

# ATF 145 IV 218: CHANGEMENT D'ÉTUDE ET CONFLITS D'INTÉRÊTS

## RÉFLEXIONS SUR LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE DE L'AVOCAT-COLLABORATEUR

**BENOÎT CHAPPUIS**

Avocat, professeur titulaire aux Universités de Genève et de Fribourg

Mots-clés: secret professionnel, conflit d'intérêts, liberté économique, avocat-collaborateur

Le Tribunal fédéral a retenu l'existence d'un conflit d'intérêts concret d'une étude d'avocats qui avait engagé une nouvelle collaboratrice ayant connu, dans son ancien emploi, une affaire dont cette étude était en charge. Il a considéré qu'il existait un risque de violation du secret professionnel qui ne pouvait être contrôlé et que des mesures d'organisation interne de l'étude n'étaient pas de nature à rendre admissible. Cette décision reconnaît expressément qu'elle est sévère aussi bien pour le client de la nouvelle étude que pour la situation des avocats-collaborateurs dont l'engagement pourrait se trouver compliqué. En se contentant de cette seule remarque, le Tribunal fédéral n'a pas fait application de ses propres principes sur la garantie constitutionnelle de la liberté économique qu'il reconnaît usuellement à l'avocat et crée ainsi des difficultés sérieuses sur le marché de l'emploi des avocats-collaborateurs.

### I. Introduction

Le 14.3.2019, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt par lequel il a admis l'existence d'une situation de conflit d'intérêts d'une étude d'avocats (étude A), en raison du fait qu'elle comptait parmi ses employés une avocate ayant travaillé antérieurement dans une autre étude (étude B) qui représentait une partie adverse de l'étude A.<sup>1</sup> Cet arrêt du Tribunal fédéral ayant déjà fait l'objet de plusieurs commentaires,<sup>2</sup> dont l'un dans la Revue de l'Avocat,<sup>3</sup> il n'est pas question d'en reprendre ici ni l'état de fait ni l'essentiel de sa substance. Il est renvoyé à ces diverses publications qui en mettent bien en évidence les caractéristiques essentielles.

L'intérêt particulier de l'affaire résidait dans la problématique suivante. Dans les cas classiques de conflits d'intérêts, se confrontent le plus souvent les intérêts de la personne qui veut empêcher un avocat de poursuivre un mandat et ceux du client actuel de cet avocat qui risque de se voir privé de ses services. Dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral, ce sont trois intérêts distincts qui entrent en considération: deux directement affectés par la solution donnée par les juges (les deux clients), le dernier affecté indirectement, celui des avocats-collaborateurs en géné-

ral qui risquent de se voir entravés dans leur liberté de changer d'emploi. On peut résumer schématiquement la situation comme suit:

- l'intérêt du client de l'ancienne étude qui veut empêcher un avocat de poursuivre un mandat;
- l'intérêt du client de la nouvelle étude qui veut continuer à recourir aux services de son avocat actuel;
- l'intérêt général des avocats-collaborateurs sur le marché du travail et leur faculté de mobilité d'une étude à une autre.

<sup>1</sup> ATF 145 IV 218.

<sup>2</sup> TANO BARTH/MICHEL REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude. Commentaire de l'arrêt 1B\_510/2018, Jusletter Weblaw 1.6.2019; ARNAUD NUSSBAUMER, Le conflit d'intérêts en cas de changement d'étude d'un collaborateur, in: [www.lawinside.ch/739](http://www.lawinside.ch/739); MARTIN RAUBER, 1B\_510/2018: «Chinese Walls», Vertretungsverbot für Anwälte, in [https://swissblawg.ch/2019/04/1b\\_150-2018-chinese-walls-vertretungsverbot-fuer-anwaelte-amtl-publ.html](https://swissblawg.ch/2019/04/1b_150-2018-chinese-walls-vertretungsverbot-fuer-anwaelte-amtl-publ.html).

<sup>3</sup> JEREMY BACHARACH, Changement d'étude et conflit d'intérêts, in Revue de l'avocat, 5/2019, p. 2019.

C'est exclusivement le premier de ces intérêts qui a retenu l'attention des juges fédéraux, les deux autres étant simplement mentionnés, avant d'être écartés sans longues explications. L'arrêt fait ainsi peu de cas du principe de la liberté économique de l'avocat employé qui se trouve sérieusement atteinte par la solution du Tribunal fédéral. Or il s'agit-là d'un principe constitutionnel fondamental et l'on aurait pu attendre de la part du Tribunal fédéral une analyse plus approfondie et surtout plus nuancée de la question.

## II. Considérations générales sur la prohibition des conflits d'intérêts

Un rappel des principes jurisprudentiels de base régissant les conflits d'intérêts de l'avocat s'impose, afin d'en tirer les lignes directrices, dont nous verrons que l'objectif principal consiste à préserver le secret dû au client.

### 1. La notion de conflit d'intérêts

L'art. 12 let. c LLCA dispose que l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé.

#### A) La représentation simultanée d'intérêts contradictoires

Doctrine et jurisprudence ont déduit de cette disposition que l'avocat ne peut pas être simultanément chargé de mandats qui sont contradictoires. À première vue, une telle interdiction tombe sous le sens, de sorte qu'on peut être tenté de se demander s'il est nécessaire de développer longuement ce principe. Or la réalité pratique est souvent plus complexe que la confrontation frontale d'intérêts réunis en la personne d'un seul et même avocat. La représentation d'intérêts contradictoires ne se limite en effet pas à la représentation simultanée de personnes dans le cadre de procédures judiciaires, mais concerne bien toutes les situations où l'avocat est chargé d'intérêts contradictoires, même quand il n'y a pas de simultanéité dans la prise en charge de ces intérêts par l'avocat.<sup>4</sup>

#### B) Les mandats opposés successifs

##### a) En général

Il n'est en effet pas que la représentation simultanée qui tombe sous le coup de l'art. 12 let. c LLCA. Cela peut également être le cas de mandats contradictoires acceptés successivement par l'avocat, question qui est d'importance primordiale dans le contexte du changement d'étude d'un avocat.

Il est admis que l'obligation de fidélité subsiste après la fin du mandat, de sorte que le mandataire devra souvent éviter de plaider contre un ancien client.<sup>5</sup> En revanche, il n'y a pas d'interdiction absolue d'accepter un mandat contre un ancien client, la jurisprudence ayant fixé quelques critères pour apprécier la situation. Les critères principaux sont les suivants:

- la connexité entre l'objet de l'ancien et du nouveau mandat;<sup>6</sup>
- l'importance et la durée de l'activité déployée lors de l'ancien mandat;<sup>7</sup>
- les connaissances que l'avocat a acquises sur son ancien mandant;<sup>8</sup>
- la relation de confiance persistant avec l'ancien mandant;<sup>9</sup>
- le laps de temps écoulé depuis la fin de l'ancien mandat.<sup>10</sup>

Dans tous les cas, il faut que la situation de fait crée un conflit concret. Un conflit abstrait, soit celui qui résulterait de la simple analyse théorique de la situation, ne tombe pas sous le coup de l'art. 12 let. c LLCA.<sup>11</sup>

#### b) La problématique du secret professionnel

L'étude de la jurisprudence montre que c'est la préservation du secret professionnel et l'intensité de la relation de confiance établie entre l'avocat et son client qui sont les critères qui retiennent le plus l'attention des tribunaux dans leur analyse du risque concret de conflit d'intérêts. Cette considération est essentielle dans la problématique présentement analysée, puisque c'est précisément le risque d'une violation du secret professionnel qui a conduit le Tribunal fédéral à considérer que l'étude ayant engagé une nouvelle collaboratrice était en situation de conflit d'intérêts.

### 2. L'efficacité de mesures prises pour limiter l'effet de la prohibition des conflits d'intérêts dans une étude d'avocats

La situation de fait de l'arrêt analysé pousse à s'interroger sur les moyens éventuels qu'il y aurait pour limiter les effets d'un conflit, en prenant des mesures d'organisation idoines au sein de l'étude d'avocats concernée.

#### A) En général

S'inspirant de pratiques anglo-saxonnes développées dans le monde de la finance, certains avocats mettent parfois en place des mesures d'organisation interne destinées à compartimenter la conduite de mandats potentiellement contradictoires et à empêcher la transmission d'informations confidentielles à des personnes non autorisées au sein de l'étude.

<sup>4</sup> ATF 135 II 145, consid. 9.1; 134 II 108, consid. 3 = JdT 2009 I 333;

TF, 2C\_885/2010, consid. 3.1; 1A.223/2002, consid. 5.1.

<sup>5</sup> TF, 2C\_427/2009, consid. 2.2.

<sup>6</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.1; 2C\_587/2015; Commission du barreau/GE, in SJ 2007 II 282.

<sup>7</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.1; ATF 134 II 108 = JdT 2009 I 333.

<sup>8</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.1; ATF 134 II 108 = JdT 2009 I 333; TF, 2C\_587/2015.

<sup>9</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.1; TF, 2C\_587/2015.

<sup>10</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.1; Commission du barreau/GE, in SJ 2007 II 282.

<sup>11</sup> ATF 134 II 108, consid. 4.2.1; 135 II 145, consid. 9.1; FRANÇOIS BOHNET, Conflits d'intérêts: seuls les risques concrets comptent, passim, in Revue de l'Avocat 8/2008, p. 364 ss.

Il est cependant majoritairement admis que des mesures d'organisation interne, telles des *Chinese walls*, ne permettent pas complètement de surmonter l'interdiction des conflits d'intérêts, particulièrement lorsque la situation de conflit affecte l'indépendance de l'avocat. Cette perte d'indépendance – qui résulte de la fidélité que l'avocat doit simultanément à deux clients antagonistes – ne peut être surmontée par des mesures d'organisation interne.<sup>12</sup> Cette conception restrictive est également admise à l'étranger, par exemple au Royaume-Uni,<sup>13</sup> en France<sup>14</sup> ou aux USA.<sup>15</sup>

*B) En cas de changement d'étude d'un avocat: la solution de l'ATF 145 IV 218*

a) Les principes régissant le changement d'étude et les intérêts à prendre en considération

La situation se présente cependant sous un jour particulier en cas de conflit d'intérêts découlant d'un changement d'étude, un avocat actif dans une étude en rejoignant une autre, laquelle conduit un mandat pouvant entrer en conflit avec l'un de ceux que le nouvel arrivant avait dans son ancien bureau. Il s'agit là d'un problème ponctuel découlant d'un événement – le changement d'étude – qui l'est tout autant.

Dans l'arrêt présentement analysé, le Tribunal fédéral a jugé que, dès l'instant que l'avocat ayant quitté une étude pour en rejoindre une autre avait eu connaissance dans la première d'une affaire dont la partie adverse est défendue par la seconde, cette dernière étude se trouve en situation de conflit d'intérêts et doit renoncer à son mandat. Le Tribunal fédéral a expressément écarté les opinions doctrinales – en particulier celle de l'auteur du présent article –, suggérant d'adopter des mesures plus souples pour régler ce type de situation.<sup>16</sup>

La rédaction de l'arrêt étant peu détaillée sur ce point, en particulier en ce qui concerne l'étendue de la connaissance du dossier par la collaboratrice au sein de sa première étude, il est difficile de distinguer de manière certaine ce qui relève des principes juridiques fondamentaux de ce qui était lié aux faits du cas d'espèce. Il vaut dès lors la peine de revenir brièvement sur les questions théoriques qui sous-tendent cette question.

Il existe en pratique de nombreux moyens d'éviter que l'avocat rejoignant une étude nouvelle ne soit mis en contact avec des dossiers avec lesquels ses anciennes activités pourraient créer des situations de conflit d'intérêts (séparation géographique, *Chinese walls*, restriction d'accès à certains dossiers, etc.),<sup>17</sup> plutôt que d'ordonner des restrictions drastiques empêchant les avocats de changer facilement d'étude. En rendant sa décision, le Tribunal fédéral était pleinement conscient de ces inconvénients et c'est donc en parfaite connaissance de cause qu'il a décidé de ne pas leur reconnaître d'influence sur la décision à rendre. Il précise en effet ce qui suit:<sup>18</sup>

*«Certes, la solution retenue – obligation de mettre un terme au mandat, respectivement interdiction de plaider – peut paraître sévère. Ainsi, elle prive la recou-*

*rante du droit de se faire assister dans une cause particulière par les deux avocats recourants (art. 127 al. 1 CPP). De plus, elle pourrait étendre la portée des vérifications et/ou des limites lors d'engagements d'avocats collaborateurs.»*

Alors que, comme on l'a vu, la mise en place de mesures d'organisation interne (*Chinese walls*) est certes impropre à lever de manière générale l'interdiction des conflits d'intérêts,<sup>19</sup> elle peut s'avérer appropriée et efficace, lorsqu'il s'agit simplement de rendre inaccessible à un avocat déterminé le dossier d'une partie adverse qu'il a connu comme cliente dans son ancienne étude.<sup>20</sup> C'est la solution retenue par le Code suisse de déontologie à l'article 14 al. 2 qui dispose que:

*«Lorsqu'un avocat-collaborateur change d'étude ou que des avocats s'associent, toutes mesures doivent être prises pour sauvegarder le secret professionnel et éviter les conflits d'intérêts.»*

Étonnamment, le Tribunal fédéral n'a pas fait mention de cette disposition du CSD dans son arrêt, alors qu'il n'hésite pas à citer ce code lorsque la solution qui y est retenue correspond à sa propre conception du problème.<sup>21</sup>

C'est également la solution retenue par les juges anglais,<sup>22</sup> pays dont la jurisprudence est pourtant l'une des premières à avoir clairement dénié toute efficacité de principe aux *Chinese walls* pour surmonter le conflit d'intérêts et la perte d'indépendance d'un mandataire.<sup>23</sup> C'est enfin la solution que le *Bundesverfassungsgericht* allemand a retenue dans un arrêt longuement motivé (*infra*, III).<sup>24</sup> La

<sup>12</sup> Pour une présentation générale de la question et des avis exprimés, cf. BENOÎT CHAPPUIS, Le consentement du client et les *chinese walls*. Une solution aux conflits d'intérêts de l'avocat?, in Revue suisse de jurisprudence 2015, p. 409 ss, passim. Cf. également BGFA-FELLMANN, in FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz), BGFA, Zurich, Bâle, Genève 2011, 2<sup>e</sup> éd., art. 12 N 89.

<sup>13</sup> HOPPER/TREVERTON-JONES (éd.), The Solicitor's Handbook 2013, The Law Society, Londres 2013, p. 57, N 4.28.

<sup>14</sup> HENRI ADER/ANDRÉ DAMIEN, Règles de la profession d'avocat., 15<sup>e</sup> édition 2016/2017, Paris 2016, N 441.67, p. 681.

<sup>15</sup> ABA Model Rules of Professional Conduct 2012 (Rule 1.10 Imputation of Conflicts of Interest: General Rule).

<sup>16</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4.

<sup>17</sup> BvR 238/01 (cité n. 24), consid. 47 et 48.

<sup>18</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.5.

<sup>19</sup> BENOÎT CHAPPUIS (RSJ, cité n. 12), p. 417–418.

<sup>20</sup> Dans ce sens, BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, 2<sup>e</sup> édition, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 123 et les références citées.

<sup>21</sup> Par exemple, ATF 144 II 473, consid. 4.1; 140 III 3, consid. 3.1; TF, 2C\_280/2017, consid. 4.1.1; 2C\_177/2007, consid. 5.1.

<sup>22</sup> BENOÎT CHAPPUIS (RSJ, cité n. 12), p. 418; Supreme Court of Judicature, Court of appeal, 22. 7. 2002, [2002] EWCA Civ 1280, Koch Shipping Inc v Richards Butler (a firm).

<sup>23</sup> Lord Millet in Arrêt de la House of Lords du 18. 11. 1998, House of Lords, Bolkiah v KPMG (a firm), [1999] 2 WLR 215, p. 236.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesverfassungsgericht, 3. 7. 2003 (BvR 238/01). Voir le commentaire de WALTER FELLMANN, BGFA-FELLMANN (cité n. 12), art. 12 N 91.

cour constitutionnelle allemande a constaté<sup>25</sup> que les avocats travaillaient de plus en plus fréquemment dans des structures regroupant de nombreux avocats<sup>26</sup> et que les changements d'étude étaient fréquents, rendus nécessaires par l'évolution du marché, notamment la spécialisation.<sup>27</sup>

Il est à regretter que le Tribunal fédéral ait non seulement ignoré le CSD dans son analyse, mais ait également laissé de côté les solutions prévalant dans des pays voisins, solutions qui auraient pourtant constitué une précieuse source d'inspiration. Cette absence de toute mention de droit comparé est d'autant plus étonnante que le Tribunal fédéral recourt fréquemment à une analyse comparatiste, lorsqu'il s'agit de rendre une décision de principe sur une question juridique nouvelle suscitée par l'évolution de la pratique des affaires. À cet égard, on se souviendra par exemple de l'analyse fouillée et détaillée de solutions étrangères (Allemagne, France, Autriche et USA) à laquelle le Tribunal fédéral a procédé en se prononçant sur l'admissibilité de la personne morale comme forme d'exercice de la profession d'avocat.<sup>28</sup> Ce fut aussi le cas dans l'arrêt consacré à l'admissibilité du *pactum de palmario*, dans lequel le Tribunal fédéral releva que la tendance internationale (Allemagne, France, Italie et Autriche) allait vers la reconnaissance de la validité d'une telle convention.<sup>29</sup> Aurait-il procédé de la même manière dans l'affaire présentement analysée qu'il serait sans doute parvenu à une solution plus équilibrée et respectueuse des intérêts des différentes personnes concernées.

#### b) La question du conflit concret

Dans l'affaire qu'il avait à juger, le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un conflit concret,<sup>30</sup> condition nécessaire pour que les conditions de l'art. 12 let. c LLCA, prohibant les conflits d'intérêts, soient tenues pour réalisées (*supra*, II.1.B) a)).<sup>31</sup> Or on discerne mal en quoi le conflit aurait véritablement été concret. En effet, pour parvenir à une telle conclusion, le Tribunal fédéral se concentre premièrement sur la possibilité – théorique – d'une violation de son secret par la collaboratrice. Il y sera revenu ci-après.

Il fonde ensuite son analyse sur la nature du litige dont l'étude était chargée, soit une procédure pénale contre l'employé d'une société auquel cette dernière reprochait d'avoir soustrait des données informatiques avant de rejoindre une entreprise concurrente et d'utiliser lesdites informations. Même si c'était le groupe *litigation* de la nouvelle étude qui conduisait la procédure, le Tribunal fédéral attribue une portée déterminante au fait que la collaboratrice était spécialisée en droit du travail et incorporée dans le groupe de droit du travail de sa nouvelle étude. Vu les faits à l'origine de la procédure pénale, soit des infractions commises par un employé dans le contexte de son travail, les juges fédéraux ont retenu qu'une consultation de ce département par le groupe *litigation* ne serait «*de loin pas irréaliste*».<sup>32</sup> Or qu'un fait ne soit pas «*irréaliste*» ne paraît guère correspondre à la notion de conflit concret, mais bien plus à une analyse théorique de la situation, impropre à satisfaire les conditions de l'art. 12 let. c LLCA.

Il est intéressant de comparer ce résultat avec celui auquel le Tribunal fédéral était parvenu dans le cas d'un avocat employé à 100% par une assurance de protection juridique qui avait demandé son inscription au registre, pour exercer parallèlement une activité d'avocat indépendant. Il avait alors jugé que le contrat passé entre l'avocat et son employeur (l'assurance) mettait en place un système suffisamment sûr – notamment des mesures d'organisation des dossiers, particulièrement en ce qui concernait leur acceptation et leur exécution – pour assurer le respect des règles professionnelles de la LLCA.<sup>33</sup> On ne saurait pourtant comparer un employé à temps complet d'une assurance décidant de travailler sur le long terme comme avocat indépendant parallèlement à son emploi, avec le problème ponctuel d'un avocat ayant changé d'étude, situation posant un problème ponctuel pour un seul dossier. Alors que le premier sera confronté, tout au long de son emploi auprès de l'assurance, à des risques récurrents de conflit d'intérêts ou à des problématiques de secret professionnel, le second ne sera exposé à ce risque que pour un seul de ses anciens mandats. Pourtant, le Tribunal fédéral a jugé que les risques permanents de la première situation pouvaient être surmontés par des mesures organisationnelles, alors qu'il a dénié toute portée à de telles mesures dans la seconde. Cette divergence d'approche ne s'explique que difficilement.

#### c) La question du secret professionnel comme source du conflit concret

Le risque principal que le Tribunal fédéral discerne pour affirmer que le conflit d'intérêts est concret est celui lié à une possible violation du secret professionnel, en semblant partir de la prémisse que ce secret serait absolu en tout état.

Comme déjà relevé (*supra*, II.1.B)b)), le lien fait entre le conflit d'intérêts et le secret est une constante dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, ainsi qu'il le rappelle lui-même dans l'arrêt présentement analysé:<sup>34</sup>

«*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 (arrêts 2C\_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2; 1B\_20/2017 du 23 février 2017 consid. 3.1).»*

<sup>25</sup> Consid. 53 ss, p. 13 ss.

<sup>26</sup> Consid. 56, p. 14.

<sup>27</sup> Consid. 55, p. 13.

<sup>28</sup> ATF 138 II 440, consid. 5, 11 et 16 = JdT 2013 I 135.

<sup>29</sup> ATF 143 III 600, consid. 2.6.3.

<sup>30</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.3.

<sup>31</sup> TF, 2C\_885/2010, consid. 3.1; 2C\_688/2009 consid. 3.1, in SJ 2010 I 433.

<sup>32</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.3

<sup>33</sup> TF, 2A.124/2005.

<sup>34</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.1.

Il ajoute que le risque serait renforcé du fait qu'aucun contrôle ne peut être exercé quant au respect de cette obligation légale par la collaboratrice concernée:

*«Sans remettre en cause l'intégrité des différents avocats intéressés, cette mesure est dénuée de tout contrôle; elle ne permet pas non plus d'éviter 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.»<sup>35</sup>*

Ces considérations se heurtent à plusieurs objections de taille.

En premier lieu, l'absence de contrôle est une particularité intrinsèquement liée à l'obligation de secret. L'avocat est en effet tenu, sa vie durant, au secret concernant toutes les informations confidentielles dont il a eu connaissance au long de sa carrière. Or nul ne peut contrôler qu'il ne s'affranchira pas de cette obligation un jour ou l'autre, dans les circonstances les plus diverses. Que ce soit dans la conduite de ses mandats, dans ses autres activités professionnelles (administration de société, par exemple), ou dans ses rapports sociaux, l'avocat peut être régulièrement tenté d'utiliser ou de révéler des informations dont il a eu connaissance sous le couvert du secret professionnel. L'exiguïté du marché juridique suisse est devenue telle que la survenance de situations à risque est fréquente; vouloir empêcher de telles situations serait simplement impossible, sauf à rendre l'exercice de la profession pratiquement inconcevable, l'avocat devant renoncer à un mandat dès l'instant qu'un autre dossier – ancien ou actuel – recèlerait des faits susceptibles de jouer un rôle dans ledit mandat.

L'avocat – tout comme le médecin ou le notaire – est habitué et formé à faire face à une telle difficulté, inhérente à la pratique du métier. On en veut d'ailleurs pour preuve que les condamnations pour violation du secret professionnel sont rarissimes.<sup>36</sup> Il est en tout cas certain que l'irrespect du secret par les avocats ne constitue pas un phénomène inquiétant par sa fréquence.

Par définition, le respect du secret est donc non vérifiable, du simple fait qu'on ne peut pas surveiller l'avocat, dans chacun des actes de sa vie, pour s'assurer qu'il ne révélera rien de ce qu'il a appris sous le sceau de la confiance. L'efficacité et l'effectivité du système reposent sur le fait que l'avocat soumis au secret est inscrit au registre pour les avocats titulaires d'un brevet suisse et à un tableau pour un avocat UE/AELE, de sorte qu'il est soumis à la surveillance de l'autorité. Les sanctions encourues par l'avocat en cas de violation sont sérieuses. Un manquement à son obligation de secret, même par négligence, exposera l'avocat à une sanction administrative pouvant même aller, dans les cas graves, au prononcé d'une interdiction de pratiquer (art. 13 et 17 LLCA). Une sanction administrative peut même être prononcée en l'absence de

toute révélation, mais du simple fait que l'avocat n'a pas pris les mesures nécessaires pour que la préservation du secret soit assurée.<sup>37</sup>

Si la violation est intentionnelle, l'avocat risquera également une sanction pénale (art. 321 CP) sur plainte du titulaire du secret.<sup>38</sup> Une telle infraction pourrait être tenue pour être incompatible avec la profession d'avocat (art. 8 al. 1 let. b), ce qui entraînerait sa radiation du registre (art. 9 LLCA). C'est dire que les moyens mis en œuvre pour prévenir des violations du secret sont importants.

En outre, le Tribunal fédéral a lui-même affirmé que le secret ne peut pas être absolu et que son exercice doit s'inscrire dans le cadre plus large de l'ordre juridique en général. Dans un arrêt dans lequel il s'est prononcé sur l'exercice de la profession d'avocat dans le cadre juridique d'une personne morale, il s'est en effet exprimé comme suit, concernant l'exigence d'un réviseur:

*«Il n'est pas nécessaire de résoudre entièrement les questions soulevées par l'autorité précédente. Ce qui est décisif, c'est que l'art. 13 LLCA ne saurait primer les règles du droit des sociétés sur la révision et le contrôle spécial. Certes, le secret professionnel de l'avocat jouit d'une protection particulière dans l'ordre juridique parce qu'il est indispensable à l'exercice de la profession et, partant, à une administration régulière de la justice (...). Le secret professionnel de l'avocat n'est cependant pas absolu; il est au contraire intégré à l'ordre juridique et délimité par lui. Il ressort déjà de l'art. 13 al. 2 LLCA que des raisons pratiques empêchent le respect absolu du secret et que ce respect absolu n'est donc pas non plus exigé (...). C'est pourquoi les sociétés d'avocats avec personnalité ne peuvent pas être tenues pour interdites simplement parce que dans ces organisations, le secret professionnel nécessite éventuellement certains accommodements.»<sup>39</sup>*

Si l'on applique ce raisonnement par analogie au cas d'un changement d'étude par un avocat, on doit parvenir à la conclusion que le fait que ce dernier soit porteur d'informations couvertes par le secret ne signifie pas encore, en soi, que tout mandat de la nouvelle étude qui pourrait théoriquement profiter de ces informations serait la source d'un conflit d'intérêts concret. Il apparaît probable que les considérants du Tribunal fédéral dans l'arrêt analysé ont été largement dictés par les nécessités de l'affaire en cause – ce qui n'est que très imparfaitement exposé dans l'état de fait retenu par le Tribunal fédéral – et

<sup>35</sup> TF, 1B\_510/2018, consid. 2.4.

<sup>36</sup> Voir les statistiques mentionnées in BSK StGB II-OBERHOLZER, art. 321, Kriminalstatistik, p. 2816, qui relève que «Die praktische Relevanz von art. 321 ist gering».

<sup>37</sup> BENOÎT CHAPPUIS, Tome I (cité n. 20), p. 238.

<sup>38</sup> Par exemple, TF, 6B\_545/2016.

<sup>39</sup> ATF 138 II 440 = JdT 2013 I 135, consid. 21.

n'expriment pas un principe de portée générale applicable sans autre réflexion à n'importe quelle situation de changement d'étude d'un avocat-collaborateur.

### III. La garantie constitutionnelle de la liberté économique

L'intérêt qui n'a pas été pris en compte par le Tribunal fédéral est celui de l'avocat employé. Les juges se sont contentés de mentionner en quelques mots les conséquences délicates que sa décision pourrait avoir pour l'engagement de nouveaux collaborateurs. Il n'y a cependant attaché aucune importance juridique, passant ainsi sous silence sa riche jurisprudence sur la liberté économique de l'avocat. Il faut donc s'arrêter à cette question, puisque la réponse qui sera apportée est susceptible d'avoir une portée décisive sur l'interprétation de la décision présentement analysée.

Le Tribunal fédéral a rappelé à maintes reprises que l'avocat est au bénéfice du principe constitutionnel de la liberté économique. Qu'il ait traité du port du titre d'avocat,<sup>40</sup> de la possibilité d'avoir une activité accessoire,<sup>41</sup> voire à plein temps, à côté de l'exercice de la profession d'avocat,<sup>42</sup> de la forme juridique des études d'avocats,<sup>43</sup> il a régulièrement souligné l'importance cardinale de ce principe constitutionnel qui doit être à la base de toute interprétation de la LLCA.<sup>44</sup> Les principes constitutionnels consacrant la liberté économique ont pour conséquence que des exigences excessives ne doivent pas être posées concernant l'interprétation de la LLCA:

*«Dans l'interprétation d'une disposition, le TF doit cependant prendre en considération sa portée par rapport à la Constitution. Pour ce motif également, il faut donc veiller à ce que l'indépendance structurelle ne conduise pas à des exigences excessives. La disposition en cause doit être interprétée de manière que des avocats brevetés ne soient exclus de la représentation en justice que dans la mesure nécessaire à la réalisation du but de la restriction (ATF 130 II 87 c. 3).»<sup>45</sup>*

Il a en particulier relevé que, pour ne pas limiter de manière excessive la liberté économique, c'est l'organisation concrètement mise en place par l'avocat pour garantir son secret et son indépendance qui doit être tenue pour déterminante:

*«Finalement, le critère déterminant réside uniquement dans la capacité de l'avocat à démontrer que, au vu de l'organisation de sa relation de travail, il n'existe aucun risque d'atteinte à son indépendance, respectivement à une pratique consciencieuse et dans l'intérêt de ses clients.»<sup>46</sup>*

Or la liberté économique ne concerne pas que la faculté d'exercer une activité indépendante, mais également celle de trouver un travail en qualité d'employé. Le Tribunal fédéral en a posé la première fois le principe en 1958:<sup>47</sup>

*«La liberté économique protège tant les indépendants que les salariés ou les employés, puisque tous visent un gain».*

Le Tribunal fédéral l'a encore récemment rappelé, soulignant que la liberté économique *«protège toute activité économique privée exercée à titre professionnel et tendant à l'obtention d'un gain ou d'un revenu»*.<sup>48</sup> L'activité doit être comprise dans un sens large, puisqu'elle ne fait aucune distinction relative au secteur d'activité ou au mode d'exercice de cette activité qui peut être indépendante ou dépendante.<sup>49</sup>

À l'instar de ce qu'a fait le *Bundesverfassungsgericht* allemand,<sup>50</sup> on doit retenir en droit suisse que des entraves excessives ne devraient pas être mises à la liberté économique de l'avocat employé: il devrait être autorisé à changer d'étude, pour autant que des mesures adéquates soient prises pour éviter une éventuelle situation de conflit d'intérêts. La doctrine relève d'ailleurs que les particularités du marché juridique allemand mises en évidence par le *Bundesverfassungsgericht* se rencontrent également en Suisse<sup>51</sup> où le marché des professions juridiques a subi et continue à subir d'importantes mutations rendues nécessaires par l'évolution de l'économie et du mode de travail, évolution qui entraîne de fréquents changements d'études ou des fusions.

À cela s'ajoute que le parcours de formation professionnelle des avocats a considérablement changé au cours des dernières décennies. Il est de plus en plus fréquent que, durant leur *cursus* académique, les étudiants effectuent des stages dans des études d'avocats, avant d'effectuer leur stage proprement dit, une fois leur diplôme universitaire obtenu. Selon la spécialisation qu'ils envisagent d'acquérir, les jeunes titulaires d'un brevet d'avocat travaillent ensuite fréquemment auprès de plusieurs employeurs afin de parfaire leur formation spécialisée, ces employeurs pouvant être des avocats comme des administrations publiques, des banques ou des fiduciaires. On ne peut que se rallier à l'analyse des juges allemands qui ont mis en évidence que ce mode de faire permet aux jeunes avocats d'élargir leurs perspectives de carrière, de progresser et d'augmenter en principe par la même occasion leurs revenus.<sup>52</sup> On ne peut dès lors créer une difficul-

<sup>40</sup> ATF 112 Ia 318.

<sup>41</sup> TF, RDAF 1986, p. 157.

<sup>42</sup> ATF 130 II 87, consid 6 = RDAF 2005 I 519; TF, 2P.301/2005; 2A.124/2005.

<sup>43</sup> ATF 138 II 440 = JdT 2013 I 135, consid. 4.

<sup>44</sup> TF, 2A.124/2005.

<sup>45</sup> ATF 138 II 440 = JdT 2013 I 135.

<sup>46</sup> ATF 130 II 87, consid 6 = RDAF 2005 I 519.

<sup>47</sup> ATF 84 I 18, consid. 2 = JdT 1958 I 34.

<sup>48</sup> ATF 137 I 167 consid. 3.1.

<sup>49</sup> ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse - Volume II - Les droits fondamentaux*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2006, p. 441 s.

<sup>50</sup> BvR 238/01 (cité n. 24).

<sup>51</sup> BGFA-FELLMANN (cité n. 12), art. 12 N 91 in fine.

<sup>52</sup> BvR 238/01 (cité n. 24), consid. 56, p. 14.

té disproportionnée pour l'avocat à changer d'étude dans la mesure où la nouvelle étude n'acceptera des pertes financières que si elle a un intérêt particulier à le recruter. Inversement, l'avocat risquerait de se retrouver lié à la première étude qui l'a engagé.<sup>53</sup>

Pires encore seraient les conséquences si le changement d'étude est involontaire et résulte d'une séparation imprévue suite à une dissolution ou une scission, par exemple en raison de difficultés économiques. Dans de tels cas, les règles relatives au conflit d'intérêts pourraient avoir des conséquences qui s'apparentent à celles d'un choix de profession, puisqu'un avocat trouverait moins facilement une étude prête à l'engager, en particulier si son cercle de recherche est limité par un degré élevé de spécialisation.<sup>54</sup> Il est donc impératif de tenir compte de ces paramètres, dans l'analyse d'un conflit potentiel lié à la présence au sein d'une étude d'un collaborateur ayant connu d'un dossier dans un précédent emploi.

#### IV. Conclusion

Que les circonstances concrètes du cas que le Tribunal fédéral a jugé aient justifié la solution retenue est possible, encore que l'on ne puisse véritablement en juger en raison d'un état de fait extrêmement laconique.

En revanche, on doit constater que les juges n'ont fait que survoler la matière, rendant de la sorte une décision qui ne peut pas véritablement servir de modèle pour tous les changements d'étude des avocats-collaborateurs. La superficialité de l'analyse contenue dans l'arrêt est d'au-

tant plus étonnante que ce dernier a été publié aux ATF, ce qui fait comprendre que le Tribunal fédéral a voulu lui donner la portée d'un arrêt de principe.

Or le principe cardinal de la liberté économique, reconnue à maintes reprises aux avocats par le Tribunal fédéral, y est sérieusement mis en péril, d'une part, après la constatation un peu hâtive d'un conflit d'intérêts concret et, d'autre part, par le rejet de toute mesure d'organisation interne permettant de mettre le nouveau collaborateur à l'écart du dossier litigieux. Ce résultat paraît d'autant plus paradoxal si on le compare à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de convention de prohibition concurrence de l'employé (art. 340 ss CO): la validité d'une telle clause n'est reconnue qu'à des conditions particulièrement restrictives, lorsque la prestation de l'employé est caractérisée par une forte composante personnelle, ainsi que c'est indubitablement le cas de l'avocat.<sup>55</sup> Le légitime souci manifesté envers l'employé dans ce dernier cas s'efface complètement et sans nuances lorsque la LLCA trouve application. On ne peut qu'espérer que s'il devait être saisi d'une question similaire, le Tribunal fédéral affinerait son analyse pour atténuer la véritable onde de choc que cet arrêt a constitué pour un grand nombre de jeunes avocats, inquiets pour leur mobilité.

---

<sup>53</sup> BvR 238/01 (cité n. 24), consid. 28, p. 7 et consid. 57, p. 14.

<sup>54</sup> BvR 238/01 (cité n. 24), consid. 62, p. 15.

<sup>55</sup> ATF 138 III 67, TF, 4A\_116/2018, consid. 4.2.