

CONFLIT D'INTÉRÊTS ET SECRET: LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

BENOÎT CHAPPUIS

Professeur aux Universités de Genève et Fribourg, avocat

Mots-clés: secret professionnel, capacité de postuler de l'avocat, conflits d'intérêts

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la LLCA est relativement abondante, en particulier en ce qui concerne la recevabilité des recours interjetés contre une interdiction de postuler, en cas de conflit d'intérêts. Il vaut donc la peine de faire le point à cet égard, à l'occasion d'un récent arrêt du Tribunal fédéral. D'autre part, ce dernier a maintenu une conception ferme du domaine couvert par le secret professionnel, ce qui doit être salué. Il est donc intéressant de rappeler la teneur actuelle de la jurisprudence.

I. TF, 2C_461/2014, secret professionnel de l'avocat

Le 10.11.2014, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt non destiné à publication qui, même s'il ne fait que rappeler des principes connus, présente un intérêt certain concernant la délimitation des activités soumises au secret professionnel.

1. L'arrêt

Afin d'être autorisé à témoigner dans le contexte d'un litige civil, un avocat avait demandé à l'autorité de surveillance à être délié de son secret. Cette dernière avait rejeté la requête, après que deux des anciens clients de l'avocat avaient été autorisés, suite à un recours au Tribunal fédéral, à participer à la procédure et à avoir accès au dossier¹.

Le contexte de fait était le suivant: l'avocat avait, pour le compte de trois amis ayant des intérêts dans une société anonyme:

- rédigé une convention de dépôt séquestre;
- pris en dépôt des certificats d'actions;
- reçu des instructions conjointes des trois actionnaires relativement au séquestre amiable;
- pris en dépôt le registre d'actions.

Si même l'avocat avait été initialement le conseiller d'un seul des actionnaires, il n'était pas contestable qu'il était finalement devenu le mandataire commun des trois protagonistes. Alors que l'autorité de surveillance avait considéré que les activités de l'avocat étaient typiques et, partant, couvertes par le secret professionnel, tel ne fut pas l'avis de la Cour de justice qui, saisie d'un recours, considéra que l'avocat n'avait pas exercé des activités propres à sa profession. Elle nia en conséquence que le secret pût les couvrir.

Cette conclusion n'a pas trouvé grâce aux yeux du Tribunal fédéral, qui a retenu que l'avocat «a effectué une activité de conseil en proposant une solution dans l'intérêt de ses trois mandants et qu'il a rédigé une convention de dépôt-séquestre pour eux. Ces activités relèvent de toute évidence de l'activité professionnelle typique de l'avocat, couverte par le secret professionnel».

2. Commentaire

Le fait que le Tribunal fédéral ait eu besoin, selon ses propres termes, de rappeler une évidence montre que, comme souvent, les évidences vont mieux lorsqu'elles sont dites. Certaines autorités semblent en effet avoir une vision de plus en plus restrictive des activités soumises au secret. Voici en effet à peine deux ans que le Tribunal fédéral avait déjà dû rappeler aux autorités fiscales fédérales qu'il n'est pas nécessaire que l'avocat effectue des prestations qui impliquent des considérations juridiques ou procédurales pour que ses activités soient tenues pour typiques². Les juges fédéraux avaient retenu que, si dans le cadre d'une enquête dirigée contre l'un de ses clients, l'avocat ne fait qu'exposer à l'intention de l'administration les faits que son client lui a communiqués, il déploie incontestablement une activité typique. Il n'est pas nécessaire qu'il argumente en droit de fond ou de procédure. Voilà des décennies que le Tribunal fédéral a distingué les activités typiques de celles de nature pu-

¹ TF, 2C_587/2012.

² TF, 1B_380/2012.

GUGGENHEIM ASSOCIÉS

GENÈVE
DUBAÏ
SINGAPOUR
HONG KONG

FIDUCIAIRE
CABINET DE CONSEIL
RÉVISION
FISCALITÉ

**ENTREPRENEUR, PME
DÉVELOPPONS ENSEMBLE**

Partenaire idéal pour créer et investir en Europe,
au Moyen-Orient, en Afrique et en Asie

De la réflexion à l'action

GUGGENHEIM & ASSOCIÉS SA

15, rue du Jeu-de-l'Arc,
Case Postale 6397,
CH-1211 Genève 6 Suisse
T +41 (0)22 707 91 91
F +41 (0)22 707 91 99

GUGGENHEIM & ASSOCIATES PTE LTD

45, Tras Street,
Singapore 078984
T +65 6922 6622
F +65 6922 6600

contact@ggh.ch - www.ggh.biz

GUGGENHEIM & ASSOCIATES DMCC

Jumeirah Lake Towers, Cluster I,
Platinum Tower Office 3307
PO Box 392 956, Dubai, UAE
T +971 4 550 1600
F +971 4 550 1699

GUGGENHEIM & ASSOCIATES LTD

20th Floor, Euro Trade Centre,
21-23 Des Vœux Road Central, Hong Kong
T +85 22 824 84 30

SINCE 1965
SWISS COMPANY



Alliott
GROUP

FIDUCIAIRE | SUISSE

ASCO

OAR-G

rement commerciale qui ne ressortissent pas à la profession d'avocat³.

Selon la conception retenue par la jurisprudence et prévalant en doctrine, les activités typiques de l'avocat consistent, d'une part, à représenter les parties en justice et, d'autre part, à dispenser des conseils juridiques. Toute autre activité est considérée comme atypique ou non traditionnelle⁴. Les deux arrêts du Tribunal fédéral qui viennent d'être mentionnés montrent que ce dernier conserve une interprétation large de la notion qu'il a lui-même forgée d'activité typique: l'avocat est dans son rôle traditionnel lorsqu'il recommande une structure de détention d'actions à des associés et rédige une convention de dépôt-séquestre, cela même si c'est lui qui devient le tiers-séquestre; il reste toujours dans son rôle lorsqu'il fait valoir devant une autorité la version des faits que son client entend présenter. Ce ne sont que les activités de nature véritablement commerciale (administration de sociétés, gestion de fortune, intermédiation financière, courtage, etc.⁵) qui sortent du cadre des activités typiques et qui, partant, sont soustraites à la protection du secret.

II. TF, 4D_58/2014, capacité de postuler et recevabilité du recours

Dans une décision du 17.10.2014, le Tribunal fédéral a relevé une autre évidence – toujours selon ses propres termes – que celle qu'il a mentionnée dans l'arrêt précédent: l'avocat qui se voit notifier une décision lui interdisant de représenter une partie en raison d'un conflit d'intérêts peut immédiatement recourir contre cette décision, même si cette dernière doit être qualifiée d'incidente⁶. Il subit en effet, à l'évidence, un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

1. L'arrêt

Le Tribunal fédéral était saisi d'un recours déposé par un avocat constitué dans un procès civil, qui avait été appelé à témoigner par la partie adverse. La première autorité avait considéré que, même s'il refusait finalement de témoigner, l'avocat appelé comme témoin ne pouvait plus se constituer à la défense d'une des parties au litige. L'autorité de recours cantonale avait déclaré le recours irrecevable, au motif que le recourant n'avait pas démontré

³ TF, 2A.247/2000, c. 1, résumé in RDAF 2001 II 273; ATF 114 II 105 = JdT 1990; ATF 112 Ib 606 = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539. Pour une critique de la notion de «caractère commercial de l'activité», cf. CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 150 ss.

⁴ ATF 130 II 193, c. 5.1.

⁵ Sur ces notions, CHAPPUIS BENOÎT, La profession d'avocat, tome I, Genève, Zurich, Bâle 2013, p. 139 ss.

⁶ Pour une présentation de l'évolution récente de la jurisprudence en la matière, BOHNET FRANÇOIS, Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire: derniers développements, RSJ 2014 234.

subir un préjudice difficilement réparable. Après avoir rappelé que le préjudice irréparable doit être juridique, et non simplement de fait ou économique, le Tribunal fédéral a considéré que, au moment où le recours de l'avocat évincé pourrait finalement être déposé, c'est-à-dire au moment du prononcé de la décision finale au fond, l'entier de la procédure aurait été conduit par un autre mandataire, de sorte que le préjudice ne pourrait plus être réparé. Le recours était ainsi à l'évidence recevable.

2. Commentaire

Cette solution doit naturellement être saluée, comme on doit également admettre qu'elle s'imposait effectivement comme une évidence. Il faut néanmoins relever ici les différences importantes existant, d'une part, entre cette solution, qui prévaut en procédure civile et en procédure pénale devant les juridictions cantonales et, d'autre part, celle retenue lorsque la décision émane du Ministère public de la Confédération.

En procédure civile, l'avocat qui se voit notifier une décision lui interdisant de représenter une partie en raison d'un conflit d'intérêts peut immédiatement recourir, cela même si cette décision est qualifiée d'incidente par le Tribunal fédéral, ce qui aurait en principe pour effet d'empêcher un recours immédiat. Cependant, l'avocat et son client subissent un «préjudice difficilement réparable» au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, ou un «préjudice irréparable» au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Le recours est ainsi immédiatement ouvert. En effet, si l'avocat évincé ne pouvait recourir qu'au moment du prononcé de la décision finale au fond, soit au moment où l'entier de la procédure aurait été conduit par un autre mandataire, le préjudice ne pourrait alors plus être réparé⁷. Les juges fédéraux ont qualifié cette solution d'«évidente», tant il est en effet patent que le préjudice ne peut plus être réparé au terme de la procédure⁸.

C'est une solution similaire qui est retenue en procédure pénale, lorsque celle-ci est conduite devant les autorités cantonales. Le Tribunal fédéral considère, à juste titre, que le fait que le client soit définitivement privé de son avocat constitue pour lui un préjudice irréparable, ce qui l'autorise à recourir immédiatement⁹.

C'est cependant une toute autre solution qui s'impose lorsque la procédure pénale est menée par le Ministère public de la Confédération. Lorsque cette autorité rend une décision faisant interdiction de postuler à un avocat, ce dernier peut saisir la Cour des plaintes. Si cette dernière confirme la décision du Ministère public, l'avocat ne peut alors pas porter l'affaire devant la plus haute instance du pays. L'art. 79 LTF dispose en effet que «le recours est irrecevable contre les décisions de la cour des plaintes du tribunal pénal fédéral, sauf si elle porte sur des mesures de contrainte». Or, les juges fédéraux ont retenu que la décision qui interdit à un avocat de postuler ne constitue pas une telle mesure, de sorte qu'un recours au Tribunal fédéral est irrecevable¹⁰.

Si l'on peut regretter l'interprétation étroite ainsi donnée à l'art. 79 LTF, force est d'admettre que la solution re-

tenu par les juges fédéraux est parfaitement compatible avec le texte légal. En d'autres termes, alors qu'en procédure civile ou pénale cantonale, il est «évident» que le recours est ouvert à l'avocat, à qui il est fait interdiction de postuler et qui veut remettre en cause cette décision incidente, il n'en va pas de même en procédure pénale, lorsque la décision attaquée émane du Ministère public fédéral. Dans ce dernier cas, ni l'avocat ni son client ne peuvent saisir le Tribunal fédéral, non pas en raison de la nature du préjudice – réparable ou irréparable –, mais bien parce que la décision attaquée émane de la Cour des plaintes. Ils ne pourront remettre en cause la décision d'interdiction de postuler qu'au moment de la décision finale au fond, démarche dénuée de sens puisque le procès sera terminé.

Cette disparité des solutions est malheureuse, d'autant plus qu'elle intervient dans le domaine pénal où le Ministère public est investi d'une double mission, l'accusation et la direction de la procédure. Alors que, de ce fait, cette autorité est pratiquement juge et partie, ses décisions ayant trait à la capacité de postuler des avocats ne peuvent, par principe, être soumises au contrôle du Tribunal fédéral¹¹. Ce qui est évidemment possible en procédure civile et en procédure pénale cantonale est, paradoxalement, impossible en procédure pénale menée par les autorités fédérales. C'est pourtant dans ce domaine que la protection des droits de la défense devrait être particulièrement élevée, puisque ce sont ces autorités qui sont chargées des enquêtes dans les cas les plus graves (art. 23 et 24 CPP).

⁷ TF, 4D_58/2014.

⁸ TF, 4D_58/2014, c. 1.3.

⁹ TF, 1B_358/2014, c. 2.

¹⁰ TF, 1B_434/2010 – 1B_566/2011. Pour un commentaire critique de cet arrêt, PELLATON NICOLAS, La recevabilité des recours au Tribunal fédéral portant sur la capacité de postuler de l'avocat, *Revue de l'Avocat*, 1/2010; CHAPPUIS BENOÎT/PELLATON NICOLAS, Conflits d'intérêts: autorité compétente pour en juger et voies de recours. Réflexions sur l'arrêt 2C_642/2011 – présentation à la lumière des développements jurisprudentiels récents, *Revue de l'Avocat*, 6-7/2012, 316 ss.

¹¹ Pour une analyse critique de cette situation, CHAPPUIS BENOÎT/PELLATON NICOLAS (cité n. 10), p. 319 ss.