

Professions

L'acte d'avocat : de la polémique à l'acte

Le Sénat et l'Assemblée nationale ont adopté en des termes identiques, respectivement le 30 juin 2010 et le 9 décembre 2010, l'article 1^{er} du « Projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées », qui introduit dans la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 trois articles nouveaux (*) relatifs à l'acte d'avocat. Sauf imprévu, ce texte est désormais définitif.

Par Jean-Jacques
UETTWILLER
Président d'honneur
de l'ACE
Ancien membre du CNB

Jean-Yves **MERCIER**
Président d'honneur
de l'ACE

Philippe **ROCHMANN**
Président
de la Compagnie
parisienne des avocats
et conseils d'IDF

Emmanuel **RASKIN**
Avocat à la cour

Ce projet, depuis sa présentation par le rapport *Darrois*, a suscité une très vive polémique (1), mais également quelque envie de la part de professions (plus ou moins) voisines. Cette polémique (2) a masqué la réalité qui est celle de la réception, dans le droit écrit, d'une pratique désormais bien ancienne. Il ne s'agit pas de l'adjonction d'un plan d'activité à une profession, mais de la consécration d'une construction prétorienne réalisée

sur le socle d'une pratique multiséculaire.

En effet, et contrairement à des idées répandues, il n'existe pas deux catégories d'actes : l'acte authentique et l'acte sous seing privé, mais bien trois. Avec, entre ces deux premières catégories, une intermédiaire, jusqu'à présent innommée : l'acte rédigé par les avocats. La jurisprudence et la déontologie professionnelles ont peu à peu précisé le régime, qu'il faut évoquer rapidement.

Quoi qu'en disent et écrivent les détracteurs de l'acte d'avocat, il doit être rappelé que le domaine du contractuel est l'apanage de l'avocat, que ce soit en droit des affaires ou en droit de la famille. C'est ainsi que la pratique a fait émerger une catégorie d'actes juridiques qui ne sont pas des actes authentiques, mais qui présentent des particularités qui les distinguent des autres actes sous seing privé. Ce sont les actes (pris au sens de « contrats » pour l'essentiel) pour lesquels les parties ont eu recours à un avocat pour en être le concepteur, le rédacteur et le négociateur, dans le prolongement de son action de conseil.

Les actes de cette troisième catégorie, réalisés « sous assistance juridique », sont actuellement par défaut classés dans la catégorie des actes sous seing privé sans différenciation. Ses caractéristiques propres, telles que la jurisprudence les a dégagées au fil du temps ne sont pas prises en compte.

Il n'est pas de notre propos d'analyser ici en détail la jurisprudence en matière de responsabilité civile professionnelle de l'avocat rédacteur d'acte, mais de mettre en exergue les points saillants qui s'en dégagent au travers de deux arrêts récents.

« La pratique a déjà fait émerger une catégorie d'actes juridiques autres »

Dans un premier arrêt du 27 novembre 2008 (3), la Cour de cassation décide « 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 ».

Le second arrêt du 25 février 2010 (4) va dans le même sens en jugeant « que le rédacteur d'acte, 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 et les incidences, notamment fiscales, des engagements souscrits de part et d'autre, peu important que son concours ait été sollicité par l'une d'elles » et qu'il « doit rapporter la preuve qu'il a rempli cette obligation à leur égard, quelles que soient leurs compétences personnelles ».

La jurisprudence donne ainsi à l'avocat une mission qui va au-delà de son activité de conseil de l'une des parties et qui confère à l'acte qu'il a rédigé des qualités d'efficacité supérieures à celle de l'acte sous seing privé usuel rédigé sans son intervention. Cette règle a été développée et précisée par le premier alinéa de l'article 7.2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat qui dispose que « L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Il refuse de participer à la rédaction d'un acte ou d'une convention manifestement illicite ou frauduleux... ».

(*) Art. 66-3-1, 66-3-2 et 66-3-3.

(1) E. Couturon, *La Tribune*, 12 juin 2010, p. 12 : « L'acte contresigné d'avocat : quelle sécurité juridique ? ».

(2) C. Jamin, « L'acte contresigné par avocat (suite) : sous les vaines polémiques l'intérêt du public », *Avocats et droit* n° 32, p. 30.

(3) Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-18142 : Recueil Dalloz 2009, p. 706, comm. C. Jamin.

(4) Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-11591.

Quelle profession a des règles aussi exigeantes dans son code de déontologie ?

Une première application législative de cette catégorie d'acte particulière peut être trouvée dans l'article 492 du Code civil ⁽⁵⁾ qui dispose que le mandat de protection future lorsqu'il est sous seing privé est « *soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État* » ⁽⁶⁾. Ces qualités distinctes de l'acte d'avocat, qui le différencient des deux catégories nommés d'actes, ont surtout été appréhendées en creux sous l'angle de la responsabilité civile alors qu'elles doivent aussi être conceptualisées en relief, sous l'angle de la sécurité apportée aux parties. Et tel est bien l'objet et l'intérêt du projet de loi, aboutissement de pratiquement dix ans de réflexion qui introduit, dans le Code civil, ces deux créations de la pratique et de la jurisprudence que sont la lettre d'intention et la garantie autonome, le projet de loi introduit dans le droit écrit ce qui a été créé par deux siècles au moins de pratique : l'acte d'avocat.

L'article 1^{er} du projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques, dans la rédaction adoptée par le Parlement, introduit trois nouveaux articles dans la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui sont ainsi libellés :

« Article 66-3-1 – *En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.*

Article 66-3-2 – *L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de toutes les parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable.*

Article 66-3-3 – *L'acte contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».*

La construction jurisprudentielle est ainsi complétée par la création du contreseing d'avocat, qui en augmente l'efficacité. Le rédacteur d'acte est désormais réputé avoir apporté à ses clients les éclaircissements nécessaires sur la portée de cet acte. La conséquence nécessaire en était naturellement la dispense de toute mention manuscrite, qui ferait double emploi. Enfin, que l'acte ainsi contresigné fasse pleine foi de l'écriture et de la signature des parties est la sanction naturelle de la participation de l'avocat au cérémoniel de la signature. On voit bien que le fait pour l'avocat de contresigner l'acte qu'il a conçu, rédigé et négocié n'ajoute ni ne retranche rien à sa responsabilité, à ceci près qu'il sera désormais clair que ce texte ne rend créancier de l'obligation de conseil que la partie conseillée par

l'avocat. Il était en effet particulièrement sévère que l'avocat rédacteur d'un acte, signé hors son concours, soit responsable des conséquences que n'avait pas imaginées la partie qu'il n'a pas conseillée ⁽⁷⁾.

L'acte sous contreseing d'avocat présentera désormais des particularités qui les distinguent des autres actes sous seing privé. Personne ne sera obligé de passer un acte d'avocat et il est peu vraisemblable que l'avocat appose son contreseing à un acte sans l'accord ou contre la décision de son client. Mais surtout, l'apposition de son contreseing par l'avocat ne saurait entraîner aucun honoraire complémentaire à celui de la prestation de conseil et de rédaction. Il n'en résulte non plus nul bouleversement de l'ordre juridique du droit continental, ni atteinte à la sécurité financière du pays ⁽⁸⁾. Il n'y a pas non plus de confusion possible avec l'acte authentique. Chacun a son domaine, les avocats continueront à faire les actes de cession d'entreprise et de financements structurés et les notaires les actes de cession d'immeuble, chacun avec ses règles propres et son mode de facturation de sa prestation.

Le texte du projet de nouvel article 66-3-2, sur la procédure de faux articles 299 et suivants du Code de procédure civile renforce la force probante de l'acte d'avocat. Quant à la dispense de mentions manuscrites, objet du projet d'article 66-3-3, elle allait de soit. Ces mentions, que le législateur des dernières décennies a multipliées, ont pour seul objet d'attirer l'attention du signataire sur la portée et les conséquences de l'acte qu'il signe, spécialement lorsqu'il s'agit d'un acte préimprimé. Cette fonction d'information est remplie par l'avocat cosignataire de l'acte et la mention manuscrite en devient redondante.

Observons que l'acte d'avocat est nécessairement contresigné par l'ensemble des avocats ayant participé à sa création, ainsi que cela résulte de la lettre même du texte du projet d'article 66-3-2, cité *supra*. Ainsi, dès lors que l'acte est signé par plusieurs parties et que chacune d'elles (ou plusieurs d'entre elles) sont assistées par un avocat, l'acte ne devient un acte sous contreseing d'avocat que dans la mesure où tous les avocats de toutes les parties le contresignent. À défaut, à notre sens, l'acte ne vaudrait pas comme acte d'avocat mais redeviendrait un simple acte sous seing privé, sans pour autant d'ailleurs que la responsabilité civile professionnelle des avocats en soit diminuée.

L'acte d'avocat est un long cheminement et depuis le projet qui avait été construit en 2003 par trois professeurs de droit ⁽⁹⁾, en passant par le rapport *Darrois*, il a été largement modifié pour en arriver à la forme dépouillée du projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées. ●

(5) Dans la rédaction issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

(6) V. C. Jamin, « Mandat de protection future et contreseing de l'avocat : une refiguration de l'acte sous signature juridique », Recueil Dalloz 2007. 1004.

(7) Cass. 1^{re} civ. 27 novembre, 2008, *op. cit.*

(8) V. *supra* E. Couturon.

(9) J.-L. Albert, X. Delcrois et C. Jamin.