

Acte instrumentaire contresigné par avocat : innovation ou leurre? - La loi du 28 mars 2011 a introduit dans notre droit l'acte sous seing privé contresigné par avocat. C'est peu de dire que les avocats ont accueilli avec un particulier enthousiasme, naturellement teinté d'un soupçon de corporatisme, cette innovation présentée, dans une perspective de sécurité juridique, « comme un plus nécessaire » (E. Boccara, *Gaz. Pal.* 2011, n°s 86 à 88, p. 3). Dans un contexte concurrentiel particulièrement tendu entre les professionnels du droit sur le marché de la rédaction d'actes instrumentaires, ce nouvel acte constitue un bol d'air frais pour les avocats, censé leur apporter de nouvelles perspectives professionnelles et économiques. La raison d'être de cette réforme est triple. D'abord, parce qu'il convient de ne jamais oublier que le droit est fait pour les justiciables et non pour les juristes, « l'acte d'avocat a pour fonction première les intérêts du public dans une économie qui favorise un ample mouvement de libéralisation des services juridiques dont fait partie la rédaction d'actes pour autrui » (C. Jamin, « L'acte d'avocat »: *D.* 2011, p. 960). Dans cette première perspective, l'acte d'avocat, grâce à l'intervention de ce professionnel, est censé « apporter une plus grande sécurité juridique pour les actes conclus entre les parties » (p. Michaud, *Gaz. Pal.* 2011, n°s 86 à 88, p. 13). Ensuite, et on perçoit l'esprit libéral qui anime le texte nouveau, il s'agit d'instaurer une égalité des armes, via une égalité des actes, entre tous les professionnels du droit qui, en matière de rédaction d'actes et de conseils, sont de plus en plus soumis à une identité de régimes de responsabilité (en ce sens, C. Jamin, « Surfer sur la vague... Réflexions de lege ferenda sur la création d'un acte sous signature juridique », in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 285 et s., spéc. p. 289). Enfin, il s'agit de remédier à la faiblesse probatoire de l'acte sous seing privé, laquelle serait donc renforcée par la signature apposée par l'avocat sur cet acte instrumentaire. Certains n'ont pas hésité à prédire un « fabuleux destin » à ce nouvel acte instrumentaire (p. Michaud, *préc.*, p. 15). Pour essayer de donner corps à cette prédiction, on s'attachera à apprécier les vertus de cet acte sur un triple plan: celui du fond, de la preuve et de la forme.

Le « fond », en premier lieu ! Sur ce premier plan, les apports de la réforme ne sautent pas aux yeux.

D'abord, mais il ne pouvait pas en aller autrement, contrairement à ce qu'avaient expressément souhaité certains de ses promoteurs, l'acte sous signature d'avocat n'a pas la force exécutoire. Faiblesse qui, dans une démarche concurrentielle, pénalise cet acte par rapport à l'acte authentique qui, lui, en est doté. Mais cette infirmité était fatale puisque, comme chacun le sait, cette vertu dont est doté l'acte authentique n'est pas le fruit d'une compétence reconnue aux notaires qui serait supérieure à leurs concurrents, mais le simple produit de leur statut régalién : « le professionnel du droit qui donne force exécutoire à un acte juridique dont il est le rédacteur et signataire le fait exclusivement au titre d'une délégation de la puissance publique. Il ne s'agit évidemment pas de consacrer - ou de refuser de consacrer - une compétence professionnelle en comparaison ou en concurrence d'une autre. Ce qui est en cause, c'est l'inclusion ou non, par la loi, dans un service public de l'authenticité, organisé par l'État, contrôlé par lui et qui désigne les agents et officiers publics délégataires du sceau de l'État conférant l'authenticité, la force probante et la force exécutoire » (Y. Gaudemet, « L'acte d'avocat : une analyse publiciste », in *Mélanges C. Larroumet*, LGDJ, 2009).

Ensuite, il faut bien revenir sur quelques confusions conceptuelles qui ont émaillé la présentation de l'acte sous signature d'avocat et qui, pour cette raison, brouillent sa véritable portée. On en

trouve, parmi d'autres, une illustration, dans un commentaire publié à la Gazette du Palais ; pour justifier « le formidable bond en avant que l'acte d'avocat apporte aux avocats de France (...) », l'auteur affirme qu'il « est la conclusion logique de l'article 1134 du Code civil (...), il pourra devenir le socle légal d'une solide application de la libre volonté des parties » (p. Michaud, préc., p. 15). Au fond, l'acte contresigné d'avocat constitue un remède efficace dans tous les cas où « l'une des parties peut être tentée de contester ultérieurement l'existence du contrat ou de l'un de ses éléments » (Rapp. Darrois, « Rapport sur les professions du droit », 2009). On pressent que ces propos reposent sur une assimilation inopportune entre l'acte instrumentaire et l'acte juridique, dont celui-là est conçu pour apporter la preuve. Aussi n'est-il sans doute pas inutile de rappeler que la contestation de la validité d'un acte juridique, et donc dans une large mesure l'impératif de sécurité juridique, ne dépend ni de la nature, ni de l'intensité de la force probante de l'acte instrumentaire rédigé pour le constater. Qu'il soit constaté par acte authentique, par acte sous seing privé contresigné par avocat ou par simple acte sous seing privé, un contrat peut toujours être contesté quant à sa validité, sauf évidemment à confondre acte instrumentaire et acte juridique.

Enfin, on s'arrêtera sur l'influence de la réforme sur les modalités du devoir de conseil qui pèse sur l'avocat. Aux termes de l'article 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971 tel qu'issu de la loi du 28 mars 2011 : « 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 ». Sauf erreur manifeste d'appréciation, on éprouve quelques difficultés à déceler, dans ce texte, la moindre innovation. D'une part, comme chacun le sait, l'avocat est tenu d'un devoir de conseil extrêmement large et rigoureux, puisqu'il doit éclairer ses clients qui ont recours à ses services lors de la conclusion d'un contrat, leur apporter une information dynamique adaptée à leur profil social et économique, assurer l'efficacité des actes conçus sous son autorité et faire preuve d'un devoir de compétence. Autant dit qu'en ce qui concerne le principe même de son devoir de conseil, la loi se borne, au mieux, à codifier la jurisprudence de la Cour de cassation. Dès lors que le texte « n'emporte pas création d'un nouveau régime de responsabilité pour l'avocat contresignataire de l'acte » (p. Michaud, préc., p.15), on peut s'interroger sur ses apports relativement au régime de ce devoir de conseil. « Par cette formule, le législateur a entendu préciser que la force probatoire spécifique de l'acte contresigné ne résulte pas d'une quelconque réception de l'acte par l'avocat, mais du conseil qu'il donne, ce qui le distingue de l'acte notarié », affirme Christophe Jamin (C.Jamin, « L'acte d'avocat », préc.). S'il ne s'agit « que » de cela, on voit mal le profit concret qu'en tireront les justiciables en termes de sécurité juridique. Pire, l'examen de la lettre du texte suggère que l'intérêt des créanciers du devoir de conseil serait fragilisé. Pris au pied de la lettre, en effet, le texte paraît signifier que grâce au contreseing qu'il appose sur l'acte, l'avocat est réputé avoir correctement exécuté son devoir de conseil et vaudrait donc présomption, au détriment du justiciable, de conseil donné ... Ainsi, l'avocat pourrait renverser la charge de la preuve de l'exécution de son obligation et se constituer une preuve à soi-même... Autant dire, donc, puisqu'il est inimaginable que le législateur ait voulu fragiliser la situation du contractant qui conclut un contrat matérialisé sous la forme d'un acte sous seing privé contresigné par avocat, que cette disposition n'apporte rien ou presque en termes de sécurité juridique...

Sur le plan de la « preuve », en deuxième lieu, c'est une même impression qu'inspire l'article 66-3-2 de la loi du 31 décembre 1971 tel qu'issu de la loi du 28 mars 2011 qui dispose : « L'acte sous

seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause ». Encore une fois, on perçoit mal en quoi les « intérêts du public » seront mieux protégés avec la réforme.

D'une part, la force probante de l'acte nouveau est très sensiblement inférieure à celle de l'acte authentique, lequel fait foi, jusqu'à inscription de faux en écriture publique, de son origine, de son contenu, du moins pour toutes ses énonciations que le notaire a pu personnellement constatées, et de sa date erga omnes. Autant de vertus probatoires dont l'acte d'avocat est dépourvu.

D'autre part, la différence de force probante entre l'acte sous seing privé ordinaire et celui contresigné par l'avocat est faible, en pratique. En effet, l'acte sous seing privé contresigné par avocat n'augmente en rien la force probante d'un acte sous seing privé ordinaire, ni quant à son contenu, ni quant à sa date, lesquels ne font foi que jusqu'à preuve contraire entre les parties. Quoi qu'il en soit, sur ces points, comme l'a justement relevé Philippe Théry, la contestation du contenu d'une acte sous seing privé lambda « n'est pas si aisée: pour combattre un écrit, il faut un autre écrit » (p. Théry, « Libres propos sur l'acte d'avocat »: RDC 2010, p.773 et s., spéc. p. 774). En revanche, la force probante de l'acte sous seing privé contresigné par l'avocat est accrue, en théorie, par rapport à un acte sous seing privé ordinaire, quant à son origine, puisque la partie à laquelle il est opposé ne peut plus, pour la contester, se contenter de désavouer son écriture ou sa signature. Pour la remettre en cause, la partie à laquelle on l'oppose devra engager une procédure de faux en écriture privée (C. pr. civ., art. 299 et s.). Reste que l'intérêt de cette innovation probatoire, pour le grand public, qui « devrait rendre tris rares les contestations d'écriture et de signature » (C. Jamin, « L'acte d'avocat », spéc. p. 961), est à nuancer, car la faiblesse de l'acte sous seing privé sur ce plan précis probatoire ne doit pas être exagérée : « En fait, en raison des progrès de l'expertise en écriture, il est devenu assez rare qu'un plaideur de mauvaise foi désavoue sa signature » (P. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, Litec, 2008, spéc. n° 522).

Reste, en troisième lieu, à se demander si, sur le plan de la « forme », l'acte nouveau sera aussi peu innovant que sur les autres aspects sous lesquels il a déjà été étudié. En vertu de l'article 66-3-3 du Code de procédure civile tel qu'issu de la loi du 28 mars 2011 : « L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

Indiscutablement, la réforme n'est pas, sur ce point, une simple loi de plus. Elle modifie la substance de notre droit positif et, peut-être même, le tracé de la frontière entre les professions d'avocat et de notaire. En effet, et on ne peut que souscrire à cette innovation, elle évince le formalisme ad validitatem et le formalisme informatif légaux quand ceux-ci se traduisent par l'exigence de mentions manuscrites apposées dans l'acte instrumentaire. Le conseil donné par l'avocat se substitue heureusement au formalisme légal, auquel on peut reprocher son caractère... formel et surtout virtuel, encore que désormais la jurisprudence ne se contente pas du respect, même scrupuleux, du formalisme légal et a tendance à exiger des débiteurs d'obligations d'information une information dynamique, adaptée et personnalisée, en somme une information « sur mesure » et non pas « prête à porter ».

Mais surtout, comme l'a souligné Michel Grimaldi (M. Grimaldi: RDC 2010, p. 758 et s.), en plaçant

ainsi « sur le même pied le conseil du notaire et celui de l'avocat » dans ses dispositions relatives à la protection du consentement, dans la mesure où l'acte d'avocat évince, comme l'acte authentique, l'exigence légale d'une mention manuscrite, la loi nouvelle suggère « l'idée d'une identité de mission ou de fonction » du notaire et de l'avocat, tendance qui, si elle se confirmait, pourrait se traduire à long terme par une assimilation des actes instrumentaires que reçoivent les uns et contresignent les autres...