

NE_GERICHTE ARMC.2021.25 vom 17. November 2020

NE Tribunal cantonal, 2020-11-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ARMC.2021.25_d20201117

FR: NE_GERICHTE ARMC.2021.25 du 17 novembre 2020

IT: NE_GERICHTE ARMC.2021.25 del 17 novembre 2020

Regeste

Conflit d'intérêts de l'avocat, administrateur d'une société-mère, qui défend en justice les intérêts d'une filiale. Capacité de postuler de l'avocat.

Erwägungen

E. 1

a) L'article 319 CPC prévoit que le recours est recevable contre les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel (let. a), contre les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi (let. b ch. 1) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (let. b ch. 2) et contre le retard injustifié du tribunal (let. c). Le délai de recours contre les décisions est en général de 30 jours, mais de 10 jours seulement contre les décisions prises en procédure sommaire et les ordonnances d'instruction (art. 321 al. 1 et 2 CPC). Les ordonnances d'instruction se rapportent à la préparation et à la conduite des débats ; elles statuent en particulier sur l'opportunité et les modalités de l'administration des preuves, ne déploient ni autorité ni force jugée et peuvent être complétées ou modifiées en tout temps (Jeandin , in CPC commenté, n. 14 ad. art. 319 CPC ; comme exemples, l'auteur mentionne les citations, le renvoi d'une audience, le fait d'ordonner un second échange d'écritures, etc.). Quant aux autres décisions, leur prononcé marque définitivement le cours des débats et déploie – dans cette seule mesure – autorité et force de chose jugée à l'encontre des parties (Jeandin , op. cit., n. 15 ad. art. 319 CPC ; l'auteur cite, par exemple, les décisions statuant sur une récusation, une suspension, un renvoi pour cause de connexité, la rémunération d'un expert, etc.). b) Selon l'article 326 CPC, les conclusions, les allégations de fait et les preuves nouvelles sont irrecevables en procédure de recours. c) Dans le cadre du recours des articles 319 et suivants CPC, la juridiction de deuxième instance ne revoit les faits que sous l'angle de l'arbitraire (art. 320 let. b CPC ; cf. Jeandin , in CPC commenté, n. 5 à l'art. 320 CPC). L'ARMC n'a donc pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle du premier juge ; elle n'intervient que si ce dernier s'est prononcé de façon arbitraire, en rejetant un fait indubitablement établi ou en admettant un fait dénué de toute pertinence (RJN 1998, p. 41, et les références citées). Le pouvoir d'examen se recoupe avec celui du Tribunal fédéral appelé à statuer sur un recours en matière civile (cf. art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF ; Hohl , Procédure civile, Tome II, 2 e éd. 2010, p. 452 et la suivante, n. 2509, n. 2515 ; Hurni , zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2018 p. 93 n. 286 ss ; Stauber , in ZPO ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, 2013, n. 14 et la suivante ad art. 320 CPC), de sorte que l'ARMC n'annule la décision attaquée que lorsque celle-ci constate les faits de manière manifestement insoutenable ou qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait (ATF 127 I 54 cons. 2b, 127 I 60 cons. 5a). Elle revoit par contre

librement les questions de droit.

E. 2

a) Le prononcé entrepris interdit à l'avocat de la recourante de représenter celle-ci. Il doit être considéré comme une décision, au sens des articles 319 let. b et 321 al. 1 CPC. Le délai de recours était donc de 30 jours, comme l'indiquait d'ailleurs la décision du 9 mars 2021. Déposé le 9 avril 2021, le recours intervient dès lors dans le délai utile pour contester cette décision. b) En cas de décision niant la capacité de postuler de l'avocat, tant la partie concernée, qui ne peut plus être représentée, que l'avocat concerné ont qualité pour recourir (cf. arrêt du TF du 17.10.2014 [4D_58/2014]). En l'espèce, la partie (Y. _____ Sàrl) a elle-même recouru. c) Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de dire que la décision d'interdire à l'avocat mandaté de procéder en justice en tant que représentant d'une partie, en raison d'un conflit d'intérêts prohibé par la LLCA, cause « à l'évidence » un préjudice irréparable au sens de l'article 93 al. 1 let. a LTF, car elle ne peut plus être réparée par la décision finale, après que le procès se sera entièrement déroulé avec un autre mandataire (arrêt du TF du 17.10.2014 [4D_58/2014] cons. 2). A fortiori , une telle décision cause un préjudice difficilement réparable, au sens de l'article 319 let. b ch. 2 CPC. d) En l'occurrence, le tribunal civil a décidé de suspendre la procédure au fond devant lui « jusqu'à ce que la présente décision soit entrée en force ». Cette dernière précision est ambiguë puisque le recours ne remet pas en cause l'entrée en force de la décision de première instance (art. 325 al. 1 CPC ; Jeandin , CR CPC, 2 e éd. 2019, n. 3 ad art. 325). De l'ensemble de la phrase précitée, on comprend toutefois que la première juge a exprimé son intention de suspendre la procédure au fond menée devant elle jusqu'à ce que la question de la capacité de postuler soit tranchée par l'autorité de recours cantonale, cas échéant, par le Tribunal fédéral. La conclusion tendant à l'octroi de l'effet suspensif est dès lors sans objet (cf. art. 325 al. 2 CPC).

E. 3

a) Selon l'article 68 al. 2 let. a CPC , sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel dans toutes les procédures, les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA ; RS 935.61). Autrement dit, le mandataire doit se conformer à la législation sur les avocats et en particulier à la loi précitée. b) L'article 12 LLCA énonce les règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis. L'article 12 let. a LLCA , qui prévoit que celui-ci doit exercer sa profession avec soin et diligence, constitue une clause générale qui permet d'exiger de l'avocat qu'il se comporte correctement dans l'exercice de ses mandats. Sa portée n'est pas limitée aux rapports professionnels de l'avocat avec ses clients, mais comprend aussi les relations avec les confrères et les autorités (ATF 144 II 473 cons. 4.1 ; 130 II 270 cons. 3.2). L'article 12 let. b LLCA prévoit notamment que l'avocat exerce son activité professionnelle en toute indépendance. L'indépendance est un principe essentiel de la profession d'avocat (ATF 123 I 193 cons. 4a et b). Elle doit être garantie tant à l'égard du juge et des parties que du client ; celui qui s'adresse à un avocat doit pouvoir admettre que celui-ci est libre de tout lien, de quelque nature que ce soit et à l'égard de qui que ce soit, qui pourrait restreindre sa capacité de défendre les intérêts de son client, dans l'accomplissement du mandat que ce dernier lui a confié (arrêts du TF du 21.07.2009 [2C_889/2008] cons. 3 ; du 09.03.2004 [2A.293/2003] cons. 4.2). L'article 12 let. c LLCA prescrit à l'avocat d'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. c) 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. Elle 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 cons. 2.5). Il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner des conflits d'intérêts. Un risque purement abstrait ou théorique ne suffit pas. Il doit être concret. L'exigence du caractère concret ne vise pas la matérialisation effective du risque mais implique l'examen de celui-ci dans le cas d'espèce, par opposition à un raisonnement dans l'abstrait reposant sur des critères purement théoriques (cf. ATF 135 II 145 cons. 9.1). Il n'est dès lors 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 du TF du 31.05.2018 [1B_59/2018] cons. 2.4 ; du 23.02.2017 [1B_20/2017] cons. 3.1). Le fait qu'il y ait potentiellement un risque de conflits d'intérêts en raison des circonstances de l'espèce suffit (arrêt du 22.02.2011 [2C_885/2010] cons. 3.3 et les arrêts cités). Dès lors que le conflit d'intérêts survient, l'avocat doit mettre fin à la représentation (ATF 135 II 145 cons. 9.1 ; 134 II 108 cons. 4.2.1). Celui qui, en violation des obligations énoncées à l'article 12 LLCA , accepte ou poursuit la défense alors qu'il existe un tel risque de conflit doit se voir dénier par l'autorité la capacité de postuler. L'interdiction de plaider est, en effet, la conséquence logique du constat de l'existence d'un tel conflit (arrêt du TF du 18.03.2003 [1A.223/2002] cons. 5.5.). d) S'agissant de l'article 12 let. c LLCA , la question du conflit peut notamment se poser dans le cadre de mandats que l'avocat peut assumer en raison d'une autre fonction, tel le rôle d'administrateur d'une société, l'amenant à cumuler dans la même activité deux réglementations différentes, se trouvant ainsi soumis tant au droit des sociétés qu'aux règles du mandat (Peter ; L'avocat administrateur, in Défis de l'avocat au XXIe siècle, 2008, p. 427 ss ; Valticos , in CR LLCA, n. 98 ad. art. 12). L'avocat-administrateur unique d'une société anonyme ne peut agir en justice pour cette société sans violer l'article 12 let. b LLCA , mais il n'existe pas d'interdiction de principe pour un avocat de représenter la société dont il n'est que l'un des membres du conseil d'administration (Reiser/Valticos , Les règles professionnelles et les activités atypiques de l'avocat inscrit au barreau, SJ 2015 II p. 195 ; Chappuis , Les conflits d'intérêts de l'avocat-administrateur, in droit de l'avocat 2017, p. 181). Cependant, un tel cumul est susceptible de compromettre l'indépendance de l'avocat à plus d'un titre, tant sous l'angle du secret professionnel que du devoir de diligence et fidélité de l'article 398 al. 2 CO , créant, dans la même personne de l'avocat, un risque de conflit d'intérêts entre ses obligations d'administrateur envers la société, respectivement les actionnaires de celle-ci et ses devoirs d'avocat. C'est ainsi avec prudence que l'avocat acceptera un mandat pour le compte de la société dont il est l'administrateur (Valticos , op. cit., n. 99 ad art. 12). Si les propres intérêts de l'avocat apparaissent potentiellement en conflit avec ceux de son client, il convient de faire preuve d'une extrême prudence, car alors l'indépendance de l'avocat est particulièrement menacée (Valticos , op. cit., n. 153 ad art. 12). Par exemple, des liens de nature patrimoniale dans la cause que l'avocat est chargé de défendre sont de nature à affecter l'indépendance de l'avocat et à présenter un risque d'intérêts contradictoires dans la mesure où il demeure directement ou indirectement intéressé à l'issue du litige (Valticos , op. cit., n. 179 ad art. 12). En tout cas, l'administrateur d'une société ne devrait agir comme mandataire ad litem de la société que s'il est clairement instruit par elle et qu'il reste dans

les faits un tiers à l'égard de la société (Bohnet/Martenet , Droit de la profession d'avocats, 2009, n. 3522). e) L'impossibilité de représentation affectant un avocat rejait sur ses associés (arrêt du TF du 20.02.2012 [2C_642/2011] cons. 2.5.2). En particulier, l'interdiction des conflits d'intérêts ne saurait se limiter à la personne même de l'avocat, mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient (Valticos , op. cit., n. 98 ad art. 12). f) Le 11 juillet 2016 (arrêt 2C_45/2016), les juges fédéraux se sont penchés sur le cas de Me X, avocat, qui représentait une partie plaignante dans une procédure pénale dirigée contre un prévenu A, qui avait rejoint la société B SA comme apporteur d'affaires en 2009, société dont il était également actionnaire à 5 %. A était soupçonné d'avoir commis des actes de gestion déloyale entre 2001 et 2008 au détriment de la partie plaignante. B SA était présidée par Me Y (associé de Me X), mais en l'occurrence pas impliquée dans les faits reprochés à A. Les juges fédéraux ont constaté qu'aucun lien n'existait entre la société et la partie plaignante, cliente de Me X (en particulier aucun litige ne les opposait), qu'en conséquence il fallait retenir que leurs intérêts n'entraient pas en conflit et que le risque concret qu'un tel conflit survienne faisait défaut. Ils ont également observé qu'il n'existait pas de litige entre la société et le prévenu, employé de celle-ci, et que la situation ne dénotait aucun risque concret de conflits d'intérêts sous cet angle, les juges fédéraux ajoutant qu'il ne fallait pas perdre de vue que Me X était l'avocat de la partie plaignante et non du prévenu A (cons. 2.3.1). Ils ont ensuite indiqué que, s'il n'était pas totalement exclu que le prévenu puisse, en tant qu'actionnaire, influencer sur la reconduction du mandat de l'associé (Me Y, président de la société B SA) du recourant ainsi que sur d'autres décisions le concernant, la faiblesse de sa participation au capital social de la société (environ 5 %) ne permettait pas d'établir un risque concret de pressions, d'autant moins que la société n'était pas impliquée dans la procédure pénale et que d'hypothétiques pressions du prévenu (très limitées au vu de la faiblesse de sa participation) n'auraient pu en outre s'exercer qu'indirectement sur le recourant par l'intermédiaire de son associé (cons. 2.3.2). En résumé, les juges fédéraux ont constaté qu'à côté du litige pénal opposant la partie plaignante au prévenu, il n'existait aucun autre litige entre les personnes en présence (l'administrateur Me Y, la société B SA et l'actionnaire le prévenu A), que le statut des uns et des autres (avocat, administrateur, actionnaire) et l'influence qui pouvait en découler n'étaient pas de nature à altérer la situation d'indépendance de l'avocat X et que les exigences du secret professionnel n'étaient pas mises en péril par la situation (cf. Chappuis , op. cit., p. 179-180). Me X pouvait dès lors poursuivre son mandat.

E. 4

a) En l'espèce, la situation est fondamentalement différente de celle qui a été examinée par le Tribunal fédéral dans la cause 2C_45/2016. Premièrement, on doit retenir que, contrairement à la situation évoquée dans ce précédent, le litige ne se situe pas « en vase clos » entre Me C. _____ et l'ancien employé (X. _____) de la filiale, comme cela aurait été le cas si (pure hypothèse) l'avocat avait défendu une partie plaignante (étrangère au conflit impliquant les acteurs ici en cause) dans une procédure pénale dirigée contre l'ancien employé. En l'espèce, il existe matériellement différents liens entre les protagonistes impliqués dans le litige ; l'ancien employé (X. _____) a actionné une filiale représentée par un avocat qui est l'un des trois administrateurs de la société-mère qui détient la totalité des parts sociales de la filiale. Deuxièmement, le statut des intéressés est de nature à altérer la situation d'indépendance de Me C. _____. En tant qu'avocat, celui-ci doit exécuter avec soin le mandat qui lui est confié et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son mandant (art. 321a al. 1 CO , par le renvoi de l'art. 398 al. 1 CO),

soit la filiale. L'affaire qui oppose l'ex-employé (demandeur) à celle-ci (défenderesse) concerne un litige en matière de droit du travail de nature patrimoniale. Comme administrateur de la société-mère qui détient l'entier du capital social de la filiale – dans un conseil d'administration ne comptant que trois membres, chacun d'eux disposant de la signature collective à deux –, Me C. _____ a un intérêt patrimonial dans le litige et son indépendance est ainsi compromise. A cela s'ajoute qu'il est obligé, en sa qualité d'administrateur de la société-mère, à sauvegarder uniquement les intérêts de celle-ci, et non pas ceux de la filiale, et toute action qui serait entreprise par l'administrateur dans l'intérêt de la filiale, au détriment de celui de la société-mère, se produirait en violation de ce devoir (cf. art. 717 al. 1 CO ; ATF 130 III 213 cons. 2.2.2 ; Blanc , Corporate Governance dans les groupes de sociétés, 2010, p. 199 ss ; Blanc/Gani , Situation du cadre supérieur au sein d'un groupe de sociétés, bulletin CEDIDAC n. 39, p. 3 ; cf. aussi cf. Chenaux/Rochat , Le représentant de l'Etat au conseil d'administration, in Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts , 2017, p. 39 ss).

Troisièmement, l'information que l'avocat de la société recourante obtiendra, à ce titre, par l'intermédiaire du gérant est en principe beaucoup plus large que celle qu'il recevra indirectement de la filiale, en tant qu'administrateur de la société-mère, celle-ci, en tant que détentrice des parts sociales de la filiale, ne disposant que de faibles moyens pour obtenir des informations à jour au sujet de l'entreprise (cf. art. 697 ss CO) et ne pouvant faire valoir son droit d'être informée que dans le cadre de l'assemblée générale (Chappuis , op. cit., p. 182 et la note 25). Avec sa double qualité, l'avocat-administrateur risque de se trouver en porte-à-faux et d'éprouver des difficultés à distinguer s'il agit comme avocat de la société ou s'il le fait à titre d'administrateur pour le compte de la société-mère. A cet égard, le fait que la société-mère détienne le 100 % des parts sociales permet d'affirmer que cette double représentation n'est pas admissible (sur le critère visant à tenir compte de la situation de l'actionnariat, cf. Chappuis , op. cit., p. 182 et les auteurs cités). b) Dans ces conditions, le conflit d'intérêts est suffisamment fort pour que l'avocat ne puisse plus garantir son indépendance ou le secret auquel il est tenu. Il existe véritablement un risque concret que Me C. _____ ne puisse pas agir comme mandataire ad litem de la société recourante en étant instruit exclusivement par elle et en restant dans les faits un tiers à l'égard de la société-mère dont il est administrateur (cf. supra cons. 3/d). c) C'est par conséquent à bon droit que l'autorité précédente a jugé que l'indépendance de l'avocat n'était pas assurée et qu'il existait un risque d'intérêts contradictoires dans la mesure où il était intéressé à l'issue du litige. Le grief tiré de la violation de l'article 12 LLCA doit être écarté.

E. 5

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit être rejeté. Les frais de la procédure de recours, arrêtés à 500 francs et avancés par la recourante seront à mis à la charge de celle-ci (art. 106 al. 1 CPC). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intimé qui n'a pas déposé d'observations mais s'en est remis à dire de justice.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.