

« Une règle fondamentale réside en ce que l'avocat
« ne peut mettre en œuvre des intérêts opposés. Elle
« est claire dans le contentieux où s'affrontent des
« adversaires, beaucoup moins dans la rédaction des
« actes. »¹

Acte d'avocat : contreseing et conflit d'intérêts

Arnaud Lizop

Avocat au barreau de Paris

Membre de la Commission des règles et usages du C.N.B.

Jean Villacèque

Avocat au barreau des Pyrénées-Orientales, ancien bâtonnier

Professeur associé (HDR) à l'université de Perpignan *Via Domitia*

Co-directeur du master de droit des procédures

I – Le conflit d'intérêts et la formation de l'acte.....	2
A/ Les éléments de prévention	2
B/ Les règles d'élaboration	3
II - Le conflit d'intérêt et le contentieux affectant l'acte	4
A/ La contestation de la validité de l'acte	5
B/ La contestation de la portée de l'acte	5

Si la profession d'avocat s'est vu récemment confier par le législateur des champs d'activité inédits² tant judiciaires (procédure participative³, postulation devant la cour d'appel⁴) que juridiques (fiduciaire⁵ agent sportif⁶), ce qu'il est convenu d'appeler « Acte d'avocat », ne constitue pas une véritable nouveauté. En effet ce n'est pas d'aujourd'hui que les avocats conseillent les parties pour rédiger actes sous-seing privé ou transactions, souvent en tenant eux-mêmes la plume ; pourtant, si le barreau est à l'origine de la loi du 28 mars 2011⁷, c'est pour donner plus de sécurité juridique, avec ce « marqueur de qualité »⁸, à cette ancienne pratique.

Le nouvel art. 66-3-1 ajouté à la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971, démontre l'étendue du changement : « 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 ». Ainsi apparaît la portée du contreseing de l'avocat et, par là même, les obligations professionnelles qui en découlent. La rédaction d'actes par les membres du barreau désormais officialisée doit s'envisager à l'aune de la déontologie, spécialement sous l'angle du risque de conflit d'intérêts, balisé notamment par l'obligation de loyauté et le strict respect du secret

¹ R. Martin, *Déontologie de l'avocat*, Litec, 10e éd. 2008, § 89, p. 42.

² C. Bléry, « L'avocat nouveau est arrivé », *Procédures* 2011, n° 5, p. 3

³ Loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010, « La Convention de procédure participative, un pacte de non-agression à durée déterminée », *JCP* 2011. 70, p.154, entretien H. Poivey-Leclercq.

⁴ Loi 2011-94 du 25 janv. 2011, supprimant les avoués : J. Villacèque, « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel : la technique et les hommes, paradoxe d'une réforme », *D.* 2010. chron. 663.

⁵ Ord. 2009-112 du 30 janv. 2009.

⁶ Loi 2011-331 du 28 mars 2011, introduisant un art. 6 *ter* dans la loi 71-1130 du 31 déc. 1971.

⁷ Art. 3 codifié dans la loi du 31 déc. 1971 : art. 66-3-1, 66-3-2 et 66-3-3.

⁸ C. Jamin, « L'acte d'avocat », *D* 2011, p. 960

professionnel⁹. Les principes sont généraux, mais leur mise en œuvre en droit de la famille, à raison des intérêts en jeu, sera plus encore entourée de prudence, de délicatesse et d'humanité.

Par rapport aux termes du serment qui énonce des vertus à observer, le conflit d'intérêts renvoie à ce qu'il convient de ne pas faire, en quelque sorte un principe « négatif »¹⁰. C'est pourtant parce qu'il aura un comportement déontologique irréprochable que l'avocat inspirera la confiance de la pratique. En effet, les règles éthiques ne sont pas un carcan, mais une garantie, non seulement pour l'avocat et ses clients¹¹, mais plus largement encore dans le monde des affaires¹². Déjà l'art. 7 du Règlement Intérieur National (RIN) sur la rédaction d'actes a tracé le chemin et ses dispositions s'appliquent évidemment pour le contresing de l'avocat. Si les choses seront différentes selon qu'il y aura rédacteur unique ou que les parties seront chacune assistées et conseillées, la règle à suivre consistera à s'entourer de strictes précautions lors de la régularisation de l'acte (1^{re} partie) et avoir conscience de limites, voire d'interdictions déontologiques dans l'hypothèse de sa mise en cause ultérieure (2^e partie).

I – Le conflit d'intérêts et la formation de l'acte

L'avocat rédacteur ou conseil de l'acte qu'il contresignera doit faire preuve d'une grande vigilance, laquelle sera singulièrement renforcée s'il intervient pour l'ensemble des parties contractantes. Dans tous les cas, après s'être assuré du caractère licite de l'opération (surtout en droit de la famille, protégé par l'ordre public) il lui faudra suivre les art. 7 et suivants du RIN, les dispositions des nouveaux art. 66-3-1, 66-3-2, 66-3-3 de la loi de 1971 et mettre en œuvre un strict *modus operandi*, c'est-à-dire une technique destinée à prévenir les conflits d'intérêts et formaliser l'acte en des termes qui donneront aux parties le maximum de sécurité juridique.

A/ Les éléments de prévention

Le premier devoir de l'avocat intervenant à l'acte est de l'ordre passif : écouter attentivement les parties et regarder le but qu'elles poursuivent. En même temps, qu'éviter d'en subir les exigences, c'est aussi s'assurer de leur confiance. Quand l'avocat intervient seul, il devra gagner celle du client qui ne l'a pas initialement choisi ... en commençant par lui indiquer qu'il peut parfaitement se faire assister d'un de ses confrères. C'est là l'obligation préalable fondamentale : montrer que les co-contractants disposent d'une pleine liberté de choix et que nul ne peut être contraint à en passer par l'avocat unique, celui de l'autre.

C'est pourquoi on ne saurait sous-estimer la période des pourparlers dans laquelle les parties devront recevoir une information complète, loyale et objective sur le contenu de l'acte et sa portée. Au besoin seront proposées, des clauses différentes, des variantes dans la rédaction, afin de permettre une véritable discussion éclairée. En effet, sous des volontés concordantes, existent des intérêts distincts ; pour rapprocher les parties, il faut obtenir des concessions réciproques, avec autant de doigté que de persuasion.

Si plusieurs parties sollicitent le contresing d'un seul avocat, le rôle de ce dernier change sensiblement : il ne tient plus seulement la plume, mais il s'empare d'un balancier et sa mission s'en trouvera marquée par la recherche constante d'un équilibre parfois difficile. On

⁹ D. Landry, « L'avocat et le conflit d'intérêts », JCP G 2011, prat. 605

¹⁰ J. Moret-Bailly, « Définir les conflits d'intérêts », D 2011. Chron. 1100.

¹¹ J. Villacèque, « Le point de vue de l'avocat », in *Les déontologies des professions du droit : quel avenir ? Droit interne, Droit comparé*, XXVI^e Colloque des I.E.J., Montpellier 2009, Lamy Axe Droit, § 225, p. 114.

¹² Ph. le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Essai*, Dalloz Dunod.

sait qu'il peut y avoir tentation « de glisser vers la préférence d'une des parties »¹³ : c'est là un risque évident de conflit d'intérêts. Aussi la prudence conduira souvent à refuser l'intervention solitaire. C'était déjà le cas pour les conventions de divorce par consentement mutuel, rédigées par avocat (sauf patrimoine immobilier liquidé par acte notarié). Il est difficile d'être l'avocat des deux époux, surtout depuis la dernière réforme¹⁴, qui a tellement allégé et accéléré la procédure, que le consentement des parties ou de l'une d'elle en est parfois compromis...

Mais ce n'est pas tout de prévenir, il faut aussi voir plus loin, anticiper. La signature de l'avocat a cette particularité de ne pas seulement refléter un moment précis. L'auteur d'un contreseing ne peut, comme d'ailleurs le notaire pour un acte authentique, être le simple dépositaire d'un instantané juridique, figeant le contour des droits et des devoirs. En effet dans un grand nombre de cas, l'acte n'a pas seulement pour objet de se borner à fixer une situation, mais de prévoir les conséquences prévisibles d'un accord contractuel. Par exemple un PACS ou une convention de concubinage, unions par essence précaires où le rédacteur d'aujourd'hui peut être le liquidateur de demain !

C'est donc à l'aune de ce devoir d'anticipation que l'avocat signataire de l'acte doit, dans sa mission de conseil et/ou de rédacteur, imaginer l'évolution possible et déterminer le danger d'un conflit d'intérêts en puissance. Cette vigilance est d'autant plus nécessaire que comme l'écrit Ernest Junger, « il est plus difficile de ralentir que d'accélérer » : un avocat qui intervient à un acte peut, du fait même de la dynamique de cette convention, se trouver ultérieurement dans une situation de conflit qui n'existait pas *ab initio*, d'où des difficultés pour poursuivre sa mission.

Si cette prudence initiale peut, parfois, être tempérée en droit commercial parce que les parties sont censées avoir en commun une même « syntaxe des affaires », il ne peut en être de même en droit des personnes surtout lorsque l'écart entre les générations accentue la divergence des regards portés sur la situation qu'ont en partage les membres d'une même famille.

La réforme en profondeur du régime applicable aux majeurs vulnérables¹⁵ codifié sous les articles 414 à 495-9 du code civil, instaure de nouvelles procédures. Leur objet est notamment d'anticiper les difficultés inhérentes à l'âge (mandat de protection futur) et de réformer les moyens de protection de la personne (mesure d'accompagnement judiciaire des art. 477 à 494). A chaque étape de l'arsenal juridique ainsi mis en place, les membres du barreau ont vocation à intervenir par leurs conseils et par les « actes d'avocat » auxquels ils prêtent leur concours et leur signature.

Cette matière est au carrefour de l'intérêt de la personne, dont la capacité de discernement est évolutive et des autres membres de la famille dont les intérêts peuvent diverger. L'acte d'avocat doit alors, par sa clarté, être une boussole qui permet à ses signataires de traverser le maquis d'intérêts parfois contraires, sans s'y perdre.

B/ Les règles d'élaboration

La rédaction de l'acte doit refléter les précautions prises pour l'accomplissement des exigences déontologiques¹⁶. On veillera donc à y faire figurer *expressis verbis* les circonstances de la saisine ainsi que les vérifications effectuées, notamment quant à l'identité

¹³ R. Martin, *op.cit.*, § 89, p. 42.

¹⁴ Loi 2004-439 du 26 mai 2004

¹⁵ Loi 2007-308 du 5 mars 2007

¹⁶ H.Ader, A. Damien, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz 13^e éd. 2011/2012, § 41.63, p. 414.

et la capacité des parties (en annexant éventuellement le pouvoir donné à un gérant, la procuration à un mandataire...) ; en cas de rature ou de surcharge, elles seront soigneusement approuvées en marge et dénombrées en fin d'acte, avant ratification.

La question de la présence des parties doit naturellement être confrontée à la généralisation des pratiques actuelles. Le recours de plus en plus fréquent à la visioconférence (plus fréquent il est vrai, en droit des affaires qu'en droit de la famille) doit ainsi permettre de considérer que les parties et leur (s) conseil (s) sont bien présents à l'acte, sinon *in situ*, du moins par relais audiovisuel : dans les deux cas, il y a présence réelle et concomitante. La signature électronique consacrée par l'alinéa 2 de l'art. 1316-4 c. civ., sera sécurisée par cryptage selon les strictes dispositions du décret 2001-272 du 30 mars 2001.¹⁷

La difficulté peut se poser de savoir si un avocat peut apposer son contresign sur un acte dont il aura d'abord donné lecture à une partie, ensuite à l'autre, après avoir conseillé les deux. On soulignera que la présence simultanée est préférable : on sait trop qu'à la conclusion de l'acte parfois surgissent d'ultimes questions non abordées jusque-là ou laissées tapies dans l'ombre et qui, à ce moment crucial, se manifestent tout à coup. L'avocat encourt donc le risque en donnant à l'un des réponses à une question posée, alors que l'autre a déjà donné son consentement, de se trouver, sans avoir pu le prévoir, en situation de conflit d'intérêts avéré ou potentiel entre les parties conseillées.

Ne serait-il pas prudent d'effectuer toujours une lecture de l'acte à haute voix, mention de cette formalité étant bien entendu portée dans le document ? C'est encore un moyen de participer à l'obligation d'information des parties avant de leur demander de ratifier l'accord. On veillera à libeller le texte d'une manière claire et en termes précis et non ambigus, le style du juriste ne pouvant être fait d'approximations.¹⁸

Non seulement la conservation de l'acte est indispensable, mais on peut conseiller de garder aussi les documents préparatoires qui peuvent avoir un rôle déterminant pour sonder non pas tant les cœurs et les reins, mais les mémoires et les intentions, une fois la ratification intervenue. Tel le notaire, l'avocat gardera un exemplaire de la convention dans un minutier, étant précisé que le barreau devrait proposer un mode de conservation centralisée par voie électronique¹⁹, en préservant le secret professionnel.

Mais malgré toutes ces précautions, on ne peut exclure les difficultés ultérieures.

II - Le conflit d'intérêt et le contentieux affectant l'acte

En cas de contestation, l'avocat contresignataire de l'acte auquel il aura donné son autorité, verra son rôle réactivé. La nécessaire distance qu'il aura gardée à l'égard des parties lors de la ratification de l'acte devrait éloigner tout risque de conflit d'intérêts et rehausser d'autant le crédit qu'il aura alors acquis. Mais ce qui a été conclu dans la concorde peut être dénoncé ultérieurement, une des parties pouvant estimer avoir été trompée ou accusant son co-contractant de ne pas respecter ses engagements : le droit de la famille est souvent passionnel ! L'acte peut donc connaître un contentieux, non seulement sur son contenu, mais aussi sur sa portée. Il s'agit là d'une situation de nature à révéler des risques de conflits d'intérêts.

¹⁷ I. de Lamberterie et J.-F. Blanchette, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique », JCP E 2001, 1269.

¹⁸ A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses 1997, chap. XXVIII, p. 264, § 274 et s. ; A. Bénabent, « La justesse par le verbe : Jean Carbonnier », D. 2010. 2443 ; J. Villacèque, « La motivation préparatoire des décisions de justice », in *La motivation*, Colloque faculté de droit de Montpellier déc. 2010, Lamy à paraître.

¹⁹ M. Benichou, « Acte contresigné par l'avocat en questions », JCP 2011, n° 437, p. 722.

A/ La contestation de la validité de l'acte

Si celle-ci émane d'un tiers, les choses sont simples. Ainsi par exemple, le bailleur principal qui attaquerait la régularité d'un contrat de sous-location (familiale ou non), rédigé par un seul et même avocat : celui-ci pourrait intervenir sans difficulté pour être le défenseur de ses clients à l'acte, dont les intérêts sont communs face à la contestation.²⁰

Toutefois la question est plus épineuse s'il s'agit d'un contentieux élevé par l'une des parties contractantes. Quand l'avocat est rédacteur unique et conseil de toutes les parties, l'alinéa 3 de l'art. 7.3 du RIN donne une réponse qui n'est pas susceptible d'interprétation : « Il ne peut agir ou défendre sur la validité, l'exécution ou l'interprétation de l'acte qu'il a rédigé. » On ne saurait mieux dire.

En revanche, dans le cas contraire, s'il ne lui est pas interdit de plaider pour son propre client, sa position sera-t-elle confortable ? Il ne faut en effet pas oublier que la loi nouvelle manifeste la confiance de l'État vis-à-vis des avocats « pour leur conférer le statut de témoins privilégiés d'un acte à la sécurité duquel ils contribuent »²¹ ; c'est dire l'étendue de leur responsabilité tant civile que déontologique.

Si, en effet, les règles de sauvegarde ou de bonne pratique n'ont pas été clairement suivies et énoncées, l'avocat risque de se trouver entraîné sur un toboggan, dans une inévitable situation de conflit d'intérêts. À supposer que le juge mette l'acte à néant, ou en annule certaines des clauses, l'avocat pourrait voir sa responsabilité engagée : « l'obligation de conseil en matière de rédaction d'acte est d'une intensité plus grande, dans la mesure où l'avocat doit son conseil à toutes les parties à l'acte (...) le conseil donné couvrira tous les aspects de l'acte projeté : ses conditions de validité, les mesures de protection à prendre par les parties, l'effet des clauses projetées (par exemple fiscales), les risques de l'opération... »²². Chacun sait que, dans ce domaine, la jurisprudence est extrêmement stricte, comparable maintenant à celle concernant la responsabilité des notaires²³ ; surtout quand l'avocat est rédacteur unique d'un acte²⁴. Au plan déontologique et du droit de la famille, on rapprochera cette situation des difficultés que pose le contentieux après divorce par consentement mutuel, lorsque l'avocat initial des deux époux prétend intervenir pour l'un et contre l'autre²⁵.

Les plus grandes précautions seront prises avant de conseiller la rédaction d'un testament olographe puis de le contre signer surtout si son auteur est âgé ou malade (un certificat médical justifiant de la santé mentale du testateur sera fort utile). On sait trop que ceux qui voient leur échapper une succession convoitée, tentent d'attaquer les dernières dispositions du *de cujus* !

Mais le plus souvent, ce n'est pas l'acte lui-même qui sera mis en cause, mais seulement une de ses clauses, ou le mauvais usage qu'en ferait une partie.

B/ La contestation de la portée de l'acte

²⁰ H. Ader, A. Damien, *op.cit.* § 38.33, p. 347.

²¹ C. Jamin, JCP 2011, doct. 468, « Avocats » § 13.

²² J. Julien, S. Davy, « La responsabilité professionnelle de l'avocat », in *Droit et déontologie de la profession d'Avocat*, B. Beigner, B. Blanchard, J. Villacèque (Dir.) chap. X, § 343, p.407.

²³ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 8e éd. 2010-2011, § 4981, p. 1237.

²⁴ Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, n° 07-18.142, D 2009. 706, note C. Jamin.

²⁵ Pour un exemple récent : CA Caen 25 juin 2010, Gaz. Pal. 12-16 nov. 2010, p. 15 n. A. Lizop et J. Villacèque

L'alinéa 3 de l'art. 7.3 du RIN, on l'a vu, pose à bon droit, une interdiction générale pour le rédacteur unique, conseil de toutes les parties. En effet, ce n'est pas parce que la contestation est plus limitée que le conflit d'intérêts est exclu... Faut-il cependant distinguer l'hypothèse où la contestation concerne un manquement de la partie contractante ? là ce n'est pas, en principe, la rédaction ou le conseil de l'avocat qui sont en cause, mais le manquement d'une partie à ses obligations, tentant de s'y soustraire ou de les dénaturer. Pour autant l'avocat unique s'abstiendra d'intervenir.

Si, au contraire, l'un des cocontractants prétend s'affranchir d'une clause au motif qu'elle est mal rédigée, ambiguë, peu claire ou imprécise et que sa revendication aboutit devant le juge, l'avocat mauvais rédacteur et/ou mauvais conseil pourra voir engager sa responsabilité civile professionnelle et peut-être encourir les foudres disciplinaires.

En toutes hypothèses, la défense du client assisté lors de l'acte présente des difficultés du point de vue d'un manquement au principe traditionnel de délicatesse. Si, en effet, l'avocat d'une partie engage une procédure en interprétation de l'acte, ne reconnaît-il pas par là qu'il a manqué de vigilance lors de sa rédaction ? Quant à celui qui plaidera en défense il ne sera en paix que si le juge rejette la demande. Il pourra alors triompher en démontrant que la clause qu'il avait sinon rédigée, du moins approuvée, était inattaquable. Dans le cas contraire, il sera défait, avec les risques qui en découlent.

Comment ne pas voir qu'un avocat qui va plaider pour ou contre une interprétation de l'acte auquel il aura participé serait « juge et partie » ? L'un va, en effet, attaquer ce qu'il a rédigé ou approuvé, l'autre va, au contraire, le défendre : dans tous les cas, l'enjeu personnel est au-delà de son propre client. On conclura en conseillant la plus grande réserve à tout avocat tenté d'intervenir dans le contentieux d'un acte dont a il a été rédacteur ou conseil, et particulièrement en droit de la famille, matière sensible s'il en est : là aussi le principe de précaution est le bon. La crédibilité est à ce prix ; un nouveau défenseur aura plus d'autorité devant le juge, parce que n'étant en rien dans la formalisation de l'acte, il en défendra ou critiquera le contenu avec davantage de pertinence, d'objectivité et surtout d'indépendance : c'est là certainement le meilleur choix.

Les notaires ne peuvent instrumenter en cas d'intérêt direct ou indirect à l'acte²⁶. Les avocats feront de même mais la différence essentielle entre ces praticiens, c'est que l'avocat peut, de rédacteur devenir défenseur. Dans ces conditions une vigilance accrue vis-à-vis du conflit d'intérêts sera, pour le barreau une fidèle boussole. Plus grande sera la morale professionnelle, plus assurée la réussite de l'acte d'avocat²⁷, pratique ancienne, désormais renouvelé, « *nova et vetera* »²⁸...

Arnaud Lizop

Avocat au barreau de Paris

Membre de la Commission des règles et usages du C.N.B.

Jean Villacèque

Avocat au barreau des Pyrénées-Orientales, ancien bâtonnier

Professeur associé (HDR) à l'université de Perpignan *Via Domitia*

Co-directeur du master de droit des procédures

²⁶ Art. 2 du décret 71-941 du 26 nov. 1971.

²⁷ P. Michaud, « Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ? », Gaz. Pal. 27-29 mars 2011, p. 10 ; H. Letellier, « L'acte d'avocat : c'est parti », D 2011, Entretien, p. 1208

²⁸ Matthieu XIII, 52.