

Commentaire technique de Me SALPHATI Jean Charles , ancien notaire

reçu par la cercle du barreau le 6 aout 2009-08-08

Pour animer la discussion, copie de la lettre à Monsieur BLANC - l'avenir est à l'interprofessionnalité!

Monsieur le Député,

J'ai été amené à lire avec attention la proposition de Loi que vous avez déposée sur le bureau de l'assemblée nationale le 21 juillet 2009 et portant la création d'un nouvel acte sous seing privé contresigné par un avocat.

Permettez-moi de vous faire part de mes réflexions que je porte à la connaissance du Conseil Supérieur du Notariat et de Monsieur Jean François COPPE Président de votre Groupe.

Préalablement je me présente :

J'ai été nommé Notaire- associé le 10 aout 1971 à l'âge de 25 ans et j'ai exercé la profession de notaire jusqu'au 31 octobre 2006.

A ce titre j'ai rédigé plusieurs milliers d'actes notariés portant sur des biens immobiliers et des biens mobiliers mais également plusieurs centaines d'actes sous seing privés portant essentiellement sur des avants contrats ou des protocoles d'accords ou de partage.

J'ai- rempli pendant douze ans des fonctions électives (Maire RPR) et à ce titre j'ai été amené à recevoir quelques dizaines d'actes administratifs.

Je pense donc avoir une solide expérience pour réagir à votre proposition de Loi.

Quelle est la situation actuelle ?

Nous connaissons deux types d'actes :

L'acte authentique visé par les articles 1317 et suivants du code civil.

L'acte sous seing privé visé par l'article 1322 du code civil.

Voyons les caractéristiques de chacun de ces actes :

L'acte authentique.

C'est celui qui est reçu par des officiers publics avec les solennités requises.

Ce sont bien la qualité d'officier public délégataire de la puissance publique et ces solennités qui assurent l'authenticité et elles seules. Rappelons ces solennités résultant du décret n° 71 941 du 26 novembre 1971 savoir :

Les incapacités d'instrumenter♣

La qualité des personnes♣ concourant à l'acte

Les énonciations du nom et du lieu d'établissement du♣ notaire qui reçoit l'acte

Le lieu où est passé l'acte♣

La date à♣ laquelle est apposée chaque signature

L'indication des noms, prénoms et♣ domicile des parties et de tous les signataires

La mention de la lecture♣ par les parties

L'obligation de disposer du sceau par délégation ♣

Le ♣ respect stricte de l'écriture de l'acte (indélébilité et qualité du papier, numérotation des pages, nullité des surcharges et interlignes, paraphe de chaque feuille, réglementation stricte des annexes, etc.)

La tenue d'un répertoire ♣ au jour le jour mentionnant chacun des actes reçus

L'obligation de ♣ conserver l'original de chacun des actes avec interdiction de se dessaisir d'aucune minute, sauf procédure judiciaire.

L'obligation des mentions ♣ marginales

Les dispositions sur la délivrance des copies ♣

La ♣ réglementation stricte du régime de l'habilitation des clercs.

Comme vous le voyez il ne suffit pas au notaire de contresigner l'acte qu'il a rédigé pour lui donner un caractère d'authenticité mais sa qualité d'officier public engageant sa responsabilité et celle du corps notarial et de respecter une solennité lourde et précise qui va donc protéger les parties mais également le notaire car nous ne devons pas oublier que la mauvaise foi des parties peut être sans limite !

L'acte sous seing privé

L'acte "sous seing privé" est une convention écrite établie par les parties elles-mêmes ou par un tiers, qui a été signée par elles ou par mandataire en vue de régler une situation contractuelle (vente, location, société, contrat de travail...). Comme le rappelle la Première Chambre civile (1ère CIV. - 21 février 2006. BICC n°641 du 1er juin 2006), il résulte de l'article 1322 du code civil qu'en dehors des exceptions prévues par la loi, l'acte sous seing privé n'est soumis à aucune autre condition de forme autre que la signature de ceux qui s'obligent. Mais il ne fait pas foi de sa date : on dit qu'il n'a pas " date certaine ". Pour obtenir cet effet, l'acte doit avoir été enregistré.

Comparaison

Bien entendu l'acte authentique est supérieur en raison de 3 points principaux :

- o La date certaine,
- o La force probante,
- o Et la force exécutoire, qui dispense le créancier de produire un jugement, comme il devrait le faire dans le cas d'un acte sous seing privé, pour poursuivre l'exécution des engagements souscrits

C'est dans ce contexte que les avocats dans le cadre de la commission DARROIS ont tenté d'obtenir la possibilité de dresser des actes authentiques mais cette proposition a été écartée en raison des caractéristiques essentielles de l'acte authentique.

En fait les avocats ont voulu prendre la place des notaires mais sans prendre leur handicap ! Cette démarche peu respectueuse de l'intérêt général était vouée à l'échec et a échoué.

La commission pour calmer le courroux de certains avocats présente par votre intermédiaire une proposition de Loi qui est elle aussi vouée à l'échec car elle n'est pas basée à nouveau sur l'intérêt général et le besoin de sécurité juridique.

En effet :

Sur les rédacteurs d'actes juridiques :

Vous notez l'intervention croissante de techniciens du droit en citant, avocats,

notaires, conseils, experts comptables, huissiers de justice et bien d'autres...
Vous reconnaissez donc, ce que la loi précise, que les actes sous seings privés sont rédigés par plusieurs professionnels du droit et cependant vous prévoyez que les actes sous seings privés pourront être contresignés que par les seuls avocats.
Cette disposition, peu constitutionnelle, est choquante et pour ne prendre que les notaires ces derniers seraient exclus de contresigner de tels actes ! Constat choquant car qui peut le plus peut le moins ! Il serait donc incompréhensible que les actes sous seings privés ne soient pas contresignés par ceux autorisés par la Loi pour les rédiger. A défaut il est à craindre une censure par le Conseil constitutionnel.

Sur la force probante

Votre proposition de Loi tendrait à ce que l'acte ne puisse faire l'objet d'une dénégation ou d'une méconnaissance de la signature ou de l'écriture par les parties fermant ainsi la procédure de vérification d'écriture des articles 287 et s. du CPC .
De plus l'acte ferait foi de l'identité de ses signataires et du fait que les parties ont bel et bien exprimé leur consentement.

Mais rien n'empêchera l'introduction de la procédure de faux prévue par les articles 299 et s. du CPC qui peut elle-même être doublée d'une procédure pénale pour faux et usage de faux (art.441-1 C.pén)

A défaut d'une solennité comparable à l'acte authentique l'avocat ou le rédacteur de l'acte sera particulièrement exposé ! Et que dire de l'imitation par la partie de mauvaise foi de la signature de l'avocat. On a tout vu dans le notariat !

Or les mentions figurant dans un acte contresigné par un avocat ne seront pas constatées par un officier public. Elles ne feront donc foi que jusqu'à preuve contraire des faits juridiques qu'elles relatent et des énonciations qu'elles contiennent. Il serait, par exemple, possible de faire preuve du caractère mensonger des énonciations de l'acte – donc d'une simulation – selon les modalités prévues par l'article 1341 C. civ., c'est-à-dire par écrit. En outre, les tiers auraient la faculté de rapporter par tout moyen la preuve contraire aux énonciations de l'acte, l'article 1341 C.civ ne s'imposant qu'aux parties.

Il en découlerait que la date de l'acte ferait foi entre les parties, mais qu'il leur serait possible de contester cette date au moyen d'un écrit. En outre, l'acte ne serait pas doté d'une date certaine opposable aux tiers au sens de l'article 1328 C. civ. Cette date certaine ne serait obtenue que par le respect des modalités classiquement applicables aux actes sous seing privé.

A noter que le régime applicable aux actes légalement tenus pour reconnus visés à l'article 1322 C. civ. reste à ce jour incertain dans la mesure où il n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence. Cela s'explique par le fait que l'on ne trouve en droit positif que deux types d'actes pouvant figurer dans cette catégorie :

- l'acte ayant fait l'objet d'une vérification d'écriture à titre principal et pour lequel le défendeur n'a pas comparu, conformément à l'article 296 CPC selon lequel « lorsque la vérification d'écriture est demandée à titre principal, le juge tient l'écrit pour reconnu si le défendeur cité à personne ne comparait pas ».

- l'acte sous seing privé déposé par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire

avec reconnaissance d'écritures et de signatures (art. 68 D. n°55-1350 du 14 octobre 1955), à ceci près qu'on peut estimer qu'un tel acte devient techniquement un acte authentique proprement dit.

Or l'acte contresigné par un avocat sera toujours un acte sous seing privé soumis aux dispositions non seulement de l'article 1328 C. civ. (date certaine) mais aussi de l'article 1325 C. civ. relatif à la formalité dite « du double ». Il conviendrait donc d'établir et de signer autant d'exemplaires qu'il y aurait de parties à l'acte. La conservation électronique viendra encore compliquer le problème car il exigera un respect strict des conditions prévues par la Loi.

Sur la responsabilité du rédacteur de l'acte

La responsabilité des professionnels du droit qui rédigent des actes sous seings privés est à ce jour équivalente à celle d'un notaire.

La proposition issue du rapport Darrois n'apporte, contrairement à l'exposé des motifs de votre proposition de loi, aucun changement substantiel à la situation actuelle et il suffit pour s'en persuader de relire l'article 9 du décret n° 2005 790 du 12 juillet 2005 « L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties.... »

La Cour de cassation a jugé à maintes reprises que l'avocat rédacteur d'un acte juridique est tenu d'en assurer l'efficacité à l'égard de toutes les parties lorsqu'il est le seul rédacteur de l'acte.

Il est probable que la jurisprudence étendra cette obligation même lorsque l'avocat aura en face de lui d'autres professionnels du droit car la Cour de cassation n'admettra pas la loi du plus fort des deux avocats ! Et étendra l'assurance de l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence.

Conclusions

En définitive deux constatations :

La sécurité d'un acte sous seing privé dépend non pas de la signature de celui qui l'a rédigé mais de sa compétence et de son sérieux. Contrairement à l'exposé des motifs il est illusoire de croire que le contre seing va renforcer la sécurité juridique !

De plus il est choquant d'accréditer la thèse que le défaut de contre seing actuel entraîne une insécurité juridique.

Faire croire que cet acte aura la force probante de l'acte authentique c'est induire en erreur les parties et risquer des contentieux douloureux !

Les Etats-Unis viennent d'en faire l'expérience car c'est bien à partir d'acte sous seing privé contresigné que les banques sont arrivés au « Subprimes ». Le bureau du Centre de recherches des Avocats relève d'ailleurs pour s'en inspirer : « le deed (en fait l'acte contresigné par avocat) constitue un mécanisme très souple et peu onéreux qui permet aux parties de conclure des actes importants de manière aisée et rapide. En cas il est courant que les banques exigent la signature d'un solicitor confirmant le contenu et la portée de l'acte.

En tout état de cause si l'Assemblée nationale et le Sénat devaient suivre votre proposition le législateur ne pourraient pas créer une disparité entre les professionnels du droit autorisés à rédiger des actes sous seings privés. Il est donc impératif que cette procédure de contre seing soit ouverte à tous ces professionnels et donc aux avocats et aux notaires.

J'ai le sentiment toutefois que les débats seront instructifs et qu'il y aura suffisamment de gens sérieux pour rejeter cette anomalie juridique.

Ecrit par : SALPHATI Jean Charles | jeudi, 06 août 2009
