

# CHANGEMENT D'ÉTUDE ET CONFLIT D'INTÉRÊTS

**JEREMY BACHARACH<sup>1</sup>**

Assistant-doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Genève,  
Avocat

Mots-clés: conflit d'intérêts, collaborateurs, avocats stagiaires, recrutement

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral considère que lorsqu'un avocat a eu connaissance d'un dossier dans une première étude et qu'il quitte cette dernière pour rejoindre l'étude qui défend la partie adverse, celle-ci doit impérativement se défaire du mandat. Tel est le cas même si le collaborateur ne travaille pas sur le dossier et ne fait pas partie de l'équipe qui s'en charge. Cette jurisprudence affecte de manière importante le processus de recrutement des avocats et rallonge la liste des situations de conflit d'intérêts.

## I. Introduction

Dans un arrêt 1B\_510/2018 du 14.3.2019, destiné à la publication, le Tribunal fédéral a jugé qu'une étude d'avocats est en situation de conflit d'intérêt (art. 12 let. c de la loi fédérale du 23.6.2000 sur les avocats [LLCA; RS 935.61]) si elle engage un avocat qui a eu «connaissance» d'un dossier qu'elle traite au sein de son ancienne étude. Tel est le cas même si l'avocat ne travaille pas sur le dossier en question au sein de la nouvelle étude et qu'il ne fait pas partie du département ou de l'équipe qui en a la gestion. Lorsqu'un avocat passe donc chez «l'étude de la partie adverse», cette dernière n'a donc pas d'autre choix que de se dessaisir du dossier.

Cet arrêt constitue un véritable tremblement de terre pour la profession d'avocat. Mettant fin aux pratiques qui étaient d'usage entre les études, qui mêlaient la courtoisie confraternelle et le rapport de confiance qui lie les avocats entre eux, le Tribunal fédéral élève de sérieuses entraves au passage par les avocats d'une étude à une autre et refuse de reconnaître une valeur légale aux «départements» ou «*teams*» qui divisent souvent les grandes études. Cette décision se démarque également par les questions nombreuses et variées qu'elle soulève, sans toutefois y apporter de réponse: comment définir la notion de «connaissance»? Quels contrôles sont à effectuer lors de l'engagement d'un avocat? Quelles conséquences pour les études qui découvrent qu'elles sont aujourd'hui dans des situations de conflit d'intérêts? Quel impact sur les avocats stagiaires et le personnel administratif? La présente contribution a pour ambition de proposer un premier défrichage de ces problématiques.

Dans les lignes qui suivent, nous commencerons par résumer cet arrêt du Tribunal fédéral (I.), puis nous exami-

nerons sa portée (II.) ainsi que les conséquences pratiques qu'il représente pour les études (III.).

## II. L'arrêt du Tribunal fédéral 1B\_510/2018 du 14 mars 2019

Les faits donnant lieu au litige sont, en résumé, les suivants. Une procédure pénale oppose une entreprise, qui a la qualité de partie plaignante, à son ancien employé, qui a la qualité de prévenu. Les parties sont chacune défendues par deux études genevoises. Au sein de l'étude qui représente le prévenu, une avocate, spécialiste FSA en droit du travail, a «connaissance du dossier» et rencontre le client. Alors que l'affaire est toujours pendante, l'avocate quitte l'étude qui représente le prévenu et rejoint celle qui défend l'employeur. Elle exerce au sein du département «*Employment, Pensions and Immigration*» et non du département «*Litigation*», qui a la gestion concrète du dossier. Près d'une année plus tard, le prévenu – qui a entre-temps changé de défenseur – requiert du Ministère public qu'interdiction soit faite aux avocats défendant l'entreprise, ainsi qu'à tout autre avocat travaillant au sein de la même étude, de continuer à la représenter dans la procédure pé-

<sup>1</sup> Cet article a pu bénéficier de longues et animées discussions avec le Prof. Benoît Chappuis, le Prof. Luc Thévenoz ainsi qu'avec mes collègues Célian Hirsch, Tano Barth et Duy-Lam Nguyen, assistants-doctorants à la Faculté de droit de l'Université de Genève et avocats. Qu'ils soient ici sincèrement remerciés de leur disponibilité et de leur générosité. Les fautes, approximations et erreurs de jugement sont ma seule et unique responsabilité.

nale: en substance, le prévenu fait valoir que cette étude serait dans une situation de conflit d'intérêt depuis l'engagement de l'avocate qui avait rencontré son client. Le Ministère public rejette la requête. Saisi d'un recours du prévenu, le Tribunal cantonal vaudois l'admet. Les avocats de la partie plaignante recourent au Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord les grands principes de la prohibition du conflit d'intérêt (nous soulignons).

*«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'avocat a ainsi 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. [...] 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. [...] 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 [...]. 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 [...].»*

Il rappelle en outre les règles en matière de conflits d'intérêts au sein des études d'avocats:

*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 [...]. Sous cet angle, sont donc en principe concernés tous les avocats exerçant dans une même étude au moment de la demande de mandat, peu importe leur statut (associés ou collaborateurs) [...].*

Le cas particulier du changement d'étude par un avocat collaborateur fait toutefois l'objet d'une controverse doctrinale. Le Tribunal fédéral se rallie à l'opinion de la doctrine majoritaire, en ces termes (nous soulignons):

*[I]l 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 27.3.2015 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.*

Le Tribunal fédéral examine enfin les derniers arguments des avocats recourants, qui alléguent la mise en place de «barrières ou cloisonnements» (*chinese walls*) entre les différents départements de leur étude. Pour notre Haute Cour, ces mesures sont généralement impropres à éviter les contacts entre les avocats des différents départements et ne permettent donc pas de faire exception à la règle selon laquelle les conflits d'intérêts d'un avocat s'étendent à toute son étude. Une telle division serait artificielle, voire purement cosmétique. Tel est d'autant plus le cas en l'espèce que le département «*Employment, Pensions & Immigration*» – au sein duquel l'avocat travaille – est susceptible d'être sollicité dans le cadre de ce litige, qui oppose un employeur à un employé. Il est donc probable – «*sans remettre en cause l'intégrité des différents avocats intéressés*» – 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.»

L'étude d'avocats représentant la partie plaignante se trouve donc bel et bien en situation de conflit d'intérêts. Le Tribunal fédéral confirme l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois, qui a interdit à juste titre aux recourants de continuer à la représenter.

### III. Portée

#### 1. Généralités

Il s'agit du premier arrêt traitant directement de la question du changement d'études par les avocats. Dans un

arrêt non publié de 2015<sup>2</sup>, par ailleurs rendu dans une situation pathologique, le Tribunal fédéral s'était limité à considérer que l'utilisation du critère de la connaissance du dossier au sein de la précédente étude pour déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts n'était «pas arbitraire».

Dans ce nouvel arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence et a saisi l'occasion pour l'énoncer avec plus de clarté. La règle formulée dans ce cadre par notre Haute Cour est la suivante: si un avocat a eu «connaissance»<sup>3</sup> d'un dossier dans une première étude et qu'il quitte cette dernière pour rejoindre l'étude qui défend la partie adverse, celle-ci doit impérativement se défaire du mandat. Tel est le cas même si le collaborateur ne travaille pas sur le dossier et ne fait pas partie de l'équipe en charge dudit dossier.

Précisons d'emblée que la connaissance du dossier au sein de la précédente étude est nécessaire mais pas suffisante: il faut également qu'il existe réellement un véritable conflit d'intérêts. Le fait d'avoir eu connaissance d'un dossier n'est que le point de départ du raisonnement qui permettrait de déterminer si l'engagement d'un collaborateur crée – ou non – un conflit d'intérêts pour sa nouvelle étude, en vertu des critères résumés ci-dessus<sup>4</sup>.

Ceci est implicite dans le raisonnement du Tribunal fédéral car le conflit d'intérêts était, en l'espèce, manifeste: une procédure pénale était en cours et l'avocate était passée de l'étude représentant le prévenu à celle représentant la partie plaignante. Si le travail de l'avocat sur un dossier encore pendant remonte à plusieurs années, il sera nécessaire d'examiner si l'ensemble des conditions d'un conflit d'intérêts sont réunies en l'espèce. C'est uniquement dans l'affirmative que sa nouvelle étude sera, elle aussi, dans une situation de conflit d'intérêts.

La règle fixée par le présent arrêt n'est pas limitée à la défense en matière pénale. Elle s'applique également en matière de contentieux civil ou administratif ainsi qu'en matière de conseil juridique<sup>5</sup>. Son application n'est pas limitée aux collaborateurs mais s'étend à tous les avocats brevetés, inscrits à un registre cantonal (art. 5 LLCA) et qui changent d'étude d'avocats, et ce indépendamment de leur statut (associé, conseil etc.)<sup>6</sup>.

## 2. *Appréciation*

Cette nouvelle jurisprudence consacre une vision particulièrement rigoriste des règles professionnelles de l'avocat, s'inscrivant de la sorte dans la droite ligne des évolutions jurisprudentielles à la LLCA. Il est regrettable que le Tribunal fédéral parte du principe excessivement calviniste<sup>7</sup> que les avocats violeront leur secret professionnel au sein de leur nouvelle étude – alors que cette obligation n'est pas limitée dans le temps (art. 321 al. 1, 3<sup>e</sup> phr. CP; art. 13 al. 1 LLCA) – en considérant qu'il existe un risque «concret» que des informations couvertes par le secret soient utilisées à l'encontre du premier mandataire de l'avocat (consid. 2.5)<sup>8</sup>.

Elle s'inscrit néanmoins dans une tendance claire à l'international: un bref exercice de droit comparé dé-

montre en effet que la solution du Tribunal fédéral est également appliquée, à quelques nuances près, en droit allemand et en droit américain.

En Allemagne, où la réglementation de la profession d'avocat est similaire à la Suisse<sup>9</sup>, le *Landgericht Karlsruhe* a jugé, dans un arrêt rendu en 2016 sur la base d'un état de fait similaire à celui de l'arrêt du Tribunal fédéral, que la seconde étude n'est dans une situation de conflit d'intérêts que si l'avocat engagé avait eu connaissance (*Kenntnis*) ou aurait dû avoir connaissance (*Kennenmüssen*) du dossier prétendument conflictuel<sup>10</sup>. Cette jurisprudence confirmait un arrêt du *Bundesverfassungsgericht* de 2003 – sur lequel le Tribunal s'est peut-être basé<sup>11</sup> –, selon lequel la constitution fédérale allemande prohibait de qualifier de conflit d'intérêt les situations dans lesquelles l'avocat

<sup>2</sup> Arrêt 5A\_967/2014 du 27.3.2015, consid. 3.3.3.

<sup>3</sup> Sur la notion de «connaissance», cf. *infra* p. 216.

<sup>4</sup> Cf. *supra* p. 214.

<sup>5</sup> Selon ARNAUD NUSSBAUMER, la portée de cet arrêt est limitée aux «particularités du cas d'espèce (nature pénale; procédure pendante; statut de prévenu; éléments de droit du travail)» (ARNAUD NUSSBAUMER, Le conflit d'intérêts en cas de changement d'étude d'un collaborateur, 2019 <www.lawinside.ch/739/>, note). Le considérant topique de l'arrêt (consid. 2.3) est toutefois clair et établit que c'est bien le «critère de la connaissance» qui est déterminant. La nature pénale de l'affaire en question n'est pas décisive. Bien au contraire, le TF soulève que la solution retenue prive la partie plaignante du droit de se faire assister par ses avocats de choix (art. 127 al. 1 CPP; cf. consid. 2.5): on peut donc affirmer qu'elle vaudra donc *a fortiori* en matière civile et administrative ainsi qu'en matière de conseil juridique. La qualité de prévenu et le fait que la procédure soit pendante constituent simplement, en l'espèce, les éléments caractéristiques du conflit d'intérêts. Enfin, si la présence de questions liées au droit du travail fait en effet figure d'élément aggravant (cf. consid. 2.4), elle ne semble pas non plus décisive dans la décision des juges de Mon-Repos.

<sup>6</sup> Cf. BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1435 et FELLMANN, Anwaltsrecht, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017 (Anwaltsrecht), N 356 et 359, qui ne font pas de distinction entre les collaborateurs et les associés. Cf. également CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (Profession I), p. 122 et s., qui prône l'application de la règle formulée par le Tribunal fédéral aux associés et non aux collaborateurs.

<sup>7</sup> «[Les hommes] sont tous depuis le premier jusques au dernier enveloppez en telle calamité, de laquelle ils ne peuvent sortir, sinon que la miséricorde de Dieu les en délivre. [...] Que cela doncques soit résolu, que les hommes ne sont pas tels que saint Paul les décrit, seulement par coustume perverse, mais aussi d'une perversité naturelle.», JEAN CALVIN, Institution de la religion chrétienne, Livre II, Chapitre III, § 2.

<sup>8</sup> NUSSBAUMER, op. cit., note.

<sup>9</sup> Cf. également FELLMANN, Anwaltsrecht, N 360. *Contra* SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, p. 223 nbp n° 963. Il suffit pour s'en convaincre de lire les art. 43 à 43b de la *Bundesrechts-anwaltsordnung* allemande, qui présentent une curieuse ressemblance avec les art. 12 et 13 LLCA dont nous sommes familiers.

<sup>10</sup> Arrêt du *Landgericht Karlsruhe* du 6.10.2016, in *AnwaltsBlatt* 2017 p. 91 et BRAK-Mitteilungen 2017 p. 33, § 47 ss. V. également SUSANNE OFFERMANN-BURCKHART, Interessenkollision – russisches Roulette oder beherrschbares Risiko?, *AnwaltsBlatt* 2018 p. 207 ss.

<sup>11</sup> «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.» (consid. 2.2). C'est à cette jurisprudence que se réfère FELLMANN, Anwaltsrecht, N 360, dont l'opinion est par la suite suivie par le Tribunal fédéral.

n'avait pas traité le dossier en question dans sa précédente étude<sup>12</sup>. La *Landgericht Karlsruhe* tranchait également à cette occasion une importante controverse doctrinale née à la suite d'une modification des règles déontologiques fédérales<sup>13</sup>.

Aux États-Unis, les règles professionnelles relatives à l'exercice de la profession d'avocat sont édictées de façon indépendante par les *bar associations* de chaque État. Néanmoins, l'*American Bar Association* publie des *Model Rules of Professional Conduct (Model Rules)*<sup>14</sup> qui servent souvent d'inspiration aux *bar associations*. La *Rule 1.10* des *Model Rules* traite des conflits d'intérêts au sein des études. Comme en Suisse, le conflit d'intérêts d'un avocat s'étend à l'ensemble de son étude (*Rule 1.10[a]*). Lorsqu'un avocat change d'étude, un conflit d'intérêts peut naître pour la nouvelle étude si l'avocat a – à tout le moins – «participé» au dossier en question (*participation in the matter*) au sein de sa précédente étude et que les conditions ordinaires du conflit d'intérêts sont par ailleurs réunies (*Rule 1.10[a][2]*)<sup>15</sup>. Cette règle est reprise par la quasi-totalité des *bar associations* étatiques<sup>16</sup>.

Il faut néanmoins souligner que dans ces deux juridictions, le client a, dans certaines circonstances, la faculté de consentir au conflit d'intérêts<sup>17</sup>, ce qui n'est pas le cas en Suisse selon la jurisprudence – encore confirmée par l'arrêt commenté (consid. 2.5) – et la doctrine<sup>18</sup>. Il semble pourtant évident qu'offrir cette faculté au client constitue la contrepartie nécessaire au durcissement progressif de la réglementation des conflits d'intérêts. À l'heure actuelle, les avocats suisses sont donc encadrés plus sévèrement que leurs homologues allemands et américains, sans toutefois se démarquer par leur propension au péché...

### 3. Le «critère de la connaissance»

Penchons-nous à présent sur le critère décisif formulé par le Tribunal fédéral dans le présent arrêt: pour les Juges fédéraux, un conflit d'intérêt n'est envisageable pour la nouvelle étude de l'avocat lorsque ce dernier a eu «connaissance» du dossier au sein de sa précédente étude (consid. 2.3).

À notre sens, cette notion doit être interprétée de manière restrictive, dans la mesure où la LLCA constitue une restriction à la liberté économique (art. 27 Cst.)<sup>19</sup>, qui protège notamment le droit de choisir librement la manière dont l'avocat exerce son activité professionnelle et, en particulier, son droit au «mouvement sur le plan professionnel»<sup>20</sup>.

Selon WALTER FELLMANN, l'avocat doit avoir eu connaissance, au sein de sa précédente étude, d'informations couvertes par le secret professionnel qu'il est susceptible d'utiliser au profit du mandant de sa nouvelle étude<sup>21</sup>. Cette opinion doctrinale a reçu – implicitement – l'approbation du Tribunal fédéral dans le présent arrêt<sup>22</sup>. Il ne faudra toutefois pas être trop exigeant. Nous sommes de l'avis qu'il n'y aura ainsi pas de conflit d'intérêts si l'avocat a simplement connaissance du fait que le dossier existe<sup>23</sup>. Il doit en outre avoir eu connaissance des informations en question dans le cadre de son travail d'avocat.

De simples bruits de couloirs ou des informations obtenues lors de discussions informelles entre collègues à l'occasion d'un déjeuner ou d'un *after-work*, par exemple, ne suffisent donc pas. En d'autres termes, un conflit d'intérêts n'est envisageable que si l'avocat a participé au traitement du dossier et qu'il a, dans ce cadre, eu connaissance d'informations susceptibles d'être utilisées au détriment de son précédent client. L'examen de quelques pièces d'un dossier afin d'en discuter avec un collègue ou un supérieur hiérarchique constitue à notre sens le «seuil de matérialité»<sup>24</sup> au-delà duquel un conflit d'intérêts commence à être envisageable.

### 4. Les avocats stagiaires et le personnel administratif

L'engagement d'avocats fraîchement brevetés est indubitablement affecté par cette nouvelle jurisprudence. En effet, le Tribunal fédéral considère depuis 2008 que les in-

12 Arrêt du *Bundesverfassungsgericht* du 3. 7. 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2003 p. 2520. Cf. FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 360.

13 Cf. à ce sujet, MARKUS HARTUNG, in *BORA/FAO – Berufs- und Fachanwaltsordnung*, 6<sup>e</sup> éd., Munich 2016, n° 157 ss § 3 BORA.

14 AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Rules of Professional Conduct: Table of contents*, 2018 <[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/)> (tous les liens ont été consultés le 1. 5. 2019).

15 Pour un éloquent exposé de la *ratio legis* de cette règle, cf. DISTRICT OF COLUMBIA BAR, *Rules of Professional Conduct: Rule 1.10--Imputed Disqualification: General Rule*, Comment <<https://www.dcbbar.org/bar-resources/legal-ethics/amended-rules/rule1-10.cfm>>, § 8 ss.

16 Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION, CPR POLICY IMPLEMENTATION COMMITTEE, *Variation of the ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.10: Imputation of Conflicts of Interest: General Rule*, 11. 12. 2018 <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional\\_responsibility/mrpc\\_1\\_10.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/mrpc_1_10.pdf)>.

17 Aux États-Unis: *Rule 1.7[b]* des *Model Rules*. En Allemagne: § 3(2) de la *Berufsordnung für Rechtsanwälte* édictée par la *Bundesrechtsanwaltskammer* <[https://www.brak.de/w/files/02\\_fuer\\_anwaelte/berufsrecht/025-bora-stand-01.11.18.pdf](https://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/025-bora-stand-01.11.18.pdf)>; v. à ce sujet MARKUS HARTUNG, op. cit., n° 152 § 3 BORA; MONIKA TRÄGER, in *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO*, 9<sup>e</sup> éd., Munich 2016, n° 35 ss ad § 3 BORA.

18 CHAPPUIS, *Profession I*, p. 128 et s. et les réf. citées; BOHNET, *Droit des professions judiciaires*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, N 53 et les réf. citées.

19 V. à ce sujet CHAPPUIS, *Profession I*, p. 13 et s.; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 33 ss; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 341.

20 BOHNET/MARTENET, op. cit., N 322 et les réf. citées. Cf. plus récemment BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd. 2017, n° 9 ad art. 27 Cst.; UHLMANN, in *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, n° 7 ss ad art. 27 Cst. V. aussi le raisonnement du *Bundesverfassungsgericht* allemand dans l'arrêt cité en note 12.

21 FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 359.

22 Cf. consid. 2.2 et 2.3.

23 Cf. en droit comparé NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, *New York Rules of Professional Conduct, Rule 1.10(c)*: «[...] unless the newly associated lawyer did not acquire any information [...] that is *material to the current matter*» (nous soulignons) <<https://www.nysba.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=50671>>. *Contra* SCHILLER, op. cit., N 898, qui va jusqu'à considérer qu'il appartiendrait au candidat de prouver qu'il n'a pas eu connaissance d'un dossier. L'auteur n'indique pas – ce qui n'étonne guère – comment celui-ci serait à même d'apporter une telle preuve.

24 Pour reprendre l'expression de BENOÎT CHAPPUIS (*CHAPPUIS, Profession I*, p. 123).

formations acquises par l'avocat dans le cadre d'autres activités professionnelles, en particulier en qualité de notaire et de juges, peuvent entraîner pour lui un conflit d'intérêts lorsqu'il existe la possibilité d'utiliser ces informations dans un nouveau mandat<sup>25</sup>. Selon la doctrine, cette jurisprudence peut être étendue à la situation des avocats stagiaires<sup>26</sup>. En conséquence, lorsque l'avocat breveté a eu connaissance d'un dossier auprès de son maître de stage, il crée potentiellement un conflit d'intérêts pour l'étude qui souhaite l'engager en qualité d'avocat. L'étude qui souhaite engager un ancien avocat stagiaire fraîchement breveté devra donc également appliquer à son égard les mesures de vérification des conflits d'intérêts décrites ci-dessous<sup>27</sup>.

Tel n'est pas le cas lorsqu'un avocat stagiaire change d'étude afin d'y poursuivre son stage d'avocat ou si des membres du personnel administratif (secrétaires, comptables, etc.) intègrent une autre étude. Une étude n'est en effet affectée que par les avocats brevetés, soumis à la LLCA, qui exercent en son sein et qui sont en possession d'informations créant un conflit d'intérêts<sup>28</sup>. C'est donc la prohibition des conflits d'intérêts, inscrite à l'art. 12 let. c LLCA, qui est pertinente ici, et non la simple possession d'informations couvertes par le secret professionnel. Les avocats stagiaires et les membres du personnel administratif sont indiscutablement des auxiliaires au sens de l'art. 321 CP, et sont à ce titre soumis au secret, mais ils ne sont pas soumis aux règles professionnelles de la LLCA<sup>29</sup>. On peut donc partir du principe qu'ils respecteront leurs obligations légales et qu'ils ne s'exposeront pas à des sanctions pénales en divulguant à leur nouvelle étude des informations obtenues lors de leur précédent emploi<sup>30</sup>. Ils ne créent donc aucun conflit d'intérêts pour leur nouvel employeur.

## IV. Conséquences pratiques

### 1. Généralités

Abordons à présent les conséquences pratiques de cet arrêt du Tribunal fédéral pour les études d'avocat.

Nous partirons du principe que cette nouvelle jurisprudence a une application rétroactive<sup>31</sup>. Nous rappelons que le client ne peut pas valablement consentir à un conflit d'intérêts: si un conflit d'intérêts se matérialise, l'avocat n'a donc pas d'autre choix que de se dessaisir du dossier<sup>32</sup>.

Le principal risque juridique auquel l'avocat est confronté en cas de survenance d'un conflit d'intérêt est une action en responsabilité intentée par le client dont le mandat a été révoqué et qui a dû ainsi s'adresser – potentiellement dans l'urgence – à un autre avocat, ce qui a entraîné pour lui des frais supplémentaires. Que l'on analyse cette situation comme une résiliation du mandat en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO) ou comme une violation du devoir de fidélité de l'avocat (art. 398 CO), il faut examiner si l'avocat s'est placé dans une situation de conflits d'intérêts par sa *faute*, notamment en ne mettant pas en place «un système efficace de détection des conflits d'intérêts au sein de son étude»<sup>33</sup>. Il en va de même en ce qui

concerne une éventuelle sanction disciplinaire (art. 17 LLCA), qui ne peut être prononcée qu'en cas de faute<sup>34</sup>. À l'inverse, l'avocat pourra se libérer de toute responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures propres à éviter la survenance de conflits d'intérêts.

En définitive, la question est de savoir quelle intensité le contrôle de l'avocat doit revêtir afin que son éventuelle ignorance d'un conflit d'intérêt soit, le cas échéant, non-fautive<sup>35</sup>.

À notre sens, les études d'avocats devront adapter leurs bases de données (*infra* b.) de manière à pouvoir effectuer un contrôle des conflits d'intérêts à l'engagement des collaborateurs (*infra* c.) et à identifier leurs potentiels conflits d'intérêts existants (*infra* c.).

<sup>25</sup> Arrêt 2C\_518/2009 du 9.2.2010, arrêt 2C\_26/2009 du 18.6.2009, consid. 3.1; arrêt 2C\_407/2008 du 23.10.2008, consid. 3.3.

<sup>26</sup> BOHNET/MARTENET, N 1441 et N 1446 ss.

<sup>27</sup> Cf. *infra* p. 218.

<sup>28</sup> Arrêt 1B\_510/2018 du 14.3.2019, consid. 2.1 *in fine*.

<sup>29</sup> Ou ne le sont que de manière analogique en vertu du droit cantonal: v. art. 32 de la Loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAV-GE; RS GE E 6 10).

<sup>30</sup> Il s'agit de l'un des effets paradoxaux de cette jurisprudence. Tout se passe comme si les membres de l'étude qui ne sont pas soumis à la LLCA agissaient naturellement avec plus de probité que les avocats, pourtant soumis à une obligation de soin et de diligence (art. 12 let. a LLCA).

<sup>31</sup> NUSSBAUMER, *op. cit.*, note. V. toutefois PICHONNAZ, L'effet rétroactif du changement de jurisprudence: quelques réflexions à l'aune du pluralisme méthodologique, in *Une empreinte sur le Code Civil*, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, 2013, p. 57; PICHONNAZ/PIOTET, in *Commentaire romand, Code civil*, n° 62 ss ad art. 1-4 Tit. fin. CC.

<sup>32</sup> V. *supra* p. 216.

<sup>33</sup> CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome II, 2<sup>e</sup> éd. 2017 (Profession II), p. 226, qui se fonde sur l'art. 404 al. 2 CO. Au sujet du rôle de la faute dans la résiliation du mandat en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO), v. FELLMANN, in *Berner Kommentar*, n° 95 ss ad art. 404 CO, qui prône une approche fondée sur les circonstances du cas d'espèce; TERCIER/CARRON/BIERI, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd. 2016, N 4625, pour qui l'existence de «justes motifs» permet de faire échec à l'obligation d'indemniser le cocontractant et WERRO, in *Commentaire romand, Code des obligations*, n° 12 ad art. 404 CO, pour qui la bonne foi est le critère central. Au sujet de la prohibition des conflits d'intérêts issue du devoir de fidélité de l'avocat (art. 398 CO), v. BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1397; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1309 ss et les réf. citées; LOMBARDINI, *La responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients*, in *Défis de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle*, 2008, p. 529 ss; TERCIER/CARRON/BIERI, *op. cit.*, N 4780; WEBER, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, 6<sup>e</sup> éd. 2015, n° 16 ad art. 398 CO. La doctrine n'examine toutefois pas si le mandataire se trouve dans une situation de conflits d'intérêts au sens restreint de l'art. 398 CO lorsqu'un autre avocat au sein son étude défend des intérêts contradictoires.

<sup>34</sup> FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 722 et s. et les réf. citées.

<sup>35</sup> Nous partons du principe que l'art. 101 al. 1 CO, qui porte sur la responsabilité pour les actes des auxiliaires, n'est pas applicable dans ce type de circonstances. Pour être qualifiée d'auxiliaire, une personne doit en effet exécuter ou concourir à l'exécution d'une obligation du débiteur (THÉVENOZ, in *Commentaire romand, Code des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n° 5 ad art. 101 CO et les réf. citées). Le simple engagement d'un avocat, même s'il génère un conflit d'intérêts pour le cabinet, n'en fait pas *ipso iure* un auxiliaire.

## 2. Base de données des études représentant les parties adverses

Inévitablement, les études d'avocat devront désormais disposer de bases de données leur permettant de déterminer les autres études d'avocats impliquées dans la défense ou le conseil des parties adverses et des co-prévenus<sup>36</sup>. Ces bases de données devront en outre préciser la date de la constitution ainsi que, le cas échéant, celle à laquelle le mandat de la partie adverse a pris fin: ces informations sont en effet nécessaires au contrôle des conflits d'intérêts liés à l'engagement de nouveaux avocats (cf. ci-dessous). Elle devra être structurée de telle manière à ce qu'il soit possible d'extraire une liste de l'ensemble des dossiers dans lesquels une certaine étude est intervenue au soutien d'une partie adverse.

Si l'on admet que cette jurisprudence a un effet rétroactif, il faut tirer comme conséquence que les études devront construire cette base de données en prenant en compte l'ensemble de leurs dossiers en cours, susceptibles d'être affectés par l'arrivée d'un nouvel avocat.

Dans la pratique, nous imaginons que les études moduleront la mise en œuvre de leurs obligations légales en fonction de leur évaluation des risques. Il est envisageable – sans que cela ne les exonère de leurs obligations légales – qu'elles se limitent à établir une liste des dossiers «à risque» pour lesquels une action en responsabilité contractuelle en cas de conflit d'intérêts est réellement envisageable, et qu'elles n'effectuent les vérifications décrites ci-dessous qu'au regard de cette liste restreinte et en ne prenant pas en compte les dossiers mineurs pour lesquels les risques sont négligeables ou inexistant.

## 3. Recrutement des avocats

La mise en place de contrôle des conflits d'intérêts est non seulement une conséquence de l'arrêt du Tribunal fédéral, mais est également expressément indiquée par celui-ci (consid. 2.5)<sup>37</sup>.

Lors de l'engagement d'un avocat, l'étude devra lui soumettre la liste de l'ensemble de ses dossiers au sein desquels sa précédente étude était impliquée dans la défense où la représentation d'une partie adverse. Sur la base de cette liste, le collaborateur devra indiquer à sa (potentielle) nouvelle étude les dossiers pour lesquels il a eu connaissance d'informations qui pourraient donner lieu à un conflit d'intérêts<sup>38</sup>. Il n'y a pas là de violation du secret professionnel, pour autant que la liste soumise au candidat ne mentionne que les dossiers qui étaient effectivement ouverts lorsqu'il exerçait au sein de son ancienne étude: la connaissance des mandats qui opposent les deux études est en effet couverte tant par le secret professionnel du candidat que par celui de l'étude auprès de laquelle il postule.

Pour les dossiers dont l'avocat déclare avoir eu connaissance, l'étude doit ensuite déterminer si l'engagement du collaborateur entraînerait effectivement un conflit d'intérêts ou non<sup>39</sup>. Si l'étude arrive à la conclusion que tel est le cas, elle fait alors face à une cruelle alternative: engager le candidat et abandonner le dossier, ou conserver le dossier et refuser d'engager le candidat<sup>40</sup>.

Pour les dossiers dont l'avocat déclare ne pas avoir connaissance, la question est naturellement de savoir si l'étude peut raisonnablement croire en la bonne foi du candidat. Nous sommes de l'avis que l'employeur pourra en principe lui faire confiance<sup>41</sup>, à moins qu'il n'existe des indices clairs que le candidat cherche à cacher une partie de la vérité. Tel sera par exemple le cas si l'avocat sélectionne trop peu de dossiers, qu'il ne sélectionne que de «petits» dossiers, ou que la petite taille de sa précédente étude ou la durée de son précédent engagement permet de présumer qu'il a participé à d'autres dossiers que ceux qu'il sélectionne. Dans de tels cas, l'étude devrait se renseigner auprès de la précédente étude du candidat – avec son accord –, étant précisé que l'implication d'un avocat particulier dans un dossier n'est pas une information couverte par le secret professionnel<sup>42</sup>.

Si l'avocat a travaillé dans plusieurs études au cours des quelques années précédant sa candidature, l'exercice devra être répété pour chacune des études.

À notre sens, l'étude qui prend les mesures décrites ci-dessus ne pourra pas se faire reprocher de faute s'il s'avère par la suite que le candidat engagé lui a menti et qu'elle se retrouve dans une situation de conflit d'intérêts qu'elle n'avait pas décelée à son engagement: elle aurait en effet pris toutes les mesures propres à prévenir la naissance d'un conflit d'intérêts. Tel sera d'autant plus le cas si la précédente étude intervenait dans le dossier d'une manière qui n'était pas connue de la nouvelle étude, si bien que celui-ci n'avait aucun moyen de déceler le conflit

<sup>36</sup> V. en droit allemand TANJA NITSCHKE, in *Sozietätsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Munich 2015, § 42 N 80 et s.; MONIKA TRÄGER, op. cit., n° 30 ad § 3 BORA.

<sup>37</sup> «De plus, [la solution retenue] pourrait étendre la portée des vérifications et/ou des limites lors d'engagements d'avocats collaborateurs.»

<sup>38</sup> V., en droit allemand, BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, Begründung für die Änderungen der §§ 7, 6 Abs. 2 und § 3 BORA, BRAK Mitteilungen, 2006 p. 216.

<sup>39</sup> Cf. *supra* p. et p. 214 et s.

<sup>40</sup> V., en droit allemand, MARTIN HENSSLER, in BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung, 4<sup>e</sup> éd., Munich 2014, n° 33 ad § 3 BORA: «[Die neue Sozietät] wird sich daher überlegen, ob das Interesse an der Mandatsbearbeitung das an der Aufnahme des neuen Sozius überwiegt und umgekehrt».

<sup>41</sup> Le candidat qui ment à l'étude risque un futur licenciement, risque de potentiellement causer un dommage à son employeur, et s'expose à un important risque de réputation. Il est déraisonnable de partir du principe qu'une personne remplissant les conditions de l'inscription au registre (art. 6 ss LLCA) s'exposera volontairement à de tels risques.

<sup>42</sup> À notre connaissance, aucun auteur ne soutient que tel serait le cas. Cela n'étonne guère: une information n'est couverte par le secret professionnel que si son maître a un intérêt à ce qu'elle soit maintenue confidentielle (CHAPPUIS, in Commentaire romand, Code pénal, n° 31 ad art. 321 CP; DUPUIS et al., Petit commentaire, Code pénal, n° 24 ad art. 321 CP et les réf. citées; OBERHOLZER, Basler Kommentar, Strafrecht, 4<sup>e</sup> éd., n° 14 ad art. 321 CP; PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, Commentaire romand, Loi sur les avocats, n° 209 ad art. 13 LLCA). On voit mal quel intérêt du client dicterait de garder secret le fait qu'un avocat en particulier a eu connaissance de son dossier, dès lors que l'existence du dossier est connue de l'étude qui en fait la demande.

d'intérêts. L'application par analogie des pratiques allemande<sup>43</sup> et américaine<sup>44</sup>, plus sévères et formalistes, ne se justifie pas en l'état du droit suisse.

Dans une perspective pratique et de gestion des risques, il est recommandable que l'étude identifie les dossiers particulièrement sensibles, pour lesquels un contrôle accru doit, dans tous les cas, être effectué. Ce contrôle accru pourrait, par exemple, consister en la vérification des informations données par le candidat auprès de sa précédente étude.

Il faut enfin souligner qu'une étude ne pourra jamais exclure tout risque de conflit d'intérêts lié à l'engagement d'un avocat. Ainsi, dans le cas, déjà mentionné, où la première étude intervient «en sous-marin» dans un dossier, les secrets professionnels respectifs du candidat et de l'étude – qui, ici, ne se recouvrent pas – les empêche de discuter ouvertement du risque de conflit d'intérêts qui se pose. Une étude n'a pas d'autre choix que d'accepter qu'il existe désormais un risque inhérent à chaque engagement d'un nouveau collaborateur. Elle ne commettra toutefois aucune faute si elle n'avait aucun moyen de le découvrir, comme ce serait le cas dans ce type de circonstances.

#### 4. Gestion des dossiers «toxiques»

Il est hautement probable que des études aient engagé avant la publication de cet arrêt du Tribunal fédéral des avocats sans savoir que leur engagement pouvait potentiellement créer un conflit d'intérêts pour l'étude. Elles n'ont donc pas vérifié si ces avocats ont eu connaissance, au sein de leur précédente étude, de dossiers dont elles avaient également la charge et se retrouvent aujourd'hui, éventuellement, dans plusieurs situations de potentiel conflit d'intérêts. Il est également possible qu'elles aient eu connaissance que tel était le cas, sans toutefois soupçonner qu'il s'agit d'une situation de conflit d'intérêts.

Il est peu probable que les juridictions soient clémentes avec les études d'avocats qui ne prennent pas rapidement des mesures propres à identifier de tels dossiers «toxiques». D'un point de vue juridique, le caractère imprévisible et créateur de cette jurisprudence n'aura semble-t-il aucun impact sur les devoirs des avocats et sur les conditions de leur responsabilité. Précisons d'emblée – en espérant que cela rassurera certains de nos lecteurs – que rien n'indique que le licenciement de l'avocat soit propre à mettre fin à la situation de conflit d'intérêts. La seule et unique issue que peut connaître un conflit d'intérêt est l'abandon du mandat par l'avocat; toute autre mesure est, juridiquement, vouée à l'échec. L'étude d'avocat

doit donc procéder à un contrôle rétrospectif de ses dossiers en cours, en y associant étroitement les avocats récemment engagés. Il est difficile de prescrire les contrôles qui devraient être effectués ainsi que leur intensité, tant ils varieront en fonction des mandats et de la taille de chaque étude. Les études nationales regroupant des dizaines d'avocats font vraisemblablement face à une tâche complexe et chronophage. Une petite étude composée d'une avocate et d'un collaborateur pourra identifier et résoudre les éventuels problèmes en quelques heures.

## V. Conclusion

Cette nouvelle jurisprudence est source de défis considérables pour les études d'avocats, et ce d'autant plus pour les grandes études nationales disposant de plusieurs bureaux en Suisse, qui gèrent non seulement un nombre important de dossiers mais qui emploient également un grand nombre de collaborateurs. Il n'est dès lors pas étonnant que ce soit l'une d'entre elles qui ait recouru au Tribunal fédéral.

Nous avons vu à plusieurs reprises au cours des lignes qui précèdent les reproches qu'on peut lui adresser: elle part du principe qu'il existe un risque «concret» que l'avocat divulgue des informations couvertes par le secret professionnel (p. 215), elle conduit à traiter avec plus de suspicion les avocats que leurs collègues non soumis à la LLCA (p. 216 et s., note 30) et elle met les études – en particulier les plus grandes d'entre elles – dans une situation où elles ne sont pas en mesure d'exclure entièrement les risques de conflit d'intérêts lorsqu'elles recrutent des avocats (p. 219). Nous avons également vu que les avocats suisses sont dans une situation défavorable par rapport à leurs confrères allemands et américains (p. 216). Il y a donc lieu de s'interroger sur les justifications d'une réglementation aussi incisive des avocates et des avocats suisses, qui, s'ils ne sont pas au-dessus de tout soupçon, doivent néanmoins être présumés honnêtes.

<sup>43</sup> BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, op. cit., p. 216.

<sup>44</sup> Mot-clé: *Lateral screening* AMERICAN BAR ASSOCIATION, Model Rules of Professional Conduct, 2018, <[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/)>, Rule 1.10(a)(2)(ii) et (iii).