

Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire : derniers développements

En cas de conflits d'intérêt, l'avocat est privé de sa capacité de postuler. Se pose la question de la qualité pour recourir du client contre un prononcé écartant son avocat, et celle de la partie adverse lorsque l'autorité compétente refuse d'écartier l'avocat, faute à son avis de conflit d'intérêt concret. Le présent article se penche sur la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sur cette question. Un régime unique en matière de qualité pour agir contre les prononcés portant sur la capacité de postuler de l'avocat en cas de conflit d'intérêts se dessine peu à peu, que cette question se pose devant une autorité pénale, administrative ou civile.

Im Falle eines Interessenkonflikts ist es dem Rechtsanwalt verwehrt, seinen Mandanten weiterhin zu vertreten. Will ein Mandant einen behördlichen Entscheid anfechten, welcher aufgrund widerstreitender Interessen ein Vertretungsverbot beinhaltet, stellt sich die Frage seiner Beschwerdebefugnis; Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, spricht wenn die Gegenpartei einen Entscheid anfechten will, in dem die Behörde von der Verhängung eines Vertretungsverbots absieht. Der vorliegende Beitrag schildert die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage, für welche sich nach und nach eine einheitliche Lösung in Zivil-, Straf- und Administrativverfahren abzeichnet; gleichwohl, ob sie sich vor einer Zivil-, Straf- oder einer Administrativbehörde erhebt.

I. Introduction

Un conflit d'intérêts prive l'avocat de sa capacité de postuler : la représentation en procédure suppose que l'avocat puisse agir au nom du client, le représenter et le conseiller en ayant exclusivement en vue les intérêts du mandant, sans que ceux d'un tiers interfèrent dans cette relation. Lorsque le juge ou l'autorité saisie constate l'existence d'un conflit d'intérêts, il dénie à l'avocat sa capacité de postuler et l'oblige à renoncer à la défense en cause¹. Le tribunal ou le juge délégué à l'instruction doit alors fixer un délai à la partie pour qu'elle désigne un représentant satisfaisant aux conditions légales².

Compte tenu de l'attention portée par les juges, les procureurs, et souvent aussi les parties adverses à la problématique des conflits d'intérêts, il n'est pas surprenant que le Tribunal fédéral ait eu l'occasion à diverses reprises ces dernières années de préciser les contours de l'interdiction des conflits d'intérêts, suite à la condamnation de l'avocat à une sanction disciplinaire, pour violation de

¹ *Bohnet/Martenet*, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1144; ATF 138 II 162 c. 2.5.1.

² En matière civile, voir *CPC-Bohnet*, art. 59 N 82, confirmé in TF 4A_87/2012 c. 3.2.3, SJ 2012 I 443.

l'art. 12 let. c LLCA³, mais aussi en cas d'interdiction de poursuivre le mandat⁴. Il s'est aussi penché récemment sur les conséquences procédurales de la mise à l'écart de l'avocat: qui peut donc recourir, et auprès de quelle autorité? Deux arrêts publiés en 2009 et 2012 répondent à la question, de manière différente. Nous y revenons brièvement (II-III), avant de nous pencher sur le dernier arrêt en la matière, du 18 novembre 2013, qui traite plus spécifiquement la question de la qualité pour agir de la partie dénonçant le conflit d'intérêts du mandataire de son adversaire (IV).

II. L'ATF 135 II 145

Privé de son avocat par la commission du barreau genevoise pour cause de conflit d'intérêts, un prévenu avait contesté la décision niant la capacité de postuler de l'avocat devant le Tribunal fédéral, après avoir échoué devant l'instance cantonale compétente. Le recours en matière de droit public a été jugé irrecevable. Certes, retient le Tribunal fédéral, le prévenu peut se prévaloir d'un intérêt de fait à voir la décision annulée, et un tel intérêt suffit selon l'art. 89 al. 1 LTF: «Ladite interdiction aura, par conséquent, effectivement des répercussions sur la défense de l'intéressé puisque le nouvel avocat devra prendre connaissance du dossier de la procédure en cours depuis plus de cinq ans, dossier volumineux et, aux dires de A., complexe. En outre, l'intérêt financier de A. à pouvoir conserver son mandataire actuel est évident. En conséquence, A. a un intérêt à faire tomber l'interdiction faite à son mandataire de le défendre dans la procédure pénale en cause.» Mais encore faut-il être touché directement par la décision, ce qui n'est pas le cas du prévenu uniquement concerné de manière indirecte par l'interdiction faite à son avocat de le représenter, la qualité pour recourir n'étant dès lors pas donnée.

Cet arrêt place sur le même plan les sanctions disciplinaires subies par l'avocat et l'interdiction faite à celui-ci de postuler dans un cas d'espèce en raison de la violation de l'interdiction des conflits d'intérêts (art. 12 let.

c LLCA) ou du principe de l'indépendance (art. 12 let. a LLCA). Or, si la procédure de surveillance disciplinaire des avocats a pour but d'assurer l'exercice correct de la profession par les avocats et de préserver la confiance du public à leur égard, et non de défendre les intérêts privés des particuliers⁵, ce qui explique que le client de l'avocat ou le dénonciateur n'a en principe pas qualité pour recourir contre un prononcé en matière de sanction disciplinaire⁶, il en va différemment en matière de capacité de postuler du mandataire. La décision qui dénie la capacité de postuler de l'avocat touche directement la partie à la procédure pour laquelle cette décision intervient: elle ne peut pas ou plus, dans le procès en cause, être représentée par la personne de son choix respectant à son sens les critères légaux, composante de son droit d'être entendu. En d'autres termes, la question de la capacité de postuler, si elle peut dépendre du respect des règles professionnelles de l'avocat, n'en assure pas la sanction et se distingue par principe de la procédure disciplinaire qui accomplit cette fonction. La confusion s'explique peut-être par le fait que la décision en cause avait été prise par la commission du barreau, la législation genevoise réservant à cette autorité la tâche de dénier à l'avocat sa capacité de postuler (art. 14 LPAV GE).

A noter que si la décision avait été du ressort de l'autorité pénale saisie, la voie de droit aurait été au niveau fédéral le recours en matière pénale, la qualité pour recourir étant dans ce cas accordée selon l'art. 81 LTF, entre autres à l'accusé, et au plaignant «si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles», mais à la condition d'un intérêt juridique (art. 81 al. 1 let. b LTF).

III. L'ATF 138 II 162

Critiqué par la doctrine⁷, le raisonnement de l'ATF 135 II 145 a été abandonné trois ans plus tard. Le Tribunal fédéral retient dans l'ATF 138 II 162 c. 2.5.1 que «l'interdiction de postuler dans un cas concret – à distinguer d'une suspension provisoire ou définitive – ne relève en principe pas du

³ Voir, en particulier, ATF 134 II 108 (définition des conflits d'intérêts concrets); TF 2C_889/2008 (prêt à l'avocat). Pour un aperçu, voir *François Bohnet*, Prêt du client en faveur de son avocat: mise en péril du principe d'indépendance, risque de conflits d'intérêts et atteinte au devoir de diligence, RSJ 2010 40.

⁴ 135 II 145 c. 9 (les risques concrets doivent être établis); 135 I 261 (c. 5, non publié au RO: la défense de coaccusés est en principe exclue).

⁵ ATF 132 II 250 c. 4.4.

⁶ ATF 132 II 250 c. 4.4.

⁷ *François Bohnet*, Les conflits d'intérêts en matière de défense au pénal – TF 1B_7/2009 du 16 mars 2009, in *Revue de l'avocat* 5 2009 267, RSPC 2009 177; *Thomas Poledna* Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2^{ème} éd. Zurich 2011, N 11a ad art. 17 LLCA; *Bohnet/Martenet*, (note 1) N 1145, 494.

droit disciplinaire, mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat », et ce que l'autorité compétente pour trancher sur ce point soit disciplinaire ou judiciaire. Dès lors, le but de l'interdiction de conduire le procès doit être recherché dans la *bonne marche de la procédure* en cause⁸. Une partie est donc directement touchée au sens de l'art. 89 al. 1 let. c lorsque la décision rendue en la matière, et qui constitue en principe selon nous un incident de l'instance⁹, remet en cause ses droits formels dans la procédure.

Le Tribunal fédéral retient (c. 2.5.2) que tel est le cas lorsqu'une partie se voit privée de son avocat ou – et c'était le cas visé en l'espèce – que la partie adverse peut continuer à être représentée par un avocat qui disposerait d'informations résultant d'un précédent mandat opposé, étant précisé que l'impossibilité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés. Dans ces situations, les conditions de l'art. 89 al. 1 LTF sont remplies et le recours contre la décision de première instance doit pouvoir faire l'objet d'un recours, aux mêmes conditions, devant l'autorité cantonale de recours en vertu de l'art. 111 al. 1 LTF (c. 2.1.1)¹⁰.

En matière de compétence, celle de la commission du barreau genevoise est remise en cause par le Tribunal fédéral¹¹, compte tenu de la réglementation fédérale de la procédure pénale: l'art. 62 al. 1 CPP prévoit en effet que « La direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure ». A notre avis, la problématique de la capacité de revendiquer étant un incident de l'instance, la compétence doit clairement relever de l'autorité saisie (avec évidemment la possibilité de recourir contre une éventuelle mise à l'écart, en particulier lorsqu'elle est prononcée par un procureur), et non de l'autorité de surveillance, dont la fonction est autre. La même conclusion s'impose en procédure civile, dans la mesure où le CPC donne au juge la compétence de trancher tous les incidents de l'instance (art. 124 CPC; disposition proche de l'art. 62 CPP). Relevons que le Tribunal fédéral n'a pas hésité, à plusieurs occasions, à

sanctionner un législateur cantonal qui avait empiété sur le champ de compétence du CPC¹².

IV. L'arrêt 1B_376/2013 du 18 novembre 2013

1. Brève présentation des faits

Désignée par le syndicat Unia mauvais employeur du canton de Neuchâtel de l'année 2012, B sàrl et son associé gérant ont déposé plainte pénale, pour diffamation et calomnie, contre ledit syndicat et des anciens employés de l'entreprise. L'avocat D s'est annoncé pour la défense du syndicat et des ex-employés. Les plaignants ont dénoncé un conflit d'intérêts de l'avocat D et demandé à la procureure de l'inviter à se démettre de son mandat pour les anciens employés. Suite à son refus, ils ont recourus devant l'autorité cantonale de recours en matière pénale, qui n'est pas entrée en matière. Ce prononcé a fait l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, qui l'a rejeté.

2. Analyse du Tribunal fédéral

Selon l'art. 382 al. 1 CPP, la qualité pour recourir est reconnue à toute partie qui peut se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision. Le Tribunal fédéral retient que tel n'est pas le cas des plaignants en l'occurrence: le conflit d'intérêts qu'ils dénoncent ne remet pas en cause leurs droits ou leurs prérogatives procédurales; c'est avant tout les intérêts éventuellement divergents des clients de l'avocat dénoncé qui sont en jeu¹³. A cet égard, leur situation n'est pas celle d'une partie qui serait privée de son mandataire ou qui verrait la partie adverse assistée par son ancien mandataire, situations dans lesquelles le Tribunal fédéral admet que la partie est directement touchée au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF, et dans lesquelles il semble être prêt à retenir un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 81 al. 1 let. b LTF, et par effet réflexe (art. 111 al. 1 LTF¹⁴), au sens de l'art. 382 al. 1 CPP. En l'espèce, le Tribunal fédéral retient un intérêt de pur fait (qu'il indique aussi être indirect au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF), à savoir « que les prévenus soient assistés de manière adéquate afin d'éviter qu'un

⁸ Voir déjà 2A.560/2004 du 1^{er} février 2005, c. 8, cité in *Bohnet/Maertenet*, (note 1) N 1466 et repris dans l'ATF 138 II 162 c. 2.5.1.

⁹ On relèvera qu'en matière civile, la capacité de postuler est une condition de recevabilité (TF 4A_87/2012 c. 3.2.2, SJ 2012 I 443).

¹⁰ Voir déjà ATF 135 II 145 c. 5 et les réf.; voir aussi TF, arrêt 1B_376/2013 du 18 novembre 2013, c. 3.

¹¹ Critiques sur cette jurisprudence: in revue de l'avocat 6-7 2012 316-322.

¹² ATF 139 III 38; TF4C_1/2013 du 25 juin 2013, dans une affaire genevoise.

¹³ Voir aussi, concernant les intérêts propres de l'avocat appelé à témoigner dans la même cause pénale que son client, TF 1B_149/2013 du 5 septembre 2013, c. 2.4.2, cité en référence dans l'arrêt commenté.

¹⁴ TF 1B_7/2013 du 14 mars 2013, c. 2.1.

certain nombre d'opérations doivent être répétées» et «qu'ils puissent, le cas échéant, développer leur propre ligne de défense».

V. Etat des lieux

Un régime unique en matière de qualité pour agir contre les prononcés portant sur la capacité de postuler de l'avocat en cas de conflit d'intérêts se dessine peu à peu, que cette question se pose devant une autorité pénale, administrative ou civile. On peut désormais retenir, compte tenu en particulier de l'ATF 138 II 162 en matière de droit public, dont les enseignements valent également en matière civile au vu du parallélisme entre les art. 76 al. 1 let. b et 89 al. 1 let. b et c, et des arrêts 1B_376/2013 du 18 novembre 2013 et 1B_149/2013 du 5 septembre 2013 en matière pénale, que la partie qui se voit privée de son avocat en raison de son défaut de capacité de postuler pour cause de conflit d'intérêts a, tout comme lui, qualité pour recourir devant les instances cantonales compétentes et devant le Tribunal fédéral. Quant à la condition du préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), qui se pose, quel que soit le domaine concerné, lorsque la décision est prise en cours de procédure (et non par une commission du barreau qui serait chargée de cette tâche comme à Genève; comp. ATF 138 II 162), et qu'elle est donc incidente, elle est remplie à notre sens¹⁵, le client ne pouvant pas être défendu par la personne de son choix et l'avocat ne pouvant plus remplir son mandat.

Si l'autorité ou le juge rejette le moyen tiré du défaut de la capacité de postuler de l'avocat, la partie adverse n'a qualité pour agir que si elle est directement touchée par ce prononcé, ce qui est le cas lorsque le recourant fait valoir un conflit concernant ses propres intérêts, en particulier quand l'avocat en cause a été précédemment son adversaire, comme l'admet désormais le Tribunal fédéral, tant en matière de droit public¹⁶ qu'en matière pénale¹⁷. Dans ce cas, on doit retenir l'existence d'un risque de dommage irréparable – que l'on admet lorsqu'une décision finale, même favorable au recourant, ne ferait pas disparaître entièrement le dommage, en particulier lorsque la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant de cette manière impossible le contrôle par le Tribunal fédéral – le recourant se plaignant

du fait que son adversaire pourrait disposer d'informations provenant de son ancien avocat¹⁸.

En revanche, avec le Tribunal fédéral, il faut en principe retenir l'absence d'intérêt direct¹⁹, ainsi que de risque de dommage irréparable²⁰, lorsque le recourant fait valoir que l'avocat des parties adverses se trouve dans un conflit d'intérêts à l'égard de ses propres clients. Il n'y a généralement pas dans cette situation d'intérêt personnel, autre que tactique, à voir l'avocat de ses adversaires renoncer à ses mandats²¹.

Un tel intérêt direct et un risque de préjudice irréparable doivent cependant être retenus à notre sens lorsque le conflit d'intérêts pourrait avoir une incidence sur le lien d'instance²², par exemple en matière civile, quand l'existence d'un mandataire commun rend illusoire la possibilité d'échanger de manière confidentielle avec une partie adverse, dont les intérêts ne rejoignent pas toujours ceux d'une autre, et ainsi de trouver une solution transigée avec elle. Tel est en particulier le cas en matière de solidarité parfaite ou imparfaite, que l'on ait affaire à des consorts simples, ou à des tiers au procès dénoncés ou appelés en cause. Il faut aussi le retenir quand une société et l'un de ses organes sont attaqués parallèlement au civil et au pénal : l'existence d'un mandataire commun peut bloquer toute issue au civil, faute pour l'avocat de pouvoir utilement conseiller à la société de transiger et de se retourner contre ledit organe. Le CPC accordant un rôle central à la résolution amiable du litige (tentative préalable de conciliation obligatoire, art. 197 CPC; conciliation en tout temps par le juge, art. 124 al. 3 CPC)²³, il faut à notre sens admettre l'existence d'un intérêt direct et un risque de préjudice irréparable dans de tels cas. Sur ce point, la jurisprudence devra encore faire l'objet d'une clarification.

¹⁸ *Bohnet/Martenet* (note 1) N 1469.

¹⁹ TF 1B_376/2013 du 18 novembre 2013. TF 1B_420/2011 du 21 novembre 2011, c. 1.2.1; *Nicolas Pellaton*, De l'intérêt à faire évincer l'avocat de la partie adverse, in: Commentaires de jurisprudence numériques, Push-Service des arrêts, publié le 3 février 2012.

²⁰ TF 1B_420/2011 du 21 novembre 2011, c. 1.2.1; *Nicolas Pellaton*, De l'intérêt à faire évincer l'avocat de la partie adverse, in: Commentaires de jurisprudence numériques, Push-Service des arrêts, publié le 3 février 2012.

²¹ *Bohnet/Martenet* (note 1) N 1469.

²² Sur la notion, voir ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87; *Bohnet/Berti*, Le lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis) ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivil-prozessuale Grammatik, RSPC 2011 75.

²³ Message CPC, FF 2006 6860, 6892 in fine, 6935 ss.

¹⁵ *Bohnet/Martenet* (note 1) N 1468; *Chappuis/Pellaton* (note 11) 320.

¹⁶ ATF 138 II 162.

¹⁷ TF 1B_376/2013 du 18 novembre 2013.