

François Bohnet*

Conflits d'intérêts: seuls les risques concrets comptent

Mots clés: Avocat, conflits d'intérêts, double représentation, risques abstraits, risques concrets, assurance RC

I. Introduction

L'article 12 let. c LLCA impose 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. L'interdiction des conflits d'intérêts représente une règle cardinale de la profession d'avocat.¹ Quelle portée faut-il accorder à cette disposition? Va-t-elle jusqu'à prohiber les simples risques théoriques de conflits?

Le 30 avril 2008, le Tribunal fédéral a mis fin à une controverse que certains arrêts rendus depuis l'entrée en vigueur de la LLCA avaient suscitée sur ce point. On sait désormais que seuls les risques concrets de conflits d'intérêts sont interdits et constituent une violation de l'article 12 let. c LLCA. La simple possibilité abstraite que les intérêts de deux personnes divergent par la suite n'interdit pas à l'avocat de les représenter conjointement.

L'arrêt 2C_699/2007 du 30 avril 2008, destiné à la publication, permet ainsi de mieux cerner la portée de l'article 12 let. c LLCA. Dans les lignes qui suivent, nous analyserons la jurisprudence du Tribunal fédéral consacrée à cette disposition, en détaillant les apports de ce dernier arrêt.

II. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de conflits d'intérêts

1. Quelques délimitations

a. La représentation en justice et le conseil

L'article 12 let. c LLCA ne distingue pas entre les conflits d'intérêts survenant en matière de représentation en justice et dans le domaine du conseil. Cependant, les conflits d'intérêts étant souvent dénoncés par le juge ou les confrères, plutôt que par les clients, souvent consentants, c'est essentiellement dans le contexte judiciaire que les tribunaux sont appelés à intervenir.

Seul le contentieux judiciaire a fait l'objet à ce jour d'une jurisprudence du Tribunal fédéral à notre connaissance.

b. La double représentation, les mandats opposés et la collision avec les propres intérêts du client

On parle de *double représentation* (ou de pluralité de représentations)² lorsque l'avocat défend simultanément les intérêts de deux ou plusieurs parties aux intérêts contradictoires. Il y a dou-

ble représentation interdite tant lorsque l'avocat représente deux parties aux intérêts contradictoires dans la même procédure que lorsqu'il représente un client dans une certaine affaire et entend assister la partie adverse dans un autre dossier. Des *mandats opposés* interviennent en dehors de toute représentation simultanée, lorsqu'un avocat agit contre un ancien client. Aussi bien la double représentation que les mandats opposés ont fait l'objet de développements du Tribunal fédéral.

Même si l'article 12 let. c LLCA ne l'indique pas expressément, il est incontesté que l'avocat doit veiller à ne pas se laisser influencer par ses *intérêts personnels*. Il doit refuser une cause dans laquelle ses intérêts sont en jeu ou potentiellement en jeu.³ L'avocat doit ainsi refuser d'intervenir s'il a des intérêts financiers dans l'affaire ou s'il risque de devoir attaquer pour son client une personne dont il est très proche.

2. Les affaires pénales

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion à diverses reprises de rappeler que les risques de conflits d'intérêts sont grands en cas de représentation de co-prévenus. La représentation conjointe ne doit donc être admise que si tout risque d'intérêts contradictoires peut être exclu d'emblée.⁴ Le Tribunal fédéral a par exemple retenu qu'un avocat ne pouvait assurer la représentation d'un prévenu dénoncé pénalement par son propre pupille, même si celui-ci n'avait qualité que de dénonciateur et si l'avocat avait renoncé à la tutelle après la prise du second mandat.⁵ Viole également l'interdiction des conflits d'intérêts l'avocat qui dépose plainte pénale contre inconnu au nom de deux conjoints, alors qu'il a conscience d'un conflit potentiel, le mari étant finalement soupçonné des actes dénoncés. La violation est particulièrement grave lorsque l'avocat dépose un complément de plainte en désignant expressément le mari comme suspect. Le fait que l'avocat ait renseigné ses clients sur le risque potentiel de conflits n'y change rien.⁶ Se retrouve également inévitablement dans une position conflictuelle l'avocat qui entend défendre plusieurs co-suspects (non encore prévenus). En effet, chaque accusé peut être tenté de reporter la culpabilité sur les autres.⁷

3 TF 2P.318/2006 du 27.07.2007, consid. 11.1.

4 TF 1B_41/2007 du 07.05.2007; TF 5P.587/1997 du 05.02.1998, consid. 3 c; RVJ 1998 64; Pra 87 N 98.

5 TF 1A.223/2002 du 18.03.2003, consid. 5.

6 TF 2A.560/2004 du 01.02.2005, consid. 2, 5.2.

7 TF 1P.227/2005 du 13.05.2005, consid. 3.1–3.2.

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, LL.M. (Harvard), avocat.

1 TF 1A.223/2002 du 18.03.2003, consid. 5.2.

2 TF 1P.227/2005 du 13.05.2005, consid. 3.1.

3. Les affaires civiles

Le Tribunal fédéral a retenu une grave violation de l'interdiction de la double représentation par un avocat qui assistait un père dans le but d'obtenir le versement d'allocations en souffrance, puis la mère dans un litige parental, en allant jusqu'à requérir le blocage du compte sur lequel les allocations recouvrées avaient été versées.⁸ Il a également retenu un conflit d'intérêts patent dans le cas d'un avocat qui donnait à sa maîtresse des conseils juridiques pour sa procédure de divorce, alors qu'il avait été, voire était encore, l'avocat de son mari.⁹

Le Tribunal fédéral a encore retenu une violation de l'interdiction de la double représentation par un avocat qui agissait en réduction et en partage pour une héritière et parallèlement, devant le même tribunal, en versement d'une rente pour la mère de celle-ci, entre autres à la charge de cette héritière.¹⁰

4. Les conflits potentiels

Dans un arrêt du 9 mars 2004,¹¹ le Tribunal fédéral retenait dans un cas concernant un conflit de l'avocat avec ses propres intérêts qu'« un risque même théorique de conflits d'intérêts, au sens de l'article 12 let. c LLCA, suffit pour interdire à l'avocat d'accepter le mandat ». Dans un autre arrêt du 28 octobre 2004,¹² cité ci-dessus, qui concernait une procédure successorale, le Tribunal fédéral déclarait que la double représentation était interdite par principe, sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'il existait concrètement des intérêts opposés dans le cas d'espèce.

Compte tenu des remarques formulées par le Tribunal fédéral dans ces deux arrêts, il était permis de s'interroger sur la sanction réservée, en général, à tout risque abstrait de conflits d'intérêts. Certes, dans la première affaire citée, un conflit existait avec les intérêts propres de l'avocat: il avait accepté le mandat de trois cohéritières dans une procédure de mesures provisoires relative à un litige successoral, alors que l'une d'elles était l'épouse de son associé et que ce couple était débiteur à titre solidaire de l'hoirie à hauteur de CHF 370 000.–. Il était dès lors indirectement intéressé par le sort qui serait réservé à la dette dont son associé devait répondre solidairement dans la succession. Or l'interdiction doit être des plus strictes lorsque les propres intérêts de l'avocat sont en jeu. En cas de double représentation en effet, l'avocat doit renoncer à un mandat conjoint lorsqu'il sait qu'il existe des risques de conflits entre ses mandants. Dans l'hypothèse où les intérêts de l'avocat sont potentiellement en jeu, celui-ci doit refuser le mandat puisqu'il n'existe pas toujours dans ce cas de possibilité de se dégager entièrement du conflit en dénonçant le mandat: les intérêts personnels de l'avocat peuvent par exemple le conduire à utiliser des informations obtenues du client à son profit même après la fin du mandat. Dans la deuxième affaire, le principe semblait n'avoir été posé que pour l'hypothèse où un avocat aurait repré-

senté un demandeur et un défendeur dans la même procédure ou dans deux procédures connexes. Dans un tel cas, on peut en effet partir du principe qu'il existe un risque de conflits d'intérêts concret et qu'il revient à l'avocat de démontrer qu'il se trouve dans une situation exceptionnelle dans laquelle la double représentation est autorisée, comme par exemple en divorce sur requête commune.

De là à généraliser la règle, il n'y avait qu'un pas. Il n'a heureusement pas été franchi. L'arrêt du Tribunal fédéral du 30 avril 2008 pose des critères souples en cas de simple risque de conflits.

III. L'arrêt 2C_699/2007

L'avocat peut-il représenter une assurance responsabilité civile et l'assuré dans une procédure en responsabilité civile entamée à leur encontre par le passager d'un véhicule victime de dommages à l'occasion d'un accident de la route? Non d'après l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Zoug, qui voit un risque de conflits d'intérêts dans un tel cas. L'Autorité de surveillance n'établit pas de risque concret en l'espèce, mais considère qu'une assurance peut dans certains cas entendre couvrir le dommage contre la volonté de l'assuré, et vice-versa. On ne pourrait du reste exclure que l'assurance introduise ensuite une action récursoire contre l'assuré et que celui-ci ait alors le sentiment de ne pas avoir été représenté conformément à ses intérêts dans la première procédure. Enfin, il n'est pas impossible que l'assurance bénéficie d'informations concernant l'assuré dont elle n'aurait pas pu disposer si celui-ci avait mandaté son propre avocat.

Le Tribunal fédéral ne confirme pas cette analyse. Si les arguments développés par l'autorité cantonale ne sont pas hors de propos, ils ne permettent pas de retenir, dans le cas d'espèce, une violation de l'interdiction des conflits d'intérêts. L'Autorité de surveillance n'a en effet analysé que des critères théoriques et retenu une violation d'interdiction des conflits d'intérêts en raison de l'existence d'un simple risque abstrait de conflits. Le Tribunal fédéral retient qu'*un simple risque théorique ne suffit pas*.¹³ La même analyse avait prévalu à Zurich récemment.¹⁴

Dès lors, l'avocat ne doit refuser un mandat conjoint de l'assureur et de l'assuré que dans la mesure où un conflit concret existe d'emblée. Si un conflit survient ultérieurement, l'avocat doit renoncer aux deux mandats. Il ne doit plus traiter ultérieurement de questions liées à cette procédure en faveur de l'un ou l'autre de ses anciens clients. Cela vaut également pour tout procès éventuel contre des tiers. Quant aux faits dont l'avocat a pris connaissance, qu'il n'utilise pas dans le procès qu'il conduit pour ses deux clients, mais qui pourraient être à l'avantage de l'un ou l'autre de ceux-ci dans l'hypothèse d'une procédure récursoire ultérieure, il ne doit pas les dévoiler à l'autre. Ce prin-

8 TF 2A.500/2003 du 17.05.2004, consid. 5.

9 TF 2A.310/2006 du 21.11.2006, consid. 6.2.

10 TF 2A.594/2004 du 28.10.2004, consid. 1.2.

11 TF 2A.293/2003 du 09.03.2004, consid. 4.2.

12 TF 2A.594/2004 du 28.10.2004, consid. 1.2.

13 Consid. 4.2.

14 Voir VerwGer ZHVB.2007.00339 du 04.10.2007, cité par HANS NATER, *Interessenkonflikte: Theoretisches Konfliktrisiko genügt nicht*, RSJ 104 (2008) 171.

cipe découle de l'obligation de diligence inscrite à l'article 12 let. a LLCA.

Le Tribunal fédéral justifie encore son point de vue par l'économie procédurale, la défense des intérêts financiers des clients et l'égalité des armes. En bref, dans la mesure où les intérêts de l'assureur et de l'assuré se rejoignent généralement, il serait contre-productif d'exiger d'eux qu'ils se fassent représenter par deux avocats. De plus, l'assuré a généralement avantage à être représenté par le même avocat que l'assureur, puisque c'est celui-ci, le plus souvent, qui prend les frais du mandataire à sa charge. Le poids financier représenté par une telle défense pourrait parfois peser très lourdement sur les finances de l'assuré.

En l'occurrence, l'avocat dénoncé à l'Autorité de surveillance était également le mandataire de l'assurance du détenteur du véhicule dans lequel se trouvait le passager accidenté et demandeur à la procédure dans un autre procès pendant. L'autorité zougnoise a aussi retenu un conflit d'intérêts pour ce motif: étant également l'avocat de l'assurance du détenteur du véhicule dans lequel se trouvait la personne accidentée, il ne pouvait être garanti que le recourant défendrait exclusivement les intérêts de l'assurance du détenteur du véhicule à l'origine de l'accident. Le Tribunal fédéral rejette cet argument. En l'occurrence, les assurances étaient toutes deux parties défenderesses à la procédure en cause, en qualité de consorts simples. Toutes deux faisaient valoir une faute grave du demandeur, qui n'avait pas bouclé sa ceinture de sécurité. L'avocat pouvait dès lors sans autre défendre les intérêts de l'assurance Winterthur alors même qu'il défendait l'assurance Mobilière dans une autre procédure. Le fait qu'un conflit pourrait éventuellement intervenir ultérieurement, en cas de perte du procès de l'une et l'autre des assurances dans le cadre de la répartition interne de la prise en charge du dommage, n'a pas d'incidence sur la défense des intérêts de la Winterthur à ce stade. L'avocat devrait, le cas échéant, renoncer à la défense de celle-ci au stade d'une éventuelle action récursoire.

Cet arrêt permet donc au Tribunal fédéral de fixer clairement la portée de l'interdiction des conflits en matière de double représentation. En bref, une double représentation n'est interdite qu'en cas de *risque concret de conflits*. Un risque abstrait ne suffit pas. Le fait que les clients de l'avocat puissent, ultérieurement, se retrouver en litige n'interdit pas à l'avocat de les représenter. Il doit renoncer à tout mandat lorsque le conflit surgit. Les arrêts 2A.293/2003 du 18 mars 2003 et 2A.594/2004 du 28 octobre 2004 cités plus haut n'entrent pas en contradiction avec cette jurisprudence. Leur portée est simplement limitée au sujet précis qu'ils concernent. Ainsi, on peut retenir de l'arrêt 2A.594/2004 qu'il y a en soi un risque concret de conflits d'intérêts lorsqu'un avocat représente deux parties opposées dans une procé-

dure ou dans deux procédures connexes. Il revient dans une telle hypothèse à l'avocat de démontrer qu'il n'existe aucun risque de conflits d'intérêts. Quant à l'arrêt 2A.293/2003, il concerne la question des conflits d'intérêts avec les intérêts propres de l'avocat, qui justifient un régime sévère.

Enfin, l'arrêt 2C_699/2007 rappelle qu'en matière pénale, le risque de conflits d'intérêts est grand dans le cadre de représentation de co-prévenus: l'accusé peut en effet être tenté de reporter la culpabilité sur les autres inculpés.¹⁵

Cette nouvelle jurisprudence fédérale a été suivie à Neuchâtel, où l'Autorité de recours des avocates, des avocats et du notariat vient de retenir que les avocats associés qui représentent chacun un défendeur, l'un en sa qualité d'assureur, l'autre en sa qualité de courtier, ne violent pas l'interdiction de la double représentation lorsque les moyens de défense invoqués sont communs et qu'aucun conflit d'intérêts n'existe à l'occasion du procès en cours. Toutefois, si l'un des défendeurs perd le procès et souhaite ensuite se retourner contre l'autre, les intérêts des clients divergent alors, ce qui impose une renonciation aux deux mandats par les associés.¹⁶

IV. Synthèse

En bref, on peut tirer les enseignements suivants de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de conflits d'intérêts, en particulier de l'arrêt 2C_699/2007 du 30 avril 2008:

1. L'article 12 let. c LLCA ne fait interdiction à l'avocat d'assurer la représentation de deux ou plusieurs personnes simultanément uniquement en cas de risques concrets de conflits d'intérêts (TF 2C_699/2007, consid. 4.2).
2. Un tel risque existe d'une manière générale lorsqu'un avocat entend représenter deux *parties opposées dans une procédure* ou des procédures connexes. Il lui revient de démontrer qu'il n'existe pas de tel risque dans le cas d'espèce (TF 2A.594/2004, consid. 1.2).
3. Un tel risque existe également le plus souvent en cas de *défense conjointe de plusieurs co-accusés* (TF 2C_699/2007, consid. 4.2.3; 1P.227/2005, consid. 3.1–3.2).
4. Il convient d'être particulièrement sévère en cas de conflit potentiel avec les *intérêts propres de l'avocat* (TF 2A.500/2003).

¹⁵ TF 2C_699/2007 du 30.04.2008, consid. 4.2.3 in fine.

¹⁶ Arrêt du 23 juin 2008, ARAN.2007.5. Voir également la décision du juge instructeur du 14 novembre 2007, CC.2005.107, qui reconnaissait le droit aux deux avocats intéressés de continuer de représenter leurs clients dans le procès, alors même qu'ils avaient fait l'objet d'une sanction de l'Autorité de surveillance, et ce avant même que l'Autorité supérieure n'annule la sanction.