

François Bohnet*

Les conflits d'intérêts en matière de défense au pénal – TF 1B_7/2009 du 16 mars 2009

Mots clés : avocat, conflits d'intérêts, défense au pénal, double représentation, mandats opposés

I. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, le Tribunal fédéral s'est penché à plusieurs reprises sur la problématique des conflits d'intérêts de l'avocat. Il a ainsi fixé, par touches successives, la portée de l'article 12 let. c LLCA, qui 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.

Si le Tribunal fédéral rappelait dans un arrêt du 18 mars 2003 que l'interdiction des conflits d'intérêts représente une règle cardinale de la profession d'avocat,¹ ce n'est que récemment qu'il a jugé opportun de publier au Recueil officiel sa jurisprudence sur ce thème. L'arrêt 1B_7/2009 du 16 mars 2009 sera ainsi le troisième arrêt portant sur les conflits d'intérêts de l'avocat à figurer au Recueil officiel, et ce en moins d'un an. Le Tribunal fédéral cite dans cet arrêt des long passages de décisions antérieures non publiées, comme s'il prenait rétrospectivement conscience de l'importance des principes qu'il avait alors posés. Avant de s'intéresser à ce nouvel arrêt, il convient d'évoquer les deux décisions publiées qui le précèdent, soit l'ATF 134 II 108 du 30 avril 2008 et l'arrêt 2C_504/2008 du 28 janvier 2009.

II. ATF 134 II 108: les risques concrets sont déterminants

Le 30 avril 2008, le Tribunal fédéral a posé dans l'arrêt ATF 134 II 108, portant sur une cause civile, quelques principes fondamentaux en matière de conflits d'intérêts. On sait depuis lors 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.² Ainsi, un avocat peut, sauf circonstances particulières, représenter une assurance responsabilité civile et l'assuré dans le cadre d'une procédure en responsabilité civile entamée à leur rencontre par le passager d'un véhicule victime de dommages à l'occasion d'un accident de la route. Un risque concret de conflit d'intérêts doit cependant être admis et une double représenta-

tion exclue lorsque les points de vue des parties au contrat d'assurance divergent, soit parce que l'étendue de la couverture de l'assurance est contestée, l'assurance reprochant à l'assuré une violation de son devoir d'information (art. 4 ss LCA), soit parce que la prime d'assurance n'a pas été payée, malgré une sommation (art. 20 LCA), soit encore parce que se pose la question d'une réduction de la couverture, par exemple en cas de faute de l'assuré.

III. TF 2C_504/2008: les risques concrets doivent être établis

Le 28 janvier 2009, le Tribunal fédéral, reprenant l'enseignement de cet arrêt, a encore retenu, dans une décision destinée elle aussi à la publication,³ que les autorités cantonales devaient étayer les faits sur lesquels elles fondaient l'existence d'un conflit d'intérêts concret. Cette affaire met en lumière les difficultés qui surgissent de l'association d'avocats dont les clients peuvent être des adversaires en procédure. En l'occurrence, l'avocat ayant rejoint le cabinet dont l'un des associés représentait les intérêts d'une banque, avait renoncé à deux des trois mandats qui lui avaient été confiés par un ancien administrateur de celle-ci, poursuivi au pénal pour des actes dans le cadre de cette activité. La banque, qui s'était d'ailleurs engagée à prendre en charge les honoraires de l'avocat de l'administrateur inculqué à moins que celui-ci ne soit finalement condamné, était représentée par d'autres avocats dans ces trois procédures.

Pour le Tribunal fédéral, il n'existe pas de conflit d'intérêts concret du seul fait qu'un avocat représente un prévenu dans une affaire pénale à laquelle une banque intervient comme partie civile, banque représentée dans d'autres procédures par l'associé de cet avocat: «Toutefois, la banque n'est pas représentée par F. dans la procédure dont il est question dans cette affaire. Retenir l'existence d'un conflit d'intérêts dans ces conditions nécessite donc un exposé des faits minutieux, afin que l'on puisse saisir en quoi consiste le conflit».

Le Tribunal fédéral est plutôt sévère avec la cour cantonale, puisque l'on admet généralement que l'avocat et ses associés ne peuvent, sans violer l'interdiction de la double représentation, assister un client dans une certaine affaire et assurer la défense de la partie adverse dans un autre dossier. Même s'il ne s'agit pas de la même affaire, l'avocat risque, pour des raisons évidentes, de vouloir ménager les intérêts de ses clients et de ne

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

1 TF (18.03.2003) 1A.223/2002, consid. 5.2. Ce passage est repris au consid. 5.7 de l'arrêt 1B_7/2009.

2 Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire dans la revue de l'avocat 2008 364–366. Voir également HANS NATER, *Interessenkollisionen: Herausforderung für Anwältinnen und Anwälte*, RSJ 2008 466.

3 TF 2C_504/2008, consid. 9.

pas assurer une défense optimale dans les deux cas. Mais il est juste de retenir que les circonstances du cas demeurent déterminantes, et leur exposé apparaissait effectivement peu clair en l'espèce.

IV. TF 1B_7/2009: la défense de coaccusés est en principe exclue

1. Les faits

A l'occasion d'une procédure pénale instruite par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral contre divers prévenus inculpés de participation ou soutien à une organisation criminelle et blanchiment d'argent, le Procureur général a fait interdiction en cours d'enquête à un avocat tessinois, X., de représenter les prévenus Y. et Z. pour cause de conflit d'intérêts; le jour précédent, le procureur avait désigné un avocat d'office à Y., suite au refus de celui-ci de choisir un nouveau défenseur. L'avocat et Y. ont par la suite requis du Président de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral la réadmission de celui-là comme mandataire privé de Y. Suite au rejet de cette requête, l'avocat et Y. ont recouru auprès du Tribunal fédéral, qui a confirmé la décision querellée.

2. Les conflits d'intérêts

En l'occurrence, l'avocat X. avait déjà représenté le co-accusé Z. durant l'enquête de police et un avocat travaillant dans le même cabinet représentait un autre accusé. De plus, X. représentait d'autres personnes touchées par des mesures de saisies ordonnées dans cette affaire. Si la représentation de personnes touchées par des saisies n'était plus avancée comme motif déterminant par le Président de la Cour des affaires pénales, faute de conflit d'intérêts perceptible, en revanche son intervention en faveur de Z. était rédhibitoire selon son appréciation: durant l'enquête préliminaire, il s'était avéré que la version des faits de Y. et Z. était différente et qu'il n'était pas exclu qu'ils optent pour des lignes de défense différentes.

Le Tribunal confirme les principes posés dans divers arrêts non publiés, en particulier dans l'arrêt 5P.587/1997 du 5 février 1998, antérieur à la LLCA.⁴ Le risque de conflits d'intérêts est grand en cas de représentation de co-prévenus. Les conflits d'intérêts latents en cas de défense de co-inceulpés sont souvent difficiles à percevoir en début de cause. S'il est prévisible qu'un conflit intervienne, la double représentation est exclue.⁵ La représentation conjointe ne doit donc être admise que si tout risque d'intérêts contradictoires peut être exclu d'emblée. C'est le cas si la version des faits des co-accusés est identique et que leurs intérêts se rejoignent.⁶ Elle peut alors se justifier par souci d'efficience.⁷ Le fait que les intéressés consentent à la double re-

présentation ou que l'avocat entende plaider l'acquittement pour chacun d'eux n'y change rien.⁸ L'obligation de fidélité de l'avocat à l'égard de son client exclut que celui-là plaide contre celui-ci au profit d'un nouveau client lorsque les affaires sont liées. Le mandataire pourrait en effet utiliser des informations dont il a eu connaissance à l'occasion du premier mandat, de manière consciente ou inconsciente.⁹ En bref, «[l]orsque le même avocat défend deux coaccusés dans le procès pénal, le risque d'un conflit d'intérêts surgit immanquablement: pour obtenir l'acquittement ou le prononcé d'une peine aussi légère que possible, chaque accusé peut être tenté de reporter la culpabilité sur l'autre; en pareil cas, il sera impossible à l'avocat, confronté à des intérêts contradictoires, d'assister efficacement l'un comme l'autre de ses clients; une telle situation justifie l'interdiction du double mandat».¹⁰

Pour le Tribunal fédéral, le fait que X. ne défende plus Z. est sans pertinence en l'occurrence: le fait qu'il l'ait représenté lui permet de disposer d'informations dont l'utilisation pour Y. pourrait porter atteinte aux intérêts de Z., si bien que la prudente appréciation du Président de la Cour des affaires pénales ne peut pas être remise en cause.¹¹

3. La compétence

Le Tribunal fédéral confirme que le juge qui conduit la cause (respectivement, en l'occurrence, le procureur général de la Confédération, art. 37 al. 1 PPF, et le Président de la Cour des affaires pénales, art. 136 PPF) est compétent pour statuer sur le défaut de capacité de postuler de l'avocat faute d'indépendance.¹² Ce système prévaut également dans les cantons à défaut de dispositions expresses désignant l'autorité de surveillance comme autorité compétente pour statuer sur la conformité du mandat de représentation d'un avocat aux règles de la LLCA.¹³

4. Synthèse

Comme nous avons eu l'occasion de le relever,¹⁴ les risques de conflits d'intérêts sont grands en cas de représentation de co-prévenus. Le Tribunal fédéral confirme ainsi que la représentation conjointe ne doit être admise que si tout risque d'intérêts contradictoires peut être exclu d'emblée.¹⁵ Si un risque survient, l'avocat doit renoncer aux deux mandats.

8 Consid. 5.5.

9 Consid. 5.5 s. et 5.9.

10 Consid. 5.6 qui cite TF 5P.587/1997, RVJ 1998 16, Pra 87 N 98, consid. 4c/aa-bb.

11 Consid. 5.9 s.

12 Consid. 5.3 s. Voir déjà TF (18.03.2003) 1A.223/2002, consid. 5.5; TF (01.02.2005) 2A.560/2004, consid. 1; Ccc VS (19.08.2003) RVJ 2004 263; Ordonnance du juge instructeur NE (25.09.2007) CC.2005.107, RSJ 2008 472.

13 A Genève, la Commission du barreau et son bureau sont compétents, voir art. 12 al. 3 LPav par analogie, Commission du barreau GE (14.02.2005) 47/04, SJ 2007 II 292 (rés.).

14 Cette revue, 2008 364–366, et les exemples donnés: TF (18.03.2003) 1A.223/2002; TF (01.02.2005) 2A.560/2004; TF (01.02.2005) 2A.560/2004; TF (13.05.2005) 1P.227/2005; TF (24.04.2003) 1P.159/2003.

15 Voir déjà TF (07.05.2007) 1B_41/2007; TF (05.02.1998) 5P.587/1997, consid. 3c, RVJ 1998 64, Pra 87 N 98.

4 Consid. 5.5 s. Voir TF 5P.587/1997, RVJ 1998 16, Pra 87 N 98, consid. 3. Voir également TF (07.05.2007) 1B_41/2007 et Strafkammer VS (08.02.2007) RVJ 2008 215.

5 Consid. 5.8.

6 Consid. 5.8.

7 Consid. 5.8.

Il ne faut pas voir dans cette jurisprudence une contradiction avec le principe posé par l'ATF 134 II 108 – selon lequel une double représentation n'est interdite qu'en cas de risque concret de conflits –, même s'il est regrettable que le Tribunal fédéral ne cite pas ce précédent dans ce nouvel arrêt.¹⁶ En matière pénale, et comme le rappelait déjà l'arrêt 2C_699/2007 du 30 avril 2008, le risque de conflits d'intérêts est particulièrement prononcé dans le cadre de la représentation (simultanée ou non) de co-prévenus: l'accusé peut en effet être tenté de reporter la culpabilité sur les autres inculpés,¹⁷ si bien qu'il se justifie d'être particulièrement attentif dans l'examen de ce risque, et ce à tous les stades de la procédure, comme le retient le Tribunal fédéral au considérant 5.11 de l'arrêt 1B_7/2009: «[i]n diesem Zusammenhang rechtfertigt sich eine umsichtige (prospektive) Abwä-

gung durch den verfahrensleitenden Präsidenten der Strafkammer».

L'exclusion de l'avocat pour cause de conflit d'intérêts ne constitue pas une mesure disciplinaire au sens de l'article 17 LLCA. Elle est la résultante du défaut de capacité de postuler de l'avocat et constitue un incident de l'instance.¹⁸ Les deux procédures sont indépendantes et pourraient aboutir à des résultats contradictoires – exclusion prononcée par le juge en raison d'un conflit d'intérêts et classement du dossier par l'autorité de surveillance faute de violation de la même règle. Cela n'est pas satisfaisant. La meilleure solution serait sans doute de prévoir que le juge suspende la procédure, sauf urgence ou cas évident, dans l'attente d'une décision définitive dans la procédure disciplinaire. Mais la question est particulièrement problématique lorsque, comme dans le cas d'espèce, la procédure se déroule devant des autorités fédérales.

16 Il le mentionne en revanche dans l'arrêt 2C_504/2008, lui aussi destiné à être publié et portant également sur la défense au pénal.

17 TF 2C_699/2007, consid. 4.2.3 in fine.

18 Voir Ccc VS (19.08.2003) RVJ 2004 263.



Zur Erinnerung

Fortsetzung von Seite 236

Rattenfänger: jemand, der Gutgläubige mit Versprechungen anlockt, um sie zu betrügen. Im Juni 1284 erschien ein Pfeifer in Hameln, der sich anerbot, gegen eine gewisse Summe alle Ratten aus der Stadt in die Weser zu treiben. Dies gelang ihm mit seiner Pfeife. Da man ihm aber seinen Lohn vorenthielt, lockte er am folgenden Sonntag mit seinem Pfeifen alle Kinder (mit zwei Ausnahmen, die sich verspätet hatten) in den geöffneten nahen Koppelberg. Etwas später kam er in Siebenbürgen wieder zum Vorschein und gründete mit den Kindern die Kolonie der Siebenbürger Sachsen.

Partizipationsschein: Genussschein (Art. 657 OR) als Finanzierungsmittel (Finanzierungsgenussschein). Ein Partizipationsschein ist praktisch eine stimmrechtslose Aktie; Art. 656 aff. OR.

Halsgericht: im Mittelalter ein Gericht, das schwere, mit harten Leibes- oder Lebensstrafen bedrohte (peinliche) Verbrechen aburteilte; auch als hochnotpeinliches Halsgericht bezeichnet. Die Richtstätte.

Strangmarke: nach Strangulation bei Überlebenden ein geröteter Streifen am Hals, bei Leichen eine Hautvertrocknung, die häufig die Form des Strangwerkzeugs wiedergibt.

clausula rebus sic stantibus: Klausel «bei unveränderter Sachlage»; das Rechtsgeschäft gilt nur, sofern sich die Umstände, wie sie beim Zustandekommen waren, nicht unvorhersehbar und grundlegend verändern. Tritt dieser Fall ein, verstösst das Beharren auf der Erfüllung gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Beispiel: Unerschwinglichkeit der Leistung, die der objektiven Unmöglichkeit gleichgesetzt wird. In der Praxis wird die Haftung des Schuldners durch eine Kriegs-, Streik- oder Freizeichnungsklausel eingeschränkt oder aufgehoben oder es kann die Leistung durch eine Goldoder Valutaklausel (Devisenklausel) gesichert werden.

Tontine: der Staat nimmt in kleiner Stückelung ein Darlehen auf mit der Verpflichtung, Kapital und Zins nach Ablauf einer bestimmten

Zeit jenen Einlegern, die dann noch leben, als Kapital oder Rente zurückzuzahlen. Der Name kommt vom italienischen Arzt Lorenzo Tonti, der nicht der Erfinder ist, aber 1689 in Frankreich die erste Tontine auflegte.

beneficium deliberandi: die Bedenkzeit von drei Monaten, binnen der ein Erbe die Erbschaft ausschlagen kann; Art. 567 f. ZGB.

culpa in contrahendo: schuldhaftes Verletzung vorvertraglicher Pflichten, wobei die Schadenersatzpflicht unabhängig davon eintreten kann, ob der Vertrag in der Folge gültig zustande kommt oder nicht. Grundlage ist Art. 2 Abs. 1 ZGB.

Milizparlament: der Gegensatz zu einem Berufsparlament, d.h., die Parlamentarier sind nur nebenberuflich Politiker.

beneficium excussionis realis: Einrede der Vorausverwertung; solange der Gläubiger Sicherheiten des Schuldners im Besitz hat, kann er verlangen, dass er auf Pfandverwertung und nicht auf Pfändung betrieben wird; Art. 495 Abs. 2 OR und Art. 41 Abs. 1 SchKG.

Universalität der Verschuldenshaftung: während die Kausalhaftung auf einzelne, abgegrenzte Schädigungstatbestände zugeschnitten ist, ist Art. 41 OR immer dann anwendbar, wenn jemandem widerrechtlich bzw. in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zugefügt wurde.

traditio

- **ex iusta causa:** die Besitzverschaffung aus einem gültigen Zuwendungsgrund im römischen und gemeinen Recht.
- **per chartam:** die Verfügung über das reisende Gut durch ein Traditionspapier.

Urteilssurrogat: Urteil, Entscheidungssurrogate. Im SchKG sind Urteilssurrogate der gerichtliche Vergleich, die gerichtliche Schuldanerkennung sowie jeder vollstreckbare Entscheid einer eidgenössischen oder kantonalen Verwaltungsbehörde über öffentlichrechtliche Ansprüche; Art. 80 SchKG. Sie berechtigen zur definitiven Rechtsöffnung.

Aus: Peter Metzger, *Schweizerisches juristisches Wörterbuch, einschliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen und Antonymen*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2005