

BGE 145 IV 218

Bundesgericht (BGE), 2019-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_145 IV 218](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_145_IV_218)

FR: ATF 145 IV 218

IT: DTF 145 IV 218

Regeste

Regeste Art. 12 lit. c BGFA; Vertretungsverbot; Interessenkonflikt im Falle eines Wechsels der Kanzlei durch einen mitarbeitenden Anwalt. Das durch einen Interessenkonflikt verursachte Hindernis eines Anwalts, jemanden zu vertreten, erstreckt sich grundsätzlich auch auf alle Anwälte, die zum Zeitpunkt der Begründung des Mandatsverhältnisses in der gleichen Kanzlei tätig sind, und zwar unabhängig vom Status der Anwälte (Partner oder mitarbeitende Anwälte; E. 2.2). Ein Interessenkonflikt kann auch entstehen, wenn ein mitarbeitender Anwalt die Kanzlei wechselt (E. 2.2). Dass Letzterer aufgrund seines vorherigen Arbeitsverhältnisses Kenntnis von einem Dossier hat, welches vom neuen Arbeitgeber betreut wird, ist ein entscheidendes Element für die Bejahung eines konkreten Interessenkonflikts, der vermieden werden kann, indem der neue Arbeitgeber das Mandat niederlegt (E. 2.3). Insoweit unzureichend ist hingegen die Errichtung organisatorischer Barrieren oder Abschottungen ("chinese walls") durch die neue Kanzlei (E. 2.4).

Erwägungen

E. 2

Les recourants reprochent à l'autorité précédente une violation de l' art. 12 let . c de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61); elle aurait ainsi à tort considéré qu'il existerait un risque concret de conflit d'intérêts. Selon les recourants, les mesures d'organisation internes prises à cet égard et le statut de collaboratrice de l'avocate en cause - employée également à ce titre dans l'étude ayant précédemment défendu l'intimé - permettraient d'exclure un tel danger. Se référant aux art. 107 al. 1 let . c, 127 al. 1 CPP et 29 Cst., les recourants se prévalent encore d'une violation de leur droit d'être entendus sous l'angle de celui du droit d'être assistés, ainsi que de choisir ses représentants. Ils reconnaissent cependant que ce droit peut être restreint en présence d'une base légale (art. 62 CPP), d'un intérêt public et en respect du principe de proportionnalité; si la réalisation des deux premières conditions n'est pas contestée, la troisième ne serait en revanche pas remplie puisqu'il existerait des mesures moins incisives que l'interdiction de plaider.

E. 2.1

Parmi les règles professionnelles que doit respecter l'avocat, l' art. 12 let . c LLCA prévoit qu'il doit éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé. L'interdiction de plaider en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat (arrêt 2C_898/2018 du 30 janvier BGE 145 IV 218 S. 222 2019 consid. 5.2). Elle est en lien avec la clause générale de l' art. 12 let. a LLCA - selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence -, avec l'obligation d'indépendance figurant à l' art. 12 let. b LLCA (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 p. 260; ATF 134 II 108 consid. 3 p. 110), ainsi qu'avec l' art. 13 LLCA

relatif au secret professionnel (arrêt 2A.310/2006 du 21 novembre 2006 consid. 6.2; BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, t. I [ci-après: La profession d'avocat, t. I], 2 e éd. 2016, ad VII/A/1/c p. 114 ss; le même, Le consentement du client et les chinese walls [ci-après: Le consentement], SJZ 111/2015 n. 16/17 p. 409, ad III/A et B p. 411 s.). Le Tribunal fédéral a souvent rappelé que l'avocat a notamment le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois, car il n'est alors plus en mesure de respecter pleinement son obligation de fidélité et son devoir de diligence envers chacun de ses clients (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 p. 260 et les références citées; récemment, arrêt 2C_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2). Les règles susmentionnées visent avant tout à protéger les intérêts des clients de l'avocat, en leur garantissant une défense exempte de conflit d'intérêts. Elles tendent également à garantir la bonne marche du procès, en particulier en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'un de ses clients - notamment en cas de défense multiple -, respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse acquises lors d'un mandat antérieur au détriment de celle-ci (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 p. 260). Les critères suivants peuvent permettre de déterminer l'existence ou non de mandats opposés dans un cas concret: l'écoulement du temps entre deux mandats, la connexité (factuelle et/ou juridique) de ceux-ci, la portée du premier mandat - à savoir son importance et sa durée -, les connaissances acquises par l'avocat dans l'exercice du premier mandat, ainsi que la persistance d'une relation de confiance avec l'ancien client (arrêt 2A.535/2005 du 17 février 2006 consid. 3.2; GRODECKI/JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, SJ 2015 II p. 107, n. V/b p. 114; WALTER FELLMANN, in Kommentar zum Anwaltsgesetz [ci-après: Kommentar], Fellmann/Zindel [éd.], 2 e éd. 2011, n os 109 s. ad art. 12 LLCA ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 1440 p. 589; MICHEL VALTICOS, in Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2009, n° 175 ad art. 12 LLCA). Le devoir de fidélité exclut a fortiori que BGE 145 IV 218 S. 223 l'avocat procède contre un client actuel (ATF 134 II 108 consid. 5.2 p. 115). Il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner des conflits d'intérêts. Un risque purement abstrait ou théorique ne suffit pas, le risque doit être concret. Il n'est toutefois pas nécessaire que le danger concret se soit réalisé et que l'avocat ait déjà exécuté son mandat de façon critiquable ou en défaveur de son client (arrêts 1B_59/2018 du 31 mai 2018 consid. 2.4; 1B_20/2017 du 23 février 2017 consid. 3.1). Dès que le conflit d'intérêts survient, l'avocat doit mettre fin à la représentation (ATF 135 II 145 consid. 9.1 p. 154 s.; ATF 134 II 108 consid. 4.2.1 p. 112). Il y a notamment violation de l' art. 12 let . c LLCA lorsqu'il existe un lien entre deux procédures et que l'avocat représente dans celles-ci des clients dont les intérêts ne sont pas identiques. Il importe peu en principe que la première des procédures soit déjà terminée ou encore pendante, dès lors que le devoir de fidélité de l'avocat n'est pas limité dans le temps (ATF 134 II 108 consid. 3 p. 110). Il y a aussi conflit d'intérêts au sens de la disposition susmentionnée dès que survient la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat les connaissances acquises antérieurement, sous couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un mandat antérieur (arrêts 2C_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2; 1B_20/2017 du 23 février 2017 consid. 3.1).

E. 2.2

L'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés (ATF 135 II 145 consid. 9.1 p. 154). Le problème de la double représentation peut donc survenir quand les parties sont représentées par des avocats distincts, mais pratiquant dans la même étude, en

qualité d'associés (arrêt 2C_45/2016 du 11 juillet 2016 consid. 2.2). L'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite ainsi pas à la personne même de l'avocat, mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient (arrêt 5A_967/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.3.2), position que partage la doctrine dans son ensemble (WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht* [ci-après: *Anwaltsrecht*], 2 e éd. 2017, n. 356 p. 155; CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, t. I, op. cit., ad VII/B/1 p. 117 et VII/B/3/d p. 121; BRUNNER/HENN/KRIESI, *Anwaltsrecht*, 2015, n. 163 p. 128; GRODECKI/JEANDIN, op. cit., n. IV p. 112; FRANÇOIS BOHNET, *Droit des professions judiciaires, avocat, notaire, juge*, 3 e éd. 2014, n. 50 p. 58; FELLMANN, *Kommentar*, op. cit., n° 88 ad art. 12 LLCA ; VALTICOS, op. cit., n° 156 ad art. 12 LLCA ; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 1435 p. 587 s.; KASPAR BGE 145 IV 218 S. 224 SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, 2009, n. 895 p. 222). Sous cet angle, sont donc en principe concernés tous les avocats exerçant dans une même étude au moment de la constitution du mandat, peu importe leur statut (associés ou collaborateurs) et les difficultés que le respect de cette exigence découlant des règles professionnelles peut engendrer pour une étude d'une certaine taille. S'agissant ensuite du cas particulier du changement d'étude par un avocat collaborateur, la doctrine n'est en revanche pas unanime sur les conséquences à donner au conflit d'intérêts - reconnu - que cette situation peut entraîner. Une partie des auteurs est d'avis que le nouvel employeur doit renoncer au mandat qui lui a été confié lorsque le collaborateur qu'il a engagé travaillait sur ce même dossier pour le compte de la partie adverse (BRUNNER/HENN/KRIESI, op. cit., n. 165 p. 128 s.; BOHNET, op. cit., n. 50 p. 58; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 1436 p. 588). Une résiliation s'impose dans tous les cas pour les deux avocats - employeur et collaborateur - lorsque le client du second entend le suivre dans sa nouvelle étude (FELLMANN, *Anwaltsrecht*, op. cit., n. 359 p. 157; BRUNNER/HENN/KRIESI, op. cit., n. 165 p. 128 s.; BOHNET, op. cit., n. 50 p. 58; FELLMANN, *Kommentar*, op. cit., n° 90 ad art. 12 LLCA ; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 1436 p. 588). En se référant à une jurisprudence allemande, FELLMANN est d'avis que l'employeur n'aurait pas besoin de résilier le mandat si le collaborateur en cause n'a pas traité le dossier litigieux dans son précédent emploi (FELLMANN, *Anwaltsrecht*, op. cit., n. 360 p. 157 s.; le même, *Kommentar*, op. cit., n° 91 ad art. 12 LLCA). Cette position est partagée par BRUNNER, HENN et KRIESI (BRUNNER/HENN/KRIESI, op. cit., n. 165 p. 129), ainsi que par SCHILLER (SCHILLER, op. cit., n. 898 p. 223). En revanche, pour CHAPPUIS, un collaborateur - contrairement à un associé (CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, t. I, op. cit., ad B/3/d p. 122 s.) - peut être mis à l'écart de certaines affaires traitées par une étude; il s'ensuit que même si l'avocat collaborateur a été actif chez son précédent employeur, sur un ou plusieurs dossiers opposant les deux études, il ne saurait être question d'obliger le nouvel employeur à renoncer à ces mandats; il conviendra cependant d'exiger du nouvel employeur qu'il s'abstienne rigoureusement d'impliquer l'avocat dans les dossiers en cause (BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, t. II, 2 e éd. 2017, ad 4/c p. 47 s.). VALTICOS semble partager cette opinion, considérant qu'on ne peut contraindre "l'avocat constitué" à cesser de s'occuper d'un dossier suite à l'arrivée de collaborateurs ou stagiaires ayant précédemment travaillé pour le compte de l'avocat, BGE 145 IV 218 S. 225 voire même sur un dossier de la partie adverse, puisque ceux-ci demeurent liés par le secret professionnel et ne sauraient faire bénéficier leur nouvel employeur de connaissances ou informations acquises durant leur précédent emploi. VALTICOS ajoute cependant que, si "l'avocat constitué vient rejoindre l'étude de la partie adverse, l'interdiction de double mandat retrouve sa raison d'être" (VALTICOS, op. cit., n° 157 ad art. 12 LLCA).

E. 2.3

L'opinion de CHAPPUIS ne saurait cependant être suivie. En effet, il ressort des avis de la doctrine majoritaire rappelés ci-dessus que la connaissance par le collaborateur en raison de son précédent emploi d'un dossier traité par le nouvel employeur constitue l'élément déterminant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret qui doit être évité, ce que permet la résiliation du mandat par le second. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà appliqué ce critère de la connaissance pour confirmer l'interdiction de plaider ordonnée à l'encontre d'un avocat qui avait été le stagiaire, puis le collaborateur du mandataire de la partie adverse, dès lors qu'il ne pouvait être exclu que le premier ait pu travailler sur des dossiers concernant le client du second (arrêt 5A_967/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.3.2 et 3.3.3). L'application de ces principes au cas d'espèce - où il est incontesté que l'avocate G. a eu connaissance du dossier de l'intimé dans son précédent emploi - justifie donc d'interdire aux deux avocats recourants, respectivement aux autres avocats de leur étude, de continuer à représenter la recourante. Cette issue s'impose d'autant plus que les procédures judiciaires opposant cette dernière à l'intimé ne sont pas terminées, considération venant également confirmer que le risque que des données sensibles puissent être - fût-ce par inadvertance - utilisées à l'encontre du recourant n'est pas uniquement "théorique", mais bien concret.

E. 2.4

Cette solution ne saurait pas non plus être remise en cause en l'espèce par les éventuelles mesures internes prises par les recourants pour empêcher l'avocate susmentionnée d'avoir accès au dossier de la recourante. En effet, les barrières ou cloisonnements qui peuvent, le cas échéant, être mis en place dans la nouvelle étude ("chinese walls") sont généralement impropres à éviter les problématiques liées à l'existence de conflits d'intérêts, faute en particulier de pouvoir empêcher tout échange, par exemple oral, entre les avocats d'une même étude (FELLMANN, *Anwaltsrecht*, op. cit., n. 358 p. 156 s.; BRUNNER/HENN/BGE 145 IV 218 S. 226 KRIESI, op. cit., n. 166 p. 129; SCHILLER, op. cit., n. 896 p. 222 et n. 1170 ss p. 293 s.). Cette appréciation est d'ailleurs partagée par CHAPPUIS. Ainsi, selon cet auteur, ces mesures - développées dans les institutions financières - ne sont réellement efficaces que si l'entreprise est en mesure de véritablement isoler les services qu'elle entend séparer (système informatique, places de travail, contacts à la cafétéria); si les grandes études d'avocats ont des départements distincts ("litigation", "mergers & acquisition", "concurrence", etc.), les tâches traitées par ceux-ci ne sont pas de nature différente comme tel est le cas dans les institutions financières (gestion de fortune, courtage, investissement); une séparation des avocats par spécialisation apparaît comme "artificielle", voire "purement cosmétique" (CHAPPUIS, *Le consentement*, op. cit., ad IV/B p. 417 s.; voir également CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, t. I, op. cit., ad VII/D/2 p. 131 ss). Si aucune mesure objective n'est considérée comme adéquate, on peut dès lors douter que la seule volonté du nouvel employeur de ne pas impliquer son collaborateur sur un dossier que ce dernier aurait traité dans son précédent emploi - tel que pourtant préconisé en substance par CHAPPUIS - offre les garanties nécessaires en matière de conflit d'intérêts. Cela vaut d'autant plus du point de vue de l'intimé qui supporte en substance le risque de voir les informations confiées diffusées et utilisées à son détriment; il est en effet dénué de tout moyen de vérifier que l'employeur - voire le collaborateur - se conforme à ses obligations. La cour cantonale pouvait ainsi, à juste titre, retenir que (1) l'appartenance de G. au département "Employment, Pensions and Immigration", alors que celui "Litigation" était saisi dans cette affaire, et (2) le défaut d'accès informatique de cette avocate au dossier

de la recourante n'étaient pas suffisants dans le cas d'espèce pour contrer le conflit d'intérêts existant. Les recourants ne remettent d'ailleurs pas valablement en cause cette appréciation, se limitant à soutenir que la transmission du dossier au département où exerce l'avocate, spécialiste FSA en droit du travail, ne serait qu'une simple hypothèse. Vu la nature du conflit à l'origine de la procédure pénale - prétendu vol de données par l'intimé dans le cadre de son emploi pour la recourante -, une consultation de ce département n'est par ailleurs de loin pas irréaliste. Quant à la mise en oeuvre de mesures moins incisives que l'interdiction de plaider, les recourants n'en proposent qu'une seule, soit d'interdire aux deux avocats recourants d'évoquer ce mandat avec l'avocate concernée. Sans remettre en cause l'intégrité BGE 145 IV 218 S. 227 des différents avocats intéressés, cette mesure est dénuée de tout contrôle; elle ne permet pas non plus d'éviter que des informations puissent être obtenues - fût-ce dans le cadre légitime de partage de compétences et sans violation du secret professionnel -, puis véhiculées par des tiers jusqu'aux deux avocats recourants qui pourraient être alors à même de faire le rapprochement avec l'affaire en cause. La mesure ordonnée ne viole ainsi pas le principe de proportionnalité.

E. 2.5

Certes, la solution retenue - obligation de mettre un terme au mandat, respectivement interdiction de plaider - peut paraître sévère. Ainsi, elle prive la recourante du droit de se faire assister dans une cause particulière par les deux avocats recourants (art. 127 al. 1 CPP). De plus, elle pourrait étendre la portée des vérifications et/ou des limites lors d'engagements d'avocats collaborateurs. Cela étant, elle se justifie eu égard à l'importance de la confiance que doivent pouvoir avoir les mandants dans leurs conseils, soit que les secrets confiés dans le cadre de leur défense ne seront pas transmis à la partie adverse et utilisés ensuite à leur détriment. Cet élément essentiel contribue également à la bonne marche des institutions judiciaires. A cela s'ajoutent encore la nature pénale de la cause, ainsi que le statut de prévenu de l'intimé dans celle-ci. Partant, la bonne administration de la justice, ainsi que l'intérêt de l'intimé à avoir une défense exempte de conflit d'intérêts priment en l'occurrence le droit de la recourante à se voir assister par les deux avocats recourants ou par l'un de ceux exerçant au sein de l'étude E.; en tout état, elle conserve le choix de ses futurs conseils. L'obligation de mettre un terme au mandat garantit au demeurant aussi à l'avocat collaborateur de pouvoir concilier ses différentes obligations, à savoir celles professionnelles découlant de la LLCA (dont le secret professionnel et l'indépendance), ainsi que celles résultant de son contrat de travail (diligence, respect des instructions de l'employeur [MATHIEU CHÂTELAIN, L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession, n. 931 ss p. 265 s.; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 1333 ss p. 557 s.]).

E. 2.6

Au regard de l'ensemble de ces considérations, la cour cantonale pouvait, sans violer le droit fédéral, admettre le recours formé par l'intimé et interdire aux recourants B., C. et à tout avocat travaillant en l'étude E. de représenter ou assister la recourante dans la procédure pénale P1.