

NE_GERICHTE ARMC.2021.69 vom 9. September 2021

NE Tribunal cantonal, 2021-09-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ARMC.2021.69_d20210909

FR: NE_GERICHTE ARMC.2021.69 du 9 septembre 2021

IT: NE_GERICHTE ARMC.2021.69 del 9 settembre 2021

Regeste

Avocat changeant d'étude. Conflit d'intérêts. Connaissance (réelle ou présumée).

Erwägungen

E. 1

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).

E. 1.1

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 CR CPC,

E. 1.2

En l'espèce, tant la partie concernée (qui ne peut plus être représentée) que l'avocat ont recouru. Pour la partie représentée, la décision attaquée interdisant à son avocat de procéder en justice, 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 (arrêts du TF du 14.03.2019 [1B_510/2018] cons. 1, publié in ATF 145 IV 218 ; 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. d ch. 2 CPC. Pour l'avocat, la décision attaquée, qui le concerne directement, présente un caractère final (cf. art. 90 LTF ; arrêt du TF du 14.03.2019 précité cons. 1), ce qui lui ouvre la voie du recours au sens de l'article 319 let. a CPC.

E. 2

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.

E. 2.1

L'article 12 LLCA énonce les règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis. 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. 2 ; du 09.03.2004 [2A.293/2003] cons. 4.2).

E. 2.2

a) 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 relation sur le plan professionnel ou privé.

b) 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 145 IV 218 cons. 2.1; 141 IV 257 cons. 2.1; arrêt du TF du 19.09.2019 [1B_209/2019] cons. 4.4.1).

c) 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 conflit d'intérêts en raison des circonstances de l'espèce suffit (arrêt du TF 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 dénié 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) L'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés (ATF 135 II 145 cons. 9.1). 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. 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 (ATF 145 IV 218 cons. 2.2 et les arrêts cités). 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 (ATF 145 IV 218 cons. 2.2).

E. 2.3

a) En lien avec la situation spécifique du changement d'étude par un avocat collaborateur (la position de l'associé n'entraînant en l'occurrence aucune différence ; cf. infra cons. 2.3/e), le Tribunal fédéral a retenu, en se fondant sur l'opinion de la doctrine majoritaire, que la connaissance par le collaborateur, en raison de son précédent emploi, d'un dossier traité par le nouvel employeur, constituait l'élément déterminant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret qui devait être évitée, ce qui impliquait la résiliation du mandat par la nouvelle étude. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'il avait 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 (ATF 145 IV 218 cons. 2.3 et l'arrêt cité). b) Les juges fédéraux n'ont fourni aucune description du niveau de connaissance effective du dossier qui était à même de constituer un risque de conflit d'intérêts (sur le constat, cf. Barth/Reymond/Gerzner , Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude, in : Jusletter du 1^{er} juillet 2019 ch. 24 ; Chappuis , ATF 145 IV 218 : Changement d'étude et conflits d'intérêts, in Droit de l'avocat, p. 513). La formulation (« il ne pouvait être exclu ... ») employée par les juges fédéraux est ambiguë : elle suggère qu'une simple possibilité théorique pourrait suffire à réaliser la condition de l'article 12 let. c LLCA . On ne saurait toutefois y voir la volonté des juges fédéraux de conférer une signification aussi large à la règle précitée (et donc une restriction aussi sévère pour l'avocat concerné). Une telle interprétation est incompatible avec l'exigence – maintes fois répétées par les juges fédéraux – du risque « concret » de conflit d'intérêts (cf. Chappuis , op. cit., p. 514) et elle ne trouve aucun fondement dans l'état de fait à l'origine de l' ATF 145 IV 218 , ni dans les arrêts qui ont été rendus ultérieurement par le Tribunal fédéral. c) Dans le cas traité dans l' ATF 145 IV 218 , il n'était pas contesté que l'avocat engagé dans la nouvelle étude (qui représentait un employeur dans un litige l'opposant à son ex-employée) avait eu connaissance, dans le cadre de l'activité exercée au sein de son ancienne étude, du dossier de l'ex-employée représentée par celle-ci et qu'il avait rencontré cette cliente. Dans ces conditions, il se justifiait dès lors bien, selon le critère de la connaissance (compris à la lumière de celui du risque concret de conflit d'intérêts) posé par la jurisprudence fédérale, d'interdire aux avocats œuvrant dans la nouvelle étude de poursuivre leur mandat pour la société employeuse, partie adverse (sur le constat, cf. également la décision de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 30.11.2020 [GE.2020.0168] cons. 3d ; Gurtner , note in RDAF 2020 I p. 403). Dans un arrêt du 19 septembre 2019, le Tribunal fédéral a examiné la situation d'un mandataire qui avait représenté, à l'époque, une société (désormais faillie) et qui défendait aujourd'hui les intérêts d'une cliente – alors administratrice de cette société – à qui il était reproché d'avoir vidé la substance de celle-ci. Il « apparai[ssai]t vraisemblable » que le mandataire avait obtenu des renseignements sur la situation financière de la société (aujourd'hui faillie) dans le cadre de son mandat précédent (litige avec une entreprise tierce). « S'il n'[était] pas établi que l'intéressé disposait de renseignements » allant au-delà de ce que pourrait lui transmettre en l'état l'administratrice (sa cliente), il avait toutefois pu avoir des contacts avec la société, par l'intermédiaire d'autres personnes (administrateurs, directeurs ou employés), de sorte qu'il aurait pu, durant la période qui a précédé la faillite, prendre connaissance d'informations que sa cliente n'aurait pas été mesure de lui communiquer. « Cette éventualité [était] d'autant plus concrète » que le mandataire avait représenté la société (faillie) lors de la période pendant laquelle il était notamment reproché à l'administratrice d'avoir vidé la substance de celle-ci

au profit d'une société nouvellement créée (cf. arrêt du TF du 19.09.2019 [1B_209/2019] cons. 4.2). Ainsi, le mandataire était effectivement impliqué dans le cadre du premier mandat (pour la société) et il avait pu avoir accès à des informations (contenues dans le dossier dont il s'occupait à l'époque) dont il n'aurait, sinon, pas pu disposer. Les juges fédéraux ont également examiné le cas d'un mandataire qui avait assuré la défense d'un client (A) dans une procédure d'entraide pénale, puis celle d'un nouveau client (B) dans une procédure nationale, dans laquelle les deux protagonistes (A et B) étaient impliqués. L'avocat avait eu accès à l'intégralité des messages électroniques de A (saisis à son domicile dans le cadre de la procédure d'entraide), qui concernaient, pour certains d'entre eux, également la procédure nationale. Les juges fédéraux ont considéré que l'avocat pourrait avoir pris connaissance, dans le cadre du premier mandat, d'éléments absents de la procédure nationale (deuxième mandat), dès lors qu'une personne tierce avait obtenu la mise sous scellés desdits courriels, issus de la procédure d'entraide pénale. Il existait ainsi la possibilité que cet avocat utilise, dans le cadre de son nouveau mandat, consciemment ou non, des connaissances acquises jadis sous couvert du secret professionnel (arrêt du TF du 20.03.2020 [1B_582/2019] cons. 5.2). À nouveau, l'avocat avait bien été mandaté par le premier client (pour le conseiller en lien avec l'entraide pénale) et il avait ainsi accédé aux messages électroniques (ou pouvait à tout le moins y avoir accès) dans le cadre de ce mandat. Dans un arrêt du 8 juillet 2021, les juges fédéraux se sont penchés sur la situation d'un conseil – dont l'associé (exerçant dans la même étude) avait jadis fonctionné comme exécuteur testamentaire pour la succession de X qui avait institué deux héritiers (A et B) – qui représentait A dans le cadre d'une procédure pénale (A ayant agressé B). Ils ont retenu qu'« à défaut d'indices laissant supposer la possibilité pour ce conseil de mettre à profit » de A, dans la procédure pénale, des « connaissances pertinentes acquises dans le cadre du mandat » d'exécuteur testamentaire accompli par son associé, de même qu'en l'« absence de connexité juridique et factuelle évidente entre les mandats en cause », la configuration d'espèce n'entraînait pas déjà, au détriment de B, un risque concret de divulgation, entre les deux associés, d'informations couvertes par le secret. Le conseil n'était donc pas dans l'incapacité de postuler pour le compte de A au motif que son mandat contreviendrait à l'article 12 let. c LLCA (arrêt du TF du 08.07.2021 [6B_113/2021] cons. 3.2) . d) Il ressort de ces précédents que les juges fédéraux n'ont pas voulu poser la présomption (irréfragable) du partage des renseignements, selon laquelle tous les membres de l'étude sont censés savoir ce que sait chacun d'eux (sur le « concept de connaissance présumée », cf. l'arrêt de la Cour suprême canadienne dans la cause Succession Macdonald c. Martin [1990] 3 RCS 1235, qui considère que ce concept est irréaliste à l'ère des mégacabinets). Ils se sont ainsi écartés de la tendance française, défendue par la Commission de déontologie de l'Ordre des avocats, qui veut que l'avocat opposé au client de ses anciens associés se trouve en conflit d'intérêts du seul fait d'avoir appartenu à l'époque au cabinet où a été élaborée la stratégie de défense du client, la circonstance que les associés ne traitaient alors jamais les mêmes dossiers étant inopérante (Gurtner , op. cit., p. 404 s.). Les juges fédéraux ont privilégié une approche moins stricte (et plus pragmatique), en se conformant au critère – central – du risque concret de conflit d'intérêts, qui implique l'examen de chaque situation prise individuellement (pour la conception allemande, similaire, cf. paragraphe suivant). L'existence d'un tel risque concret doit être retenu lorsque l'avocat concerné (et, donc, ses associés) – chargé du mandat dans la seconde étude – a effectivement (ou réellement) connaissance d'informations (auxquelles il avait accès dans le cadre de son ancien mandat) qu'il pourrait utiliser en faveur de son nouveau client ou lorsqu'il a été impliqué jadis (au

moins en partie) dans le dossier contenant les informations en question. Autrement dit, l'avocat doit avoir participé au traitement du dossier concerné et, dans ce cadre, avoir eu connaissance d'informations (confidentielles) susceptibles d'être utilisées au profit du mandant de la nouvelle étude, au détriment de son précédent client (Bacharach , Changement d'étude et conflit d'intérêts, Revue de l'avocat 5/2019, p. 216 qui cite l'opinion de Walter Fellmann en affirmant que celui-ci a reçu implicitement l'approbation du Tribunal fédéral ; la nouvelle réglementation allemande, qui entrera en vigueur le 1^{er} août 2022, contient une règle similaire puisqu'elle ne vise pas n'importe quelles informations ou connaissances acquises par l'avocat, mais exclusivement les informations confidentielles acquises par celui-ci dans le cadre d'un ancien mandat [cf. nouveau § 43 (4) BRAO et le commentaire correspondant dans le projet du gouvernement allemand du 22 janvier 2021, disponible sur le site www.bundestag.de]). Dès lors, s'il est établi que l'avocat ne dispose d'aucune connaissance d'un dossier ayant été traité par un ancien associé dans l'étude qu'il a quittée, aucun conflit d'intérêts ne peut être retenu (en ce sens : Gurtner , op. cit., p. 405). Plus concrètement, celui-ci doit être nié si l'avocat a seulement connaissance du fait que le dossier existe (dans son ancienne étude) ou qu'il a entendu des bruits de couloir ou obtenu des informations générales lors de discussions informelles entre collègues à l'occasion d'un déjeuner (Bacharach , op. cit., p. 216). e) Même si, dans l' ATF 145 IV 218 , les juges fédéraux ont consacré le critère de la connaissance en lien avec la situation d'un collaborateur d'une étude, on ne peut en inférer qu'ils entendaient réserver (implicitement) un critère distinct (plus sévère) pour les associés : ils sont au contraire partis du principe que la règle posée valait pour tous les avocats d'une étude (peu importe leur statut) ; c'est en analysant la position d'un auteur de doctrine (Chappuis , La profession d'avocat, t. I, p. 122 s.) qu'ils se sont demandé s'il y avait lieu de faire une exception pour le collaborateur, du fait que, même si celui-ci s'était occupé du mandat (pour l'une des parties) chez son ancien employeur, il pouvait être mis à l'écart dans la même affaire (pour la partie adverse) au sein de sa nouvelle étude (ATF 145 IV 218 cons. 2.2 et 2.3, dans lequel la proposition de Chappuis est écartée). On peut ajouter que, lorsque les juges fédéraux se sont prononcés sur les conséquences de la double représentation, ils ont retenu que l'interdiction des conflits d'intérêts s'étendait à l'ensemble de l'étude concernée, peu importe le statut (associés ou collaborateurs) (cf. supra cons. 2.2/d). Ainsi, la différence de statut ne justifie en rien l'application de critères distincts (cf. Fellmann , Kommentar zum Anwaltsgesetz, n. 91 ad art. 12 p. 162, qui traite indifféremment le collaborateur et l'associé). Seulement, elle se reflétera au niveau du résultat de l'application du critère retenu par le Tribunal fédéral : l'associé étant en règle générale davantage impliqué dans les dossiers de l'étude, le conflit d'intérêts est susceptible de le toucher plus souvent que le collaborateur, dont la participation aux affaires traitées par le cabinet qui l'emploie sera plus modeste (sur le plan quantitatif).

E. 3

a) En l'espèce, Me A. _____ devrait mettre fin à sa représentation dans l'hypothèse où Me C. _____ aurait effectivement eu connaissance du contenu du dossier traité par Me B. _____, alors que celle-là travaillait encore aux côtés de celui-ci ou, à tout le moins, si Me C. _____ avait participé (au moins sur un point spécifique) au traitement du dossier de Y. _____. Dans le cas contraire, la capacité de postuler de Me A. _____ ne pourrait être remise en cause. b) Dans sa décision du 9 septembre 2021, la première juge a adopté un raisonnement qui fait (implicitement) intervenir la présomption irréfutable de partage des connaissances entre les anciens associés d'une étude. C'est ainsi que, placée

dans une perspective étrangère à la jurisprudence fédérale, elle n'a fourni aucune information sur l'éventuelle connaissance du dossier concernant Y. _____ par Me C. _____ ou sur l'éventuelle implication de celle-ci, à l'époque, dans cette affaire. Dans les circonstances de l'espèce, elle ne pouvait renoncer à entendre Me B. _____ et Me C. _____ pour qu'ils se déterminent à ce sujet (cf. a contrario l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 16.08.2021 [100.2020.144U] cons. 4.6, dans lequel l'état de fait, suffisamment clair, permettait au juge d'appliquer l'article 12 let. c LLCA, sans qu'il soit encore nécessaire d'entendre les parties). c) Dans ces conditions, le recours formé conjointement par X. _____ et Me A. _____ doit être admis. Il résulte de l'acte de recours que, le 14 juillet 2021, suite à la sollicitation de la première juge, Me B. _____ avait indiqué que Me C. _____, son ancienne associée, ne s'était pas occupée du dossier de sa cliente. Cet élément de fait, non constaté dans la décision attaquée, peut être pris en compte par l'ARMC puisqu'il s'agit de compléter l'état de fait et que le recourant a sollicité la prise en compte de ce point de fait (cf. sous l'angle, similaire, de l'art. 106 al. 2 LTF : arrêt du TF du 10.10.2018 [4A_78/2018] cons. 2.1).

E. 4

a) Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et réformée en ce sens que Me A. _____ peut poursuivre son mandat en faveur de X. _____. b) Les frais de la procédure de recours sont laissés à la charge de l'État (art. 107 al. 2 CPC : cf. arrêt de la Chambre civile du Tribunal cantonal valaisan du 24.11.2014 [C 3 14 114] p. 9). c) La première juge ayant agi d'office (et non sur requête de Y. _____, par Me B. _____, la condamnation de celle-ci à verser des dépens à sa partie adverse (art. 106 CPC) n'entre pas en ligne de compte. L'État ne pouvant être condamné à verser des dépens en application de l'article 107 al. 2 CPC (Tappy , in CR CPC, 2 e éd.2019, n. 35 ad art. 107 ; Bastons Bulletti , Note in CPC Online (Newsletter du 08.10.2014), il n'en sera pas alloué au recourant.

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