

PROFESSIONS LIBÉRALES
JURIDIQUES ET CONFLITS
D'INTÉRÊTS

Sans le citer parce que la notion n'existait pas encore, le conflit d'intérêts¹ est traité depuis longtemps par les règles applicables aux professions libérales juridiques. Lorsque l'avocat prête serment d'exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, chaque mot résonne comme une référence à tout ce qui sera de nature à éloigner le moindre risque de conflit d'intérêts. Les principes essentiels de la profession d'avocat, qui introduisent le règlement intérieur national (RIN) du Conseil national des barreaux, ajoutent aux vertus exigées par le serment le respect des principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie; il impose à ces professionnels de faire preuve, à l'égard de leurs clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence et précise (art. 1.4 du RIN) que la méconnaissance d'un seul de ces principes, règles et devoirs, constitue une faute pouvant entraîner une sanction disciplinaire.

Le notariat n'est pas en reste: lui aussi confident nécessaire de son client, lui aussi tenu au secret professionnel, le notaire doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, l'impartialité, la probité et l'information la plus complète. L'intérêt du client prime toujours (art. 3.2.1

1. Pour une bibliographie sur le sujet, cf. Dominique Schmidt, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *Recueil Dalloz*, n° 7, 24 février 2013, p. 2, note 1; *Les Conflits d'intérêts*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, t. 17, Lyon, 20 novembre 2012, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013; *Les Conflits d'intérêts: fonction et maîtrise*, colloque de la Société de législation comparée, 18 octobre 2012, Paris, SLC, coll. « Centre français de droit comparé », vol. 15, 2013.

du règlement national approuvé par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 21 juillet 2011). En introduction de ce règlement national, les principes de déontologie soulignent que le notaire est le conseil des personnes, le rédacteur impartial de leur volonté, qu'il leur fait connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent et rédige leurs engagements avec clarté, assurant ainsi la moralité et la sécurité de la vie contractuelle (art. 3.2). Chaque notaire doit, par son comportement, s'attacher à donner la meilleure image de sa profession (art. 1.2) et, afin de sauvegarder son impartialité et de respecter la clientèle de ses confrères, il ne peut rémunérer de ses deniers personnels ou de ceux de la société dont il est membre, par quelque moyen que ce soit, les membres d'autres professions avec lesquelles il collabore ou recevoir de ceux-ci une rémunération ou un avantage direct ou indirect. En résumé, sa loyauté vis-à-vis de ses clients doit être sans faille.

92

Dans le domaine du chiffre, si voisin des professions juridiques, l'approche est comparable. Le code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable (art. 141 à 169 du décret 2012-432 du 30 mars 2012) dispose que ces personnes qui se consacrent à la science et à la technique comptable (art. 142) jurent d'exercer leur profession avec conscience et probité, de respecter et faire respecter les lois dans leurs travaux (art. 143). Elles exercent leur activité avec compétence, conscience professionnelle et indépendance d'esprit, s'abstiennent, en toutes circonstances, d'agissements contraires à la probité, l'honneur et la dignité, s'attachant à donner leur avis sans égard aux souhaits de celui qui les consulte, à se prononcer avec sincérité, en toute objectivité, à ne jamais se placer dans une situation qui puisse diminuer leur libre arbitre ou faire obstacle à l'accomplissement de leurs devoirs et à ne jamais se trouver en situation de conflit d'intérêts.

L'article 21.2.1 du RIN expose en un seul mot, celui d'indépendance, comment éviter tout risque de conflit : « La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue, exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'impartialité du juge. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger le respect de la déontologie pour plaire à son client, au juge ou à des tiers. »

Conseil, rédacteur d'actes, défenseur, arbitre, consultant, auditeur, médiateur, mandataire, expert, fiduciaire ou conciliateur, le professionnel juridique libéral a toutes les armes pour se préserver des conflits d'intérêts. Faute de prévoir les conflits d'intérêts, il devra les subir.

PRÉVOIR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Pour prévoir les conflits d'intérêts, il convient d'abord d'identifier les risques de les voir apparaître, puis de faire l'inventaire des cas litigieux.

Les risques de conflits d'intérêts

Il est clair, désormais, que les textes les plus anciens évoquaient abondamment la lutte contre les conflits d'intérêts en établissant, à profusion, la liste des qualités requises par un professionnel juriste libéral pour qu'il évite le piège du conflit. En 2005, l'article 4.2 du RIN a défini les conflits d'intérêts de l'avocat, posé le principe qu'il ne doit pas y avoir de conflit d'intérêts entre l'avocat et ses clients, et souligné que ce professionnel doit éviter le risque sérieux d'un tel conflit. En termes voisins, l'article 21.3.2 du code de déontologie des avocats européens pose les mêmes exigences dans les rapports avec les clients. Le risque est d'autant plus réel qu'il ne suffit pas de l'écarter objectivement et que le temps n'est pas un facteur d'oubli.

93

L'être et le paraître

Dans les approches déontologiques des activités libérales juridiques, le professionnel est mis en garde contre tout ce qui pourrait, objectivement, altérer son jugement. Mais ceci ne suffit pas : il doit aussi veiller, avec la même rigueur, à ne pas se mettre dans une situation dans laquelle son client pourrait légitimement craindre, aujourd'hui ou plus tard, que l'indépendance du professionnel auquel il a fait appel risque d'être altérée. L'être et le paraître se rejoignent dans le vraisemblable. L'article 21.2.2 du RIN, intitulé « Confiance et intégrité », dispose que « les relations de confiance ne peuvent exister que s'il n'y a aucun doute sur l'honneur personnel, la probité et l'intégrité de l'avocat » et ajoute que, « pour l'avocat, ces vertus traditionnelles sont des obligations professionnelles ». Selon l'article 21.2.7 de ce règlement, l'intérêt du client est que, sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, l'avocat soit toujours obligé de le défendre au mieux, même par rapport à ses propres intérêts ou à ceux de ses confrères. Ainsi compris, le doute du client est permis dès que le professionnel libéral du droit se trouve ou a pu se trouver, à l'époque de son intervention, dans une situation où l'intérêt du client allait à l'encontre de son propre intérêt².

2. « C'est la situation dans laquelle l'intérêt [du professionnel] peut aller à l'encontre d'un autre intérêt [qu'il] doit soigner » (Dominique Schmidt, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », art. cité, p. 2).

Le temps et la preuve

L'indépendance des intérêts est un des principes professionnels des activités libérales mais il ne suffit pas de l'affirmer ; pour être à l'abri, il faut pouvoir le démontrer car c'est au professionnel de prouver que le comportement qu'il a eu envers son client n'a pas été altéré, lors de son intervention, par la connaissance de faits ou de situations qu'il ne pouvait pas révéler. Le risque de conflit est d'autant plus grand que le professionnel du droit, confident nécessaire de ses clients, doit veiller à ce que jamais on ne puisse le soupçonner d'avoir été influencé par des connaissances qu'il aurait acquises antérieurement et qui seraient de nature à altérer la défense légitime des intérêts de son client (art. 4.1 du RIN). S'il y a risque de conflit, le professionnel libéral du droit doit se démettre spontanément et, à défaut, il commet une faute professionnelle (art. 1.4 du RIN).

94

Il convient, dès lors, de cerner les situations de conflits dans les professions judiciaires libérales.

Les cas de conflits d'intérêts

Ces situations varient au gré de la pratique professionnelle car il ne suffit pas de respecter les règles d'interdiction d'exercice professionnelle ou celles relatives aux incompatibilités légales pour échapper au conflit. Celui-ci peut naître des courants d'affaires, des structures professionnelles ou de la nature des actes effectués.

Les courants d'affaires

Par deux arrêts du 20 octobre 2010, la Cour de cassation a dégagé la notion de courant d'affaires susceptible de porter atteinte à l'indépendance du professionnel libéral³. Certes, cette notion a été appliquée à un arbitre qui n'avait révélé ni sa désignation systématique par les sociétés d'un même groupe, ni la fréquence et la régularité de ces désignations sur une longue période, dans des contrats comparables, circonstances qui avaient créé les conditions d'un courant d'affaires. Ainsi compris, le courant d'affaires crée le conflit d'intérêts puisque l'arbitre peut chercher à encourager la fidélité de son partenaire et la permanence des revenus qu'il lui accorde au détriment d'une appréciation objective de la situation de l'autre partie. Plus généralement, le risque de conflit d'intérêts augmente en fonction de l'importance du courant et de sa révélation tardive. La combinaison de ces deux éléments ouvrira à l'ancien

3. Pourvois n° 09-68131 et 09-68997.

client d'excellentes raisons de faire valoir que, s'il avait été informé, il aurait fait le choix d'un autre conseil.

On a vu que les liens financiers directs entre des professionnels de spécialités différentes sont prohibés, mais les liens peuvent être plus intenses sans traces financières apparentes. Le phénomène mérite d'autant plus d'attention que les professions judiciaires libérales s'établissent ordinairement sur la base de réseaux de relations professionnelles, elles-mêmes fondées sur l'estime ou l'amitié, qualités qui n'excluent pas, par nature, l'intérêt de chaque partenaire. Le réseau professionnel doit demeurer ouvert pour éviter les situations de préférence ou d'exclusivité et la limite à ne pas franchir est celle qui serait de nature à créer une coopération de fait qui, en droit, serait interdite dans une société professionnelle. Le conflit né d'un courant d'affaires peut apparaître dans tous les domaines de l'activité juridique libérale, y compris dans celui de l'expertise; un expert, ordinairement désigné par un professionnel, tels une compagnie d'assurances ou un organisme de recherche ou d'évaluation, ne peut prétendre cacher cette situation pour ses autres activités, qu'il soit expert d'une partie ou expert désigné par le juge.

95

Les structures professionnelles

Les notaires comme les avocats peuvent exercer leurs activités en réseau réunissant des professionnels entre eux ou des membres de différentes professions à caractère libéral. Là où le notariat demeure elliptique au regard du risque de conflit d'intérêts qui peut résulter de ces réseaux, le barreau multiplie les mises en garde. L'usage commun d'une dénomination ou d'un signe distinctif est suffisant pour créer un réseau pluridisciplinaire dès lors qu'un intérêt économique commun existe entre ses membres ou ses correspondants (art. 16.1 du RIN). Or, même dans ce cas d'intégration légère, les règles relatives aux conflits d'intérêts doivent être appréciées au niveau de l'ensemble du réseau (art. 16.4 du RIN) et les risques de conflit d'intérêts doivent être appréciés selon les principes et les définitions de l'article 4 du RIN comme s'il s'agissait d'un groupement d'exercice de la profession. Une telle exigence impose aux professionnels une surveillance constante des risques de conflit d'intérêts. En l'état actuel des textes déontologiques, les exigences posées sont d'interprétation délicate et donc sources d'incertitudes. La référence faite au respect du secret professionnel est justifiée mais il est difficile de comprendre, à la lecture de ces règles, si un conflit d'intérêts peut être évité par des mesures de nature à préserver le secret professionnel au sein de la structure ou si, en dépit de ces précautions, le conflit impose, dans tous les cas, le retrait du professionnel.

Les activités conflictuelles

Le droit né de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme oblige à pratiquer une analyse concrète des situations pour apprécier les risques de conflits. Le principe inquisitorial qui consacrait le pouvoir du juge d'instruction de mener son enquête à charge et à décharge a laissé place à une approche réaliste du rôle du professionnel. Si le juge d'instruction doit, comme tout agent public, demeurer objectif, il ne peut, dans le même temps, se comporter à la fois en accusateur et en défenseur de la personne à propos de laquelle il conduit l'enquête. L'approche de ces deux fonctions d'accusation et de défense est si antinomique qu'une même personne ne peut prétendre y parvenir. Cette analyse concrète a conduit les avocats à retenir qu'il y a conflit d'intérêts dans la fonction de conseil lorsque l'avocat ne peut mener sa mission sans compromettre les intérêts d'une partie (art. 4.2 du RIN). De même, la défense conjointe ne peut s'exercer si elle conduit à présenter une argumentation différente pour chaque client ou à tendre à des finalités différentes selon le client (*idem*).

S'il a été rédacteur unique d'un acte en qualité de conseil de toutes les parties à l'acte, l'avocat ne peut pas agir ou défendre sur la validité, l'exécution ou l'interprétation de l'acte, sauf si la contestation émane d'un tiers (art. 7.3 du RIN). Mais il en est différemment, selon le même règlement, si, rédacteur unique de l'acte, il n'a pas été le conseil de toutes les parties ou s'il a participé à la rédaction sans en être le rédacteur unique (*idem*). Cette règle professionnelle part de l'idée que l'acte ne comporte aucune erreur ou malfaçon. Or, si tel n'est pas le cas, le conflit d'intérêts sera manifeste dès lors que l'avocat, dans le conseil comme dans la défense, a tout intérêt à ne pas soutenir des moyens qui feraient état de ses erreurs de rédaction ou des malfaçons de l'acte.

L'avocat demeurant soumis, dans l'accomplissement de ses missions, aux principes essentiels de son serment, il doit tout particulièrement s'assurer de son indépendance (art. 6.2 du RIN). Il en résulte qu'en cas de risque de contestation sur la valeur d'un acte à la rédaction duquel il a participé, il devra, par dérogation à la règle précédente, se retirer du litige né de l'interprétation ou de l'application de cet acte. Le code de déontologie des avocats européens rappelle (art. 21.2.7), on l'a vu, que l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client, même par rapport à ses propres intérêts. Par principe, le professionnel juridique libéral doit ainsi agir pour éviter tout conflit d'intérêts.

Le double conseil, c'est-à-dire le conseil donné simultanément à deux

parties, doit faire l'objet d'un soin tout particulier du professionnel juridique libéral, notamment de l'avocat ou du notaire. Bien des consultations s'engagent dans un sentiment partagé de saine curiosité de la part des clients avant de révéler, entre-eux, des antagonismes insurmontables. Faute de l'avoir prévu, le professionnel devra se retirer de la totalité de la cause ou du dossier sans pouvoir conserver l'une des parties au détriment de l'autre, dès lors qu'il aura reçu des confidences des deux consultants.

Les activités d'audit constituent, elles aussi, des sources de conflits d'intérêts. Chacun s'accorde à admettre que l'auditeur ne peut pas être ou devenir le conseil de son client. Si le commissaire aux comptes peut avoir des activités d'audit et de conseil au sein du même cabinet, ce ne sera jamais au profit des mêmes entreprises. Mais les missions complémentaires d'un audit, telles les « dues diligences » effectuées moyennant des honoraires supplémentaires, irritent les professions du conseil financier indépendant qui invitent les pouvoirs publics, notamment le Haut conseil au commissariat aux comptes, à « revisiter » la liste de ces missions⁴.

97

SUBIR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Ainsi, le conflit, qui ne devrait qu'être exceptionnel, est très fréquent.

Le traitement des conflits d'intérêts

Si le conflit survient, le traitement peut venir soit du client, soit du professionnel. Mais, dans les deux cas, c'est la vigilance du professionnel qui est le meilleur garant de la solution.

La déclaration d'indépendance acceptée

Dès que le professionnel a détecté l'existence d'un conflit d'intérêts, il lui suffit d'en informer le client et de solliciter son accord pour que le conflit soit réglé. En déclarant la réalité ou seulement le risque de conflit, le professionnel provoque l'accord éclairé de son client. La déclaration d'indépendance est ainsi devenue le premier instrument de la démarche du professionnel, préalable à l'accord éventuel du client. Si ce dernier donne son accord à la poursuite de la mission du professionnel, cette autorisation, donnée en pleine connaissance de cause, va supprimer définitivement le conflit.

4. « Haro contre les missions de conseil liées à l'audit légal », *Les Échos*, 15 juillet 2013.

Le paradoxe provient de ce que le professionnel, qui est tenu au secret professionnel vis-à-vis de quiconque, se doit de lever un pan du voile sur ses activités antérieures, présentes ou même futures. L'exercice suppose que le professionnel fournisse suffisamment de précisions pour que le client soit éclairé sans pour autant qu'il soit possible d'identifier les personnes ou les situations susceptibles de créer un conflit d'intérêts. Les arbitres se livrent régulièrement à ces déclarations, en dépit du secret qui s'attache à la procédure arbitrale et aux sentences, et on ne saurait les obliger à fournir la liste de leurs relations ou de leurs activités. Parfois, comme en matière d'arbitrage, une instance de recours tranche l'éventuel désaccord entre le professionnel et le client mais, généralement, ce dernier est totalement libre de donner ou de refuser son accord.

98 Certains professionnels se retranchent derrière le secret pour refuser d'enrichir comme il se doit leur déclaration d'indépendance. Ce calcul est dangereux : d'un côté, il est aisé de révéler ce qui doit être connu sans porter atteinte au secret des affaires car il suffit de dire qu'il y a eu ou qu'il y aura des relations professionnelles avec telle ou telle personne, ou telle ou telle entreprise, sans autre précision ; de l'autre, si la révélation de ces relations parvient ultérieurement au client, le professionnel fragilise l'opération par son fait et engage sa responsabilité.

Le retrait du professionnel

À défaut d'accord du client, le traitement du conflit d'intérêts dans les professions libérales juridiques est très simple ; il suffit que le professionnel se retire de la relation avec son client pour que disparaisse la difficulté. Si le conflit a été anticipé ou détecté dès sa survenance, le dommage sera inexistant. Ceci suppose que le professionnel agisse avec promptitude, soit spontanément, soit à l'incitation de son client.

Les instances professionnelles ont, en ce domaine, un rôle important à jouer, à la condition qu'elles soient saisies avec diligence soit par le professionnel, soit par le client. Elles peuvent même se saisir d'office.

Une difficulté provient en cas de retrait tardif ou partiel du professionnel. Ce dernier peut avoir utilisé les informations collectées au détriment de l'intérêt du client. Il peut aussi souhaiter conserver certains clients après avoir refusé les autres, dans la même cause. Le conflit perdurera alors, comme le risque d'atteinte aux intérêts de son ancien client. La prudence commande un retrait total du professionnel et l'achèvement définitif de ses interventions à l'égard de toutes les parties, qu'il s'agisse d'un procès, d'un conseil ou de l'application d'une convention.

La sanction des conflits d'intérêts

La sanction est double; selon le cas, elle peut toucher le professionnel ou l'opération, voire l'un et l'autre.

Le professionnel juridique libéral encourt des sanctions disciplinaires pour manquement aux principes essentiels de son activité. Il engage sa responsabilité civile professionnelle et peut être tenu à réparation pour le préjudice causé. S'il est intervenu en qualité de mandataire, son infidélité vis-à-vis de son mandant ou ses manquements fautifs peuvent donner lieu à des dommages-intérêts. La sanction peut, dans les cas les plus graves, relever de la juridiction pénale si la violation de l'intérêt du client a pris la forme de manœuvres frauduleuses ou d'abus de confiance.

L'acte lui-même peut être atteint si le vice né du conflit porte sur les conditions de sa création, par exemple si le consentement de la partie à la convention n'a pas été éclairé. L'acte peut être entaché d'erreur ou de dol du fait de la tromperie organisée par le professionnel. Il se peut aussi que l'opération se trouve privée de cause, mais une telle sanction annihilant les effets de l'opération sera difficile à obtenir dès lors que l'utilité de l'opération paraît suffisante.

99

*

Les professions juridiques libérales étant des professions réglementées, elles devraient demeurer à l'abri de la survenance de conflits d'intérêts dès lors que les principes fondamentaux de leur déontologie sont respectés. Mais si la combinaison des structures professionnelles et la permanence, dans le temps, des effets du secret professionnel sont de nature à susciter de tels conflits, les règles de probité permettent de surmonter aisément les situations conflictuelles dès lors que les membres des professions comme les instances professionnelles demeurent vigilants.

R É S U M É

Les règles déontologiques posées à l'égard des professions juridiques libérales, toutes réglementées, sont de nature à éviter les conflits d'intérêts dans l'exercice indépendant des activités. Pourtant, lorsque ces conflits se présentent, il convient de les identifier et d'en mesurer les risques pour les traiter sans encourir de sanctions.