

## REFLEXIONS SUR L'ACTUALITE

### **I - LES AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION ET LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « SERVICES »**

Le rapprochement des dispositions de la directive « services » de celles de la directive sur l'établissement des avocats permet-il de conclure que les avocats aux conseils ne sont pas concernés par la transposition de la directive « services » ?

Cette conclusion semble excessive. La directive « services » ne remet pas en cause la faculté, reconnue par la directive de 1998 sur l'établissement des avocats, de réserver l'accès aux plus hautes juridictions à des avocats spécialisés (1). Il n'y a, en revanche, aucune disposition dans l'une ou l'autre de ces directives qui donne à penser que les conditions requises pour exercer cette activité d'« avocat spécialisé » pourraient ne pas être appréciées à l'aune de la directive « services » (2).

#### **1) L'absence de remise en cause de la faculté de réserver l'accès aux « cours suprêmes »**

La directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 « *visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise* » dispose, dans son article 5, § 3, al. 2, que « *dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice, les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés.* »

De façon plus précise, le onzième considérant de cette directive indique que « *pour assurer le bon fonctionnement de la justice, il y a lieu de laisser aux États membres la faculté de réserver, par des règles spécifiques, l'accès à leurs plus hautes juridictions à des avocats spécialisés...* ».

Le droit communautaire dérivé autorise, de la sorte, les États à maintenir un monopole de la représentation et de la défense des justiciables devant leurs plus hautes juridictions — c'est-à-dire, pour la France, devant le Conseil d'État et devant la Cour de cassation.

Cette autorisation n'est pas remise en cause par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 « *relative aux services dans le marché intérieur* ».

Dès son article 1<sup>er</sup>, au § 3, al. 1<sup>er</sup>, la directive « services » dispose que « *La présente directive ne traite pas de l'abolition des monopoles fournissant des services...* ». Pour ses auteurs, les dispositions de la directive « *ne devraient s'appliquer que dans la mesure où les activités en cause sont ouvertes à la concurrence, de manière à ce qu'elles n'obligent pas les États membres [...] à abolir les monopoles existants pour d'autres activités...* » (considérant 8).

Au surplus, l'article 3, § 1, de la directive « services » pose une règle générale quant aux relations de la directive avec les autres dispositions communautaires : « *Si les dispositions de la présente directive sont en conflit avec une disposition d'un autre acte communautaire régissant des aspects spécifiques de l'accès à une activité de services ou à son exercice dans des secteurs spécifiques ou pour des professions spécifiques, la disposition de l'autre acte communautaire prévaut et s'applique à ces secteurs ou professions spécifiques.* »

Et cette solution est encore confortée, relativement à la liberté d'établissement, par l'article 9, § 3, qui dispose que : « *La présente section ne s'applique pas aux aspects des régimes d'autorisation qui sont régis directement ou indirectement par d'autres instruments communautaires* ».

Il est donc acquis que, après le 28 décembre 2009 — date à laquelle la transposition de la directive « services » doit être achevée —, les États auront encore la faculté de réserver, par des règles spécifiques, l'accès à leurs plus hautes juridictions à des avocats spécialisés.

Il convient tout de même de noter que cette autorisation ne sera pas plus étendue demain qu'elle l'est aujourd'hui et que le onzième considérant de la directive sur l'établissement des avocats précise : « *il y a lieu de laisser aux États membres la faculté de réserver, par des règles spécifiques, l'accès à leurs plus hautes juridictions à des avocats spécialisés, sans faire obstacle à l'intégration des avocats des États membres qui rempliraient les conditions requises* ».

La question de savoir si la réglementation actuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation fait ou non obstacle à l'intégration des avocats des États membres qui rempliraient les conditions requises et, plus fondamentalement, celle de savoir si les avocats aux conseils sont des « avocats spécialisés » au sens de ce texte sont des questions d'ores et déjà ouvertes.

L'adoption de la directive « services » en ouvre d'autres.

## **2) La nécessité d'évaluer les exigences auxquelles est subordonné l'accès à l'activité d'avocat aux conseils**

L'activité des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation n'est, ni expressément, ni implicitement, écartée du champ d'application de la directive « services », si bien que les régimes d'autorisation qui ont été mis en place pour l'accès à cette profession doivent être appréciés à l'aune de cette directive.

Il convient de relever, en premier lieu, que l'article 2 de la directive « services », relatif à son champ d'application, n'exclut aucunement l'activité de représentation et de défense des justiciables devant les plus hautes juridictions (alors qu'il exclut, on le sait, les services fournis par les notaires et les huissiers).

S'agissant ensuite de la coordination entre la directive services et les autres actes communautaires, il faut observer que la « subsidiarité » de la directive « services » est entendue très étroitement par la Commission. Le *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, que la Commission a publié, précise en effet que « *Le simple fait que des règles régissant des aspects spécifiques d'un service particulier aient été énoncés dans un autre acte communautaire [...] ne suffit pas à conclure à l'existence d'un conflit avec une disposition de la directive « services ». Pour écarter une disposition de la directive « services », il y a lieu de démontrer qu'il existe une contradiction entre des dispositions spécifiques de ces deux instruments.* » (p. 21).

S'agissant, enfin, du champ d'application de la section I du chapitre III de la directive « services », l'article 9, § 3, précise clairement qu'elle ne s'applique pas aux « *aspects des régimes d'autorisation qui sont régis directement ou indirectement par d'autres instruments communautaires* ».

Il en résulte que, pour les aspects des régimes d'autorisation qui ne sont pas régis par d'autres instruments communautaires, il n'y a pas de contradiction entre la directive « services » et un autre acte communautaire et la directive « services » s'applique.

Le seul aspect du régime d'autorisation relatif aux avocats aux conseils qui est régi par la directive sur l'établissement des avocats est l'existence du monopole. Les autres aspects et, en particulier, l'existence d'un *numerus clausus*, ne sont pas régis par cette directive de 1998 et, par voie de conséquence, sont soumis à la directive « services ».

Il convient donc que le gouvernement détermine si ce *numerus clausus*, qui est une limite quantitative au sens de l'article 15, § 2, a, de la directive « services », satisfait aux trois conditions énoncées à l'article 15, § 3 : non-discrimination, nécessité (« *les exigences sont justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général* ») et proportionnalité (« *d'autres mesures, moins contraignantes, ne doivent pas permettre d'atteindre le même résultat* »).

Le rapport rédigé par la commission pour une grande profession du droit donne à penser qu'il pourrait être difficile de démontrer la nécessité et la proportionnalité du *numerus clausus*.

## **II - CONTRE L'« ACTE CONTRESIGNÉ PAR UN AVOCAT » ET POUR L'« ACTE SOUS SIGNATURE JURIDIQUE »**

*Le Figaro* s'est fait l'écho du dépôt, par M. Étienne BLANC, député, d'une proposition de loi tendant à instituer un « *acte contresigné par un avocat* » et à concrétiser, de la sorte, l'une des propositions formulées dans le rapport de la commission pour une grande profession du droit. Les préoccupations auxquelles cette proposition de loi vise à répondre sont réelles et légitimes, mais la création d'un « acte d'avocat » n'apparaît pas comme une réponse appropriée. L'instauration d'un « acte sous signature juridique » répondrait tout autant au souci d'accroître la sécurité juridique des justiciables et ne susciterait pas les critiques que l'on peut adresser à un acte réservé aux seuls avocats.

Chaque jour, un nombre considérable de contrats est conclu dans notre pays. Beaucoup sont constatés par écrit. Parmi ceux-ci, l'immense majorité donne lieu à l'établissement de ce que l'on appelle un acte sous seing privé (il est simplement signé par les parties) ; une petite fraction est reçue par un notaire, qui établit ce que l'on appelle un acte authentique.

La complexité de notre législation est telle que les contrats écrits sont, le plus souvent, rédigés avec l'assistance d'un professionnel du droit. Il en va ainsi, notamment, des contrats d'adhésions élaborés par les grandes entreprises qui sont ensuite imprimés à des centaines de milliers d'exemplaires. Ce qui est plus rare, en revanche, est que les deux parties bénéficient des conseils d'un professionnel du droit au moment de la conclusion de l'accord et de la signature du contrat. Et cela, même pour des actes plus importants qu'un abonnement à un journal ou la location d'une voiture.

Ce caractère relativement exceptionnel de l'intervention de conseils à l'occasion de la conclusion de conventions même importantes — comme un emprunt, un cautionnement, la location d'un logement — s'explique relativement aisément.

Celui qui a rédigé le contrat n'a rien à gagner à l'intervention d'un professionnel du droit qui fera apparaître à son cocontractant toutes les conséquences de l'opération : dans le meilleur des cas, cela retardera l'opération ; dans le pire des cas pour lui, l'opération ne se fera pas. Or, si l'opération se fait finalement, aucune conséquence ne s'attachera à l'assistance qui aura été

prodiguée au client ; sauf à faire appel à un notaire pour obtenir un acte authentique, ce qui n'est pas perçu comme une démarche simple et peu onéreuse. Il n'y a donc, pour lui, que des inconvénients et pas d'avantage.

Celui à qui l'on propose d'adhérer au contrat n'est pas non plus incité à faire appel à un professionnel du droit pour le conseiller. Le plus souvent, son interlocuteur est un commercial qui s'efforce de le convaincre qu'il faut signer tout de suite. Quant à signer un acte authentique, cela impliquerait d'être tenu par un titre exécutoire.

Les réformes adoptées jusqu'à présent pour tenter de s'assurer que le consentement des parties est éclairé — notamment en rendant obligatoires des mentions manuscrites ou en imposant des délais de réflexion ou de rétractation — ne paraissent pas avoir atteint pleinement leur objectif.

Dans ces conditions, ce serait un progrès que de mettre en place un instrument juridique qui permettrait d'assurer la pleine information des parties et auquel l'un et l'autre contractants auraient un intérêt à recourir.

En première analyse, il semblerait que l'« acte d'avocat » puisse être cet instrument.

C'est en tout cas l'objectif affiché par la commission pour une grande profession du droit qui indique, dans son rapport, que « *Dans une perspective d'accès au droit, de protection de l'acte juridique et de sécurité des individus comme des entreprises, il est apparu à la commission utile d'encourager le recours aux conseils de l'avocat à l'occasion de la négociation, de la rédaction et de la conclusion des actes sous seing privé.*

*Il est donc proposé de permettre aux parties de renforcer la valeur de l'acte sous seing privé qu'elles concluent en demandant à un avocat, pouvant ou non être commun à plusieurs d'entre elles, de le contresigner.*

*Ce contreseing [...] entraînerait deux conséquences. L'avocat l'ayant contresigné sera présumé de manière irréfragable avoir examiné cet acte, s'il ne l'a rédigé lui-même, et avoir conseillé son client et assumerait pleinement la responsabilité qui en découle. L'avocat attestera, après vérification de l'identité et de la qualité à agir de son client, que celui-ci a signé l'acte et en connaissance de cause, ce qui empêcherait celui-ci de contester ultérieurement sa signature » (p. 34 et s.).*

L'intervention de l'avocat aurait ainsi l'avantage, pour son client, de lui permettre de s'engager en connaissance de cause et, pour le cocontractant, de le placer à l'abri, pratiquement, d'une contestation de l'identité du signataire ou de la validité de son consentement. Dès lors que les deux parties auraient fréquemment un intérêt à son intervention et parce que cette intervention serait efficace, si cette intervention était en plus rapide, simple et relativement peu onéreuse il y a tout lieu de croire que l'« acte d'avocat » remporterait un grand succès.

Dans ces conditions, pourquoi un avocat est-il réservé quant à l'opportunité de cette proposition de loi ? Parce que la France s'est engagée à transposer dans notre droit la directive « services », dont l'objet est de faire disparaître les obstacles injustifiés aux activités de services et que la création d'un nouveau monopole au bénéfice d'une profession, serait-ce un nouveau monopole au profit des avocats, est en contradiction avec cet engagement. En même temps qu'on lève des obstacles, on en créerait un nouveau !

Le nouvel instrument que l'on se propose de créer a deux effets : il permet d'assurer la parfaite information des parties quant aux conséquences juridiques de l'acte qu'elles concluent et il établit l'identité de ses signataires.

Ce nouvel instrument suppose donc l'intervention d'une personne, d'une part, habilitée à

donner des consultations juridiques et à rédiger des actes sous seing privé pour autrui et, d'autre part, dont le statut justifie qu'une confiance particulière puisse être accordée à ses déclarations.

Les avocats ne sont pas les seuls à remplir ces conditions ; c'est le cas également de toutes les professions juridiques réglementées énumérées à l'article 56 de la loi du 31 décembre 1971 : les avocats aux conseils, les huissiers, les notaires...

Dès lors, il ne se justifie pas, au regard de l'intérêt des justiciables, de réserver aux seuls avocats la possibilité de contresigner un acte pour renforcer la sécurité juridique qui y est attachée. La seule raison d'être de ce monopole serait de promouvoir l'intérêt des avocats. En d'autres termes, il s'agirait de satisfaire des visées corporatistes. Les avocats souffrent suffisamment du corporatisme d'autres professions pour ne pas céder à leur tour à ses sirènes. Ne faut-il pas aller plus loin et permettre, comme en Angleterre, à toute personne choisie par les parties de contresigner l'acte ? Nous ne le pensons pas, pour cette raison déjà que l'un des objets assignés à l'intervention du contresignataire est d'informer les parties sur les conséquences juridiques de l'acte. Cela n'aurait donc pas de sens d'autoriser l'intervention d'une personne qui ne serait pas habilitée à donner des consultations juridiques.

Ne conviendrait-il pas, alors, d'ouvrir la possibilité d'apposer un tel contreseing à toute personne habilitée à donner des consultations juridiques ? Nous ne le pensons pas non plus, en raison de l'autre effet attaché à ce contreseing. L'efficacité de cet acte nouveau suppose, dans le système français de la preuve, que le juge soit lié par la déclaration du contresignataire quant à l'identité des parties ; que cette déclaration ne soit pas reçue comme un simple témoignage laissé à l'appréciation du magistrat. Il nous paraît donc nécessaire que le contreseing soit apposé par un auxiliaire de justice.

Aussi, avec d'autres, nous proposons de remplacer cet acte d'avocat par un acte sous signature juridique. Cela aurait d'ailleurs l'avantage de concourir au rapprochement entre les différentes professions du droit, ce que le chef de l'État avait demandé à la commission présidée par notre confrère Jean-Michel Darrois, au lieu de renforcer leur segmentation.

Plutôt que d'introduire un nouvel article à la suite de l'article 66-6 de la loi du 31 décembre 1971, il nous semblerait plus opportun de compléter l'article 56 de cette même loi en y ajoutant trois alinéas qui pourraient être rédigés de la façon suivante :

*« Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avocats inscrits à un barreau français, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs, les administrateurs judiciaires et les mandataires-liquidateurs disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui.*

***Ils peuvent contresigner les actes qu'ils ont concouru à rédiger ou dont ils ont vérifié la teneur.***

***Par ce contreseing, ils attestent avoir pleinement éclairé la ou les parties qu'ils conseillent sur les conséquences juridiques de cet acte. Un tel contreseing dispense la ou les parties qu'ils conseillent d'apposer sur l'acte la mention manuscrite qui aurait été sinon exigée pour établir que ce consentement était éclairé.***

***L'acte sous seing privé revêtu d'un tel contreseing est légalement tenu pour reconnu, au sens de l'article 1322 du Code civil, par la ou les parties qu'ils conseillent. »***

**Edouard de LAMAZE**