

CHRONIQUE

La périlleuse solitude du rédacteur d'un projet d'acte juridique

JEAN-PIERRE CHIFFAUT-MOLIARD, avocat au barreau de Paris

Cass. 1^{er} civ. 27 novembre 2008 n^o 07-18.142 (n^o 1205 F-PB), D. c/ Briand : RJDA 3/09 n^o 198

1. L'arrêt rendu le 27 novembre 2008 par la première chambre civile de la Cour de cassation procède à une extension du devoir de conseil du rédacteur d'actes à des situations où la mise en œuvre pratique de cette obligation suscite de nombreuses interrogations.

Les faits de l'espèce, tels qu'ils sont rapportés dans la décision, peuvent être résumés comme suit : un acte ayant pour objet la cession de 30 parts d'une société en nom collectif est établi par M^e D. à la demande du gérant de la société que l'on devine être également le cédant des parts. Cet acte est signé par les parties hors la présence de l'avocat.

La société ayant ultérieurement fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le cessionnaire des parts est appelé en paiement du passif social. Après avoir vainement tenté d'obtenir la nullité de la cession de parts, il a recherché la responsabilité de M^e D. en lui reprochant de ne pas avoir appelé son attention sur la portée de son engagement.

La cour d'appel avait fait droit à sa demande indemnitaire en retenant que si M^e D. devait en sa qualité de rédacteur unique de l'acte de cession de parts, veiller à l'équilibre entre les parties, il devait aussi les informer toutes les deux des conséquences juridiques de l'opération et des risques financiers encourus.

Dans son pourvoi, M^e D. faisait valoir que seul celui qui rédige l'acte en présence des parties et recueille leurs signatures ou, à tout le moins procède à des échanges avec tous les contractants, peut se voir attribuer la qualité de rédacteur d'acte.

Ce faisant, il reprend presque textuellement les termes de l'article 7-1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat qui définit le rédacteur professionnel comme étant celui qui élabore l'acte et recueille la signature des parties. Or, en l'espèce, il n'était pas contesté que l'acte avait été signé hors la présence de l'avocat.

2. Le rejet du pourvoi conduit à s'interroger sur l'étendue de la responsabilité du professionnel du droit dans l'exercice de sa fonction de rédacteur d'acte.

Pour la cour suprême, dès lors qu'il était l'auteur non d'un simple modèle mais d'un projet finalisé entièrement rédigé par ses soins, M^e D. avait la qualité d'unique rédacteur de l'acte. Il était donc 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 ».

L'analyse de cet attendu fournit l'occasion de porter la réflexion sur la qualité de rédacteur d'acte (I), sur l'étendue de son devoir de conseil (II) et sur la responsabilité qui en résulte (III).

I. La qualité de rédacteur d'acte

3. Rédiger un acte, c'est être à la fois l'auteur intellectuel d'un écrit et le réalisateur matériel de son support.

La qualité de rédacteur d'acte juridique implique que l'acte soit adapté à la situation des parties, qu'il repose sur une analyse personnalisée, qu'il intègre les préoccupations des parties et les particularités de leur situation.

L'existence et l'usage de formulaires démontrent que la prestation du rédacteur d'acte professionnel combine nécessairement ces données : ni l'édition de modèles d'actes par les auteurs d'ouvrages spécialisés ni l'usage servile d'un contrat type ne confère à l'éditeur ou au copiste la qualité de rédacteur.

Au cas d'espèce, M^e D. avait préparé un projet finalisé d'acte de cession de parts à la demande d'une des parties et lui avait remis ce projet. Le fait que le projet avait été « entièrement rédigé » fait supposer que l'avocat connaissait pour le moins l'identité du cocontractant de son client.

La cour suprême assimile le « projet finalisé » et donc personnalisé à l'acte lui-même ; elle semble donc exclure a contrario que la simple remise d'un modèle anonyme, d'un contrat type ou d'un exemple de clause emporte reconnaissance de la pleine qualité de rédacteur.

4. Bien qu'étant dépourvu de toute portée normative à l'égard des tiers, même s'il constitue une source de droit en tant qu'expression de la codification d'usages professionnels, le Règlement Intérieur National (ci-après « RIN ») de la profession d'avocat propose en son article 7.1 une définition du « rédacteur » : celui qui élabore, seul ou en collaboration avec un autre professionnel, un acte juridique pour le compte d'une ou plusieurs parties, assistées ou non de conseils, et qui recueille leur signature sur cet acte.

Cette définition combine les deux composantes essentielles de l'intervention (la prestation intellectuelle et le rôle de conseil) en y adjoignant la condition de la présence effective du professionnel lors de la signature matérielle de l'acte.

En retenant que l'élaboration de l'acte et la présence à la signature sont des conditions cumulatives, le RIN établit en effet une présomption négative simple : le fait d'élaborer le projet d'un acte ne confère pas à l'auteur du projet la qualité de rédacteur. Cette position peut se justifier par le fait que, s'agissant d'un acte sous seing privé, rien ne garantit que le document qui a été en définitive signé est bien en tous points conforme au projet élaboré par le professionnel et que des modifications ne lui ont pas été apportées à son insu.

Bien que séduisante, la définition du rédacteur d'acte proposée par l'article 7.1 du RIN conduit toutefois à la formulation d'un syllogisme : tout rédacteur d'acte est débiteur d'une obligation de conseil mais comme celui qui se borne à rédiger un projet

dont la finalisation lui échappe n'a pas la qualité de rédacteur, il ne peut se voir reprocher d'avoir méconnu l'obligation de conseil qui pèse sur le rédacteur.

5. C'est ce syllogisme que l'arrêt rendu le 27 novembre 2008 par la première chambre civile semble condamner en refusant de prendre en considération la présence et la participation matérielle du rédacteur à la signature de l'acte.

Au demeurant, l'exigence d'un tel critère se heurte à la pratique courante de la signature successive de l'acte par les parties lorsque la formule de leur réunion physique dans un même lieu n'est pas retenue. Elle méconnaît également les technologies nouvelles qui ont permis de concevoir l'acte électronique et les dispositions légales qui en ont consacré la validité.

Mais ne faudrait-il pas dès lors considérer pour le moins qu'à défaut de signature de l'acte en présence du professionnel qui en a rédigé le projet, le constat devra être fait de la similitude du projet et de l'instrumentum constatant l'accord des parties ?

Œuvre de l'esprit, l'acte juridique mérite sans doute à ce titre que le droit moral de son auteur soit respecté.

L'acte juridique demeure en outre un objet mal identifié.

Le concept inclut sans aucun doute les actes translatifs ou déclaratifs de droits ; mais l'hésitation est légitime s'agissant de conventions dont le constat formel apparaît accessoire par rapport au negotium (échange de lettres valant contrat ou acceptation tacite d'une offre de contracter).

Et faut-il ranger dans la catégorie des actes juridiques les procès-verbaux d'assemblées délibératives ? Dans l'affirmative, qui est partie à l'acte ?

On le voit : l'incertitude est grande tant la notion d'acte est délicate à cerner.

On proposera pour le moins de ne pas appliquer le même régime aux actes créateurs ou déclaratifs de droits individuels (l'acte de vente, le prêt, le bail...) et aux autres (procès-verbal, rapport d'information, règlement intérieur...).

II. Le devoir de conseil du rédacteur

6. Sans renier sa qualité traditionnelle d'auxiliaire de justice, l'avocat revendique aujourd'hui publiquement sa dimension de conseil juridique.

Qu'il représente son client en justice, qu'il l'assiste dans la recherche d'une solution amiable, qu'il participe à la négociation d'une convention et à la rédaction de l'acte élaboré pour formaliser l'accord intervenu, l'avocat est sollicité pour sa compétence et son expertise. Il contribue à la gestion des risques décisionnels en participant à l'optimisation des choix.

Si le devoir de conseil est général en ce sens qu'il recouvre l'ensemble des activités et interventions du professionnel, il se voit conférer par la jurisprudence la qualité d'obligation « particulière » ou de quasi-résultat puisqu'il incombe au débiteur de rapporter la preuve de sa libération en démontrant qu'il a effectivement exécuté son obligation (1).

A ce titre, l'avocat est tenu d'appeler en temps utile l'attention de son client sur les conséquences juridiques, financières et fiscales de l'opération à laquelle il prête son concours (2).

Le manquement au devoir de conseil s'apprécie toutefois à l'aune de la mission confiée à l'avocat puisque la théorie de la charge

de la preuve telle qu'elle est énoncée par l'article 1315 du Code civil implique que celui qui met en cause la responsabilité du professionnel doit rapporter la preuve de l'objet et de l'étendue du mandat confié.

Loin d'être un simple scribe chargé de mettre en forme les indications qui lui sont données par les parties, le rédacteur professionnel participe nécessairement à la réflexion sur le contenu et la portée des conventions qu'il rédige et se trouve de ce fait investi d'une mission de conseil.

Il reste à déterminer à l'égard de qui.

7. Si l'existence d'un devoir de conseil n'est pas discutable envers la personne qui a demandé assistance, la question est plus délicate lorsque l'avocat est le seul rédacteur d'un acte faisant intervenir plusieurs parties.

Il semble en effet acquis que le rédacteur de l'acte n'est débiteur d'une obligation de conseil envers toutes les parties que s'il est intervenu comme rédacteur unique de l'acte.

Si plusieurs professionnels ont collaboré à la rédaction, chacun répondra à l'égard de son client d'un éventuel manquement au devoir de conseil tandis que l'obligation de garantir la validité et l'efficacité de l'acte leur est commune.

Doit-on pour autant considérer que le seul fait d'être le rédacteur unique d'un acte juridique implique nécessairement que l'on soit tenu d'un devoir de conseil envers toutes les parties ?

Le moins que l'on puisse dire est que l'arrêt commenté n'apporte pas de réponse satisfaisante à cette question.

A. Le fondement textuel

8. En distinguant par deux alinéas successifs selon que le rédacteur unique est intervenu ou non comme étant le conseil de toutes les parties, l'article 9 du décret 2005-790 du 12 juillet 2005 qui confère un caractère réglementaire aux règles de déontologie de la profession d'avocat, reconnaît implicitement que les deux qualités peuvent être dissociées.

Certes, la distinction a d'abord pour objet de délimiter la capacité déontologique de l'avocat rédacteur à intervenir ultérieurement dans un contentieux trouvant son origine dans l'acte qu'il a rédigé.

Ainsi, s'il est intervenu comme conseil de toutes les parties, il ne peut agir ou défendre sur la validité, l'exécution ou l'interprétation de l'acte qu'il a rédigé, sauf si la contestation émane d'un tiers à l'acte. Si au contraire, bien qu'étant seul rédacteur, il n'était pas le conseil de toutes les parties ou s'il a participé à la rédaction de l'acte sans en être le rédacteur unique, il peut agir ou défendre sur son exécution ou son interprétation ou encore défendre sur sa validité mais non être demandeur à une action en nullité.

Mais cette distinction implique aussi que l'intervention solitaire de l'avocat dans la mise en forme des conventions n'implique pas qu'il est devenu de plano le conseil de l'ensemble des parties. Au demeurant, l'application d'un tel principe serait incompatible avec la règle déontologique relative à la prohibition des conflits d'intérêt qui interdit à l'avocat d'être, dans une même affaire, le conseil de deux personnes lorsqu'il existe un conflit d'intérêt ou un risque sérieux d'un tel conflit (3).

B. La doctrine professionnelle

9. L'article 7.3 du RIN formule deux présomptions qui s'appuient sur le texte réglementaire :

(1) Cass. 1^{er} civ. 29-4-1997 n° 94-21.217 ; Bull. civ. I n° 132.

(2) Cass. 1^{er} civ. 13-3-1996 n° 93-20.578 ; Bull. civ. I n° 132 ; CA Paris 16-4-1996 1^{er} ch. A ; Gaz. Pal. 21 novembre 1996 p. 15 note J.-G. M.

(3) Décret 2005-790 du 12-7-2005, art. 7.

– l'avocat qui est intervenu comme rédacteur unique d'un acte n'est pas présumé avoir été le conseil de toutes les parties signataires,

– l'avocat n'a pas la qualité de rédacteur unique lorsque la partie qu'il ne représente pas est assistée par un conseil, avocat ou non. L'article 7.2 exige pour sa part qu'avant de prendre la qualité de rédacteur unique, l'avocat informe la partie qui ne l'a pas saisi de la possibilité qu'elle a d'être conseillée et de se faire assister par un autre avocat.

Cette formulation appelle plusieurs observations.

Bien qu'il s'agisse d'une obligation déontologique, la question se pose tout d'abord de savoir si le fait de ne pouvoir rapporter la preuve que l'information a été donnée est susceptible de constituer en soi une faute engageant à elle seule la responsabilité civile de l'intervenant à l'égard des parties non assistées.

On relèvera ensuite que l'information à donner n'est pas exempte d'un certain corporatisme puisqu'elle ne vise que l'intervention éventuelle d'un confrère, ce qui conduit à poser une seconde question : faut-il informer la partie qui est assistée d'un notaire qu'elle peut faire appel à un avocat ?

Enfin, une difficulté ne manque pas de se présenter lorsque la mission est confiée conjointement au rédacteur par plusieurs, voire par l'ensemble des parties concernées, ce qui est par exemple le cas lorsque le professionnel est appelé à rédiger un acte constitutif de société entre deux ou trois personnes.

C. L'apport de la jurisprudence bancaire

10. Si la finalité de tout conseil loyal est d'influencer le comportement d'autrui dans un sens favorable à son intérêt, le devoir de conseil du professionnel se décompose en diverses obligations dont le contenu varie tant en fonction de la mission confiée qu'en raison de la qualité du client.

Ainsi, dans le domaine de responsabilité des établissements de crédit, la Cour de Cassation rappelle avec constance que le juge doit nécessairement, avant de statuer sur la responsabilité de la banque dispensatrice de crédit, se prononcer sur la qualité de client averti ou profane de l'emprunteur (4).

Une analyse plus fine de la jurisprudence relative au devoir de conseil du banquier conduit à distinguer dans le devoir de conseil du professionnel au moins cinq composantes :

- une obligation d'informer (donner des indications objectives),
- une obligation de mettre en garde (insister sur les risques encourus),
- une obligation d'éclairer (s'assurer de la bonne compréhension des indications données),
- une obligation d'évaluer (se renseigner sur la situation personnelle),
- une obligation d'expliquer (comparer les avantages et les inconvénients).

S'il apparaît parfaitement justifié qu'à l'égard de celui qui a expressément demandé assistance (le client), le manquement éventuel soit apprécié à l'égard de l'ensemble de ces obligations, il en va sans doute autrement vis-à-vis des autres parties.

Ne faut-il pas dès lors comprendre qu'en évoquant l'obligation pour le rédacteur « de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée des engagements souscrits », ce sont les devoirs d'information et de mise en garde qui sont visés ?

III. Le régime de responsabilité

11. La rédaction d'actes à titre professionnel s'entend d'une prestation de services fournie à titre onéreux et relève des règles applicables au contrat d'entreprise.

Le régime de responsabilité qui en résulte relève donc de l'article 1147 du Code civil qui met à la charge de celui qui n'exécute pas une obligation contractuelle la réparation de la perte subie par le créancier ou la compensation du gain dont il a été privé. S'agissant spécialement de la profession d'avocat, l'article 9 du décret du 12 juillet 2005 énonce une règle que la jurisprudence avait consacrée de longue date et qui s'applique de manière générale à tous les professionnels qui rédigent des actes juridiques pour autrui.

Quel que soit son titre ou son statut, le professionnel rédacteur d'un acte juridique doit assurer la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Le texte réglementaire ajoute que s'il intervient comme seul rédacteur, il doit en outre veiller à l'équilibre des intérêts des parties.

Au cas d'espèce, la Cour de Cassation ignore délibérément le fait que le demandeur à l'action en responsabilité n'était pas le client de M^e D. qu'au demeurant il n'avait selon le pourvoi jamais rencontré.

En l'absence de tout lien contractuel, le fondement juridique de la responsabilité apparaît donc nécessairement quasi délictuel.

Néanmoins, et sur ce point l'arrêt apparaît critiquable, la faute retenue contre l'avocat s'analyse en un manquement au devoir de conseil puisque la Cour estime que M^e D. devait « prendre l'initiative de conseiller (sic) les deux parties à la convention ».

12. Mais à quel titre peut-on être tenu d'un tel devoir envers une personne qui vous est étrangère ?

L'obligation de conseil qui implique une relation entre le consultant et le consulté n'est-elle pas par essence de nature contractuelle ?

Pour autant, on imagine mal un avocat contacter une personne qui lui est étrangère en vue de lui prodiguer ses conseils et de lui expliquer la portée d'une convention encore à l'état de projet dont la concrétisation reste incertaine et dont seules les parties ont en définitive la maîtrise.

La règle de raison devrait conduire à retenir que le fait pour une partie de ne pas se faire assister par un conseil ne peut avoir pour conséquence d'investir de plano le conseil de la partie adverse chargé de la rédaction de l'acte d'une mission générale d'assistance comportant obligation de conseil et devoir de mise en garde envers elle sur des questions touchant à sa situation personnelle et présentant un caractère incident par rapport aux conventions que le rédacteur de l'acte est chargé de mettre en forme.

Exceptionnellement, une telle obligation ne pourrait exister que s'il était prouvé qu'un mandat spécifique a été donné ou que la partie qui se prévaut du manquement démontre qu'elle a personnellement sollicité une consultation sur le point litigieux.

Rien ne peut justifier que l'avocat d'un propriétaire immobilier qui rédige le bail destiné à régir la location des murs du futur siège de la succursale locale d'une grande banque nationale soit réputé avoir été le conseil de celle-ci au motif que le service juridique de sa division immobilière n'était pas assisté par un avocat.

Délaissant cette problématique, l'arrêt du 27 novembre 2008 retient qu'en remettant à son client, non un simple modèle mais un projet finalisé entièrement rédigé par ses soins, M^e D. a de ce fait pris la qualité de rédacteur unique de l'acte et que, ce faisant, il lui incombait de prendre l'initiative de conseiller les deux parties sur la portée de leurs engagements, 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.

Ce faisant, il soulève plus d'interrogations qu'il apporte d'enseignements.

(4) Cass. 1^{er} civ. 18-9-2008 n^o 07-17.270 : BRDA 19/08 inf. 17, D. AJ p. 2343 obs. V. Avena-Robardet.