pas stipulé une telle clause « en raison de son caractère rendu illicite en raison de l'évolution législative et jurisprudentielle », ce qui apparaît fort discutable (v. *supra*).

La volonté des parties et notamment celle de M. [E] restant toutefois incertaine sur l'acceptation ou le refus d'une telle insertion dans le contrat de mariage, rien ne permet d'affirmer qu'une « clause alsacienne », si elle avait été proposée par le notaire et discutée entre les parties, aurait finalement été voulue par celles-ci.<sup>49</sup> Or le notaire a aussi pour obligation professionnelle d'adapter l'acte à la volonté expresse et totalement éclairée des parties ; il n'aurait en aucun cas pu imposer cette clause aux parties (ce qui justifie à mon sens le rejet du grief n° 9).

Ainsi, il m'apparaît possible de juger que M. [E], en raison de la faute commise par l'avocat aux conseils, a perdu une chance sérieuse d'obtenir la cassation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Chambéry le 4 avril 2017 puis une décision favorable de

---

<sup>49</sup> A cet égard, mon avis est dans le sens du rejet du grief n° 11, car la cour d'appel pouvait souverainement interpréter le contenu du courrier du 17 novembre 2003, et en l'absence d'indications claires sur la volonté de M. [E], ses espérances « de bonne foi » ne paraissent pas démontrées.

la cour d'appel de renvoi. Il reste à évaluer le pourcentage de cette perte de chance, qui est à mon sens relativement mesurée étant donné le contexte juridique complexe de la « clause alsacienne » au début des années 2000.

\*\*\*\*\*