

CHANGEMENT D'ÉTUDE ET CONFLIT D'INTÉRÊTS: LE TRIBUNAL FÉDÉRAL RATE UNE OCCASION DE CORRIGER LE TIR

SAVERIO LEMBO

Membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Genève, Avocat, Bär & Karrer SA

ADRIEN SCHNEEBERGER

Secrétaire stagiaire du Comité de Jeune Barreau de Genève,

Avocat-stagiaire, Bär & Karrer SA

Mots-clés: conflits d'intérêts, secret professionnel, changement d'étude, liberté économique

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a manqué une occasion de corriger la situation regrettable créée par sa jurisprudence en matière de prohibition des conflits d'intérêts en cas de changement d'étude par un avocat¹. En effet, dans un tel cas de figure, notre Haute Cour considère que la seconde étude doit résilier tout mandat opposé à un mandat traité par la première étude si l'avocat a pris connaissance de ce premier mandat à l'occasion de son précédent emploi. La présente contribution critique le raisonnement du Tribunal fédéral et propose des solutions alternatives à cette jurisprudence.

I. Introduction

La prohibition du conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat².

L'art. 12 let. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA), complété par la doctrine et la jurisprudence, prohibe les conflits d'intérêts entre le client et l'avocat et/ou ses proches tant dans le cadre des activités typiques que des activités atypiques de l'avocat³. Cette règle entraîne des conséquences multiples sur la pratique. L'une d'entre elles se produit en cas de changement d'étude par un avocat, non sans difficultés d'application.

Dans un arrêt de principe de 2019⁴, abondamment critiqué par la doctrine⁵, le Tribunal fédéral s'était montré incroyablement restrictif en matière de conflit d'intérêts en cas de changement d'étude par un collaborateur. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait à examiner le cas d'une avocate qui quittait une première étude en y ayant pris connaissance d'un dossier, pour rejoindre une seconde étude qui défendait une partie adverse dans ce même dossier. Le Tribunal fédéral a jugé que cette situation avait pour conséquence que la seconde étude devait résilier le mandat litigieux. Le Tribunal fédéral a considéré que cette conclusion devait s'imposer même dans les cas où un avocat ne travaillait pas sur le dossier en question et ne faisait partie de l'équipe en charge de ce dossier au sein de la seconde étude.

- 1 Pour ne pas alourdir le texte, nous nous conformons à la règle qui permet d'utiliser le masculin avec la valeur de neutre. L'utilisation du genre masculin a été adoptée afin de faciliter la lecture et n'a aucune intention discriminatoire.
- 2 ATF 138 II 162, c. 2.4; nous renvoyons aux ouvrages suivants pour une vision plus détaillée de la notion de prohibition des conflits d'intérêts: BENOÎT CHAPPUIS/JÉRÔME GURTNER, *La profession d'avocat*, 2021, p. 139 ss; BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, *Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e édition, 2016, p. 112 ss; STÉPHANE GRODECKI/NICOLAS JEANDIN, *Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts*, in: *SJ* 2015 II p. 107; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 575 ss.
- 3 BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, *Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e édition, 2016, p. 113.
- 4 Arrêt du TF 1B_510/2018 du 14. 3. 2019 (ATF 145 IV 218).
- 5 BENOÎT CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflit d'intérêts, réflexions sur la liberté économique de l'avocat, collaborateur, in: *Revue de l'avocat* 12/2019 p. 511; TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, *Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018*, in: *Jusletter* 1. 7. 2019; ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, *Le conflit d'intérêts en cas de changement d'étude d'un collaborateur*, 2019 <<http://www.lawinside.ch/739/>>; JÉRÉMY BACHARACH, *Changement d'étude et conflit d'intérêts* in: *Revue de l'avocat* 5/2019 p. 213; MARTIN RAUBER, «Chinese Walls», *Vertretungsverbot für Anwälte*, in: *Swissblawg* du 16. 7. 2019; IVO SCHWANDER, *Bundesgericht, I. öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 14. März 2019, BGer 1B_510/2018 (zur amtlichen Publikation bestimmt)*, in: *ZZZ* 46/2019 p. 138 ss.

Dans un arrêt de 2022⁶, sans changer sa pratique, le Tribunal fédéral a apporté quelques précisions sur cette problématique en montrant un (léger) signe d'ouverture. Dans cette décision, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'une avocate-stagiaire d'une première étude ayant rejoint, en qualité de collaboratrice, une seconde étude qui représentait la partie adverse à celle défendue par la première étude. Dans ce cas, notre Haute Cour a nié l'existence de risque de conflit d'intérêts concret.

Bien que ce dernier arrêt aille dans la bonne direction, il eût été heureux que le Tribunal fédéral corrigeât la situation créée par l'ATF 145 IV 238, qui dresse des obstacles disproportionnés dans le processus de recrutement et, plus grave, impacte négativement la carrière des jeunes avocats. En outre, cet arrêt étend l'application de l'ATF 145 IV 238 aux avocats-stagiaires, ce qui est malheureux. Cette situation est également problématique pour les clients.

La présente contribution rappellera d'abord brièvement les éléments essentiels d'un premier arrêt rendu par le Tribunal fédéral en la matière⁷. Ensuite, elle reviendra sur l'ATF 145 IV 238⁸ et soulignera les éléments pertinents de l'arrêt de 2022⁹.

Dans un second temps, cette contribution critiquera la dite jurisprudence en mettant en exergue ses conséquences juridiques et pratiques¹⁰. Enfin, elle présentera quelques solutions correctrices¹¹.

II. La jurisprudence du Tribunal fédéral

1. Arrêt 5A_967/2014 du 27 mars 2015

Dans cette affaire, l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte était opposée à une personne en vue d'ordonner des mesures de protection à l'égard de cette dernière. Sa famille soupçonnait un tiers d'abuser de la générosité de la personne.

Un avocat-stagiaire, devenu collaborateur dans une première étude, avait activement travaillé sur un mandat concernant ce tiers. Ce collaborateur avait ensuite quitté l'étude et s'était mis à son compte. Dans le cadre de sa nouvelle activité, il avait été chargé de la défense des intérêts de la personne bénéficiant des mesures de protection.

Le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un conflit d'intérêts au motif que l'avocat de la personne à protéger risquait concrètement d'utiliser, de manière consciente ou non, des informations dont il avait eu vent à l'occasion de son précédent mandat sous couvert de secret professionnel¹².

Et le Tribunal fédéral de rappeler qu'*«il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA 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 premier mandat»*¹³. Le Tribunal fédéral a également retenu que le conflit d'intérêts touchant un collaborateur ne se limitait pas à la personne de cet avocat, mais devait être étendu à toute l'étude ou du groupement dans lequel le collaborateur exerce¹⁴.

2. Arrêt 1B_510/2018 du 14 mars 2019 (ATF 145 IV 218)

Dans cet arrêt, une collaboratrice d'une première étude avait directement travaillé dans le cadre de la défense des intérêts d'un employé visé par une plainte pénale déposée par une société elle-même défendue par une seconde étude. La collaboratrice avait ensuite été engagée par cette seconde étude sans toutefois travailler sur ce dossier. Le prévenu avait alors requis du Ministère public qu'il soit fait interdiction de représenter la société à l'ensemble des avocats de la seconde étude. Suite au rejet du Ministère public, sur recours du prévenu, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois a fait interdiction à tout avocat de la seconde étude d'occuper le mandat. Les avocats de la seconde étude en charge du mandat ont alors formé recours au Tribunal fédéral.

Dans sa décision, le Tribunal fédéral a d'abord procédé à quelques rappels des principes généraux sur la prohibition des conflits d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA. Aux yeux de notre Haute Cour, un risque de conflit d'intérêts concret était nécessaire pour retenir une violation de cette règle, à l'exclusion d'un risque de conflit d'intérêts abstrait, insuffisant pour retenir une violation¹⁵.

Le Tribunal fédéral a ensuite rappelé les cinq critères jurisprudentiels permettant de déterminer si un mandat antérieur soulève un conflit d'intérêts, à savoir l'écoulement du temps entre ces mandats, la connexité entre l'objet de ces mandats, la portée du premier mandat (importance et durée), les connaissances acquises par l'avocat dans l'exercice du premier mandat, de même que la persistance de la relation de confiance avec le premier client. Sans examiner l'application de ces critères, le Tribunal fédéral a retenu qu'il existait dans le cas d'espèce un risque d'utiliser, à dessein ou inconsciemment, les connaissances issues du mandat de l'ancienne étude de la collaboratrice dans le mandat de la seconde étude. Le Tribunal fédéral a considéré que cette violation potentielle du secret constituait un conflit d'intérêts¹⁶.

6 Arrêt 5A_407/2021 du 6. 5. 2022, commenté dans: QUENTIN CUENDET, Changement d'étude: pas de conflit d'intérêts sans connaissance effective du dossier, 2022 <www.lawinside.ch/1206/>.

7 Arrêt du TF 5A_967/2014 du 27. 3. 2015; cf. *infra* § II (1).

8 Arrêt du TF 1B_510/2018 du 14. 3. 2019 (ATF 145 IV 218); cf. *infra* § II (2).

9 Arrêt du TF 5A_407/2021 du 6. 5. 2022; cf. *infra* § II (3); voir aussi arrêt du TF 2C_867/2021 du 2. 11. 2022, dont l'état de fait se déroule dans un contexte de changement d'étude, mais constitue un cas «standard» de conflit d'intérêts sanctionnant un avocat de manière individuelle, par opposition au conflit rejaillissant sur toute l'étude. Pour cette raison, il ne sera pas commenté plus avant dans la présente contribution.

10 Cf. *infra* § III.

11 Cf. *infra* § IV.

12 Arrêt du TF 5A_967/2014 du 27. 3. 2015, consid. 3.3.

13 *Idem*, consid. 3.3.2.

14 *Ibidem*.

15 Arrêt 1B_510/2018 du 14. 3. 2019 (ATF 145 IV 218), consid. 2.1.

16 *Idem*, consid. 2.1.

Le Tribunal fédéral a ensuite rappelé que, selon sa jurisprudence, une incapacité de représenter d'un avocat «contaminait» l'ensemble de l'étude dans laquelle il travaillait. Notre Haute Cour a même été jusqu'à préciser que cette solution prévalait quel que soit le statut d'associés ou de collaborateurs des avocats touchés et les difficultés que le respect de cette exigence pouvait engendrer pour «une étude d'une certaine taille»¹⁷.

Le Tribunal fédéral a finalement retenu l'existence d'un conflit d'intérêts au motif qu'il était possible que la collaboratrice révèle des informations soumises au secret professionnel. Selon notre Haute Cour, ce risque ne pouvait pas être évité par les mesures internes visant à éviter une telle révélation et que la seconde étude se prévalait d'avoir prises («Chinese walls»). Selon le Tribunal fédéral, ce type de mesure n'était pas propre à éviter une révélation du secret «par inadvertance». Pour ces raisons, le Tribunal fédéral a finalement décidé que la seconde étude et l'ensemble des collaborateurs et associés y travaillant devaient dès lors résilier le mandat¹⁸.

3. Arrêt 5A_407/2021 du 6 mai 2022

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a affiné sa jurisprudence, malheureusement sans la modifier¹⁹.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est prononcé dans le cadre d'un recours interjeté par un ex-époux en seconde instance contre le prononcé de son divorce. Une collaboratrice de l'étude représentant les intérêts de l'ex-mari avait auparavant été employée en tant qu'avocate-stagiaire au sein de l'étude qui représentait l'ex-épouse. En l'espèce, cette collaboratrice avait signé pour l'avocate en charge le recours au Tribunal fédéral de l'ex-époux. Selon l'intimée, il était impossible d'exclure que cette collaboratrice ait pu prendre connaissance du dossier lors de son stage. Pour cette raison, l'ex-épouse concluait à ce qu'il soit constaté que le recourant n'était pas valablement représenté au sens de l'art. 12 let. c LLCA²⁰.

Le Tribunal fédéral, confirmant l'ATF 145 IV 218, a rappelé les critères jurisprudentiels permettant de retenir l'existence de deux mandats opposés²¹. Le Tribunal fédéral a en particulier relevé qu'un risque abstrait ou théorique n'est pas suffisant pour retenir un conflit d'intérêts. Un risque concret est nécessaire²².

Le Tribunal fédéral a rappelé que le conflit d'intérêts touchant un avocat affectait en principe tous les avocats (associés ou collaborateurs) exerçant dans une même étude²³.

Selon le Tribunal fédéral, lors d'un changement d'étude, la connaissance, en raison du précédent emploi, d'un collaborateur d'une nouvelle étude du dossier traité par son nouvel employeur est l'élément central permettant de retenir la présence d'un risque de conflit d'intérêts concret impliquant la nécessité de résilier le mandat pour le nouvel employeur²⁴.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que l'intimée se contentait d'évoquer un risque purement abstrait de conflit d'intérêts, sans soutenir que l'ancienne stagiaire avait effectivement eu connaissance du dossier, se

contentant de signaler qu'on ne pouvait pas l'exclure. Partant, notre Haute Cour a estimé qu'il n'y avait pas de risque de conflit d'intérêts concret²⁵.

III. Critique

La jurisprudence du Tribunal fédéral nous apparaît hautement discutable et ce, tant pour des motifs juridiques que pratiques. Cette jurisprudence est d'autant plus regrettable que la Haute Cour semble s'y tenir dans son arrêt le plus récent rendu à ce sujet²⁶.

1. La trop large portée du «critère de la connaissance»

Comme justement relevé par BARTH/REYMOND/GERZNER, le Tribunal fédéral entretient une certaine confusion entre les notions de conflit d'intérêts et de secret professionnel²⁷. En effet, dans l'ATF 145 IV 218, notre Haute Cour a retenu qu'un risque de révélation de secrets professionnels en raison de la connaissance d'un mandat par un avocat constitue un conflit d'intérêts²⁸. Cette pratique a également été reprise dans l'arrêt de 2022 susmentionné, qui explique que «la connaissance par le collaborateur en raison de son précédent emploi d'un dossier traité par le nouvel employeur constitue l'élément déterminant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret qui doit être évité, ce que permet la résiliation du mandat par le second»²⁹.

Le critère dit «de la connaissance» pose problème en tant qu'il ne permet pas de circonscrire de manière précise «le niveau de la connaissance effective du dossier qui est à même de constituer un risque de conflits d'intérêts de confidentialité»³⁰. La jurisprudence semble très extensive: elle paraît retenir qu'il existe un niveau de connaissance suffisant pour constituer un conflit d'intérêts dès qu'un avocat a connaissance de la simple existence d'un mandat traité dans l'étude qui l'emploie³¹. Dans son arrêt de 2022, le Tribunal fédéral est laconique sur cette question. Il se

17 *Idem*, consid. 2.2.

18 *Idem*, consid. 2.2-2.5.

19 Commenté dans: QUENTIN CUENDET, Changement d'étude: pas de conflit d'intérêts sans connaissance effective du dossier, 2022 <www.lawinside.ch/1206/>.

20 La capacité de postuler d'un avocat est une condition de recevabilité prévue à l'art. 59 du Code de procédure civile du 19.12.2008 (CPC) et à l'art. 42 al. 5 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

21 Cf. *supra* § II (2).

22 Arrêt du TF 5A_967/2014 du 27.3.2015, consid. 1.2.2.

23 *Idem*, consid. 1.2.2.

24 *Idem*, consid. 1.2.2.

25 *Idem*, consid. 1.2.3.

26 *Ibidem*; cf. *supra* § II (3).

27 TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018, in: Jusletter 1.7.2019, N 18.

28 Cf. aussi Arrêt du TF 5A_597/2014 du 27.3.2015; cf. *supra* § II (1).

29 Arrêt du TF 5A_407/2021 du 6.5.2022; cf. *supra* § II (2).

30 TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018, in: Jusletter 1.7.2019, N 24.

31 *Idem*, N 24.

contente de signaler que la partie se prévalant du conflit d'intérêts s'était limitée à soulever qu'on ne pouvait pas exclure que l'avocate dont l'interdiction de postuler était demandée avait eu connaissance du dossier, ce qui ne suffit pas, aux yeux de notre Haute Cour, à établir l'existence d'un risque d'intérêts concret prohibé³². Ainsi, le Tribunal fédéral semble confirmer que le niveau de connaissance suffisant pour reconnaître une potentielle violation du secret professionnel et provoquer un conflit d'intérêts en cas de changement d'étude peut se limiter à une simple connaissance de l'existence d'un mandat.

2. La présomption de la violation du secret professionnel par l'avocat

La jurisprudence ici critiquée admet l'existence d'un conflit d'intérêts au motif de l'existence d'un risque de violation du secret professionnel par le collaborateur.

Le Tribunal fédéral s'attaque ici purement et simplement de manière frontale au professionnalisme et à la bonne foi de l'avocat.

En effet, notre Haute Cour part de la présomption que l'avocat est susceptible de violer le secret professionnel auquel il est astreint, de manière consciente ou par négligence. Il érige ainsi un risque abstrait et improbable en un fait établi, avec des conséquences désastreuses sur le développement de carrière des avocats, en particulier des plus jeunes d'entre eux.

À cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que les exigences en matière de secret professionnel de l'avocat sont extrêmement strictes et que les violations sont sanctionnées civilement, disciplinairement et pénalement³³. En cas de violation du secret professionnel, l'avocat risque une sanction pénale d'un maximum de trois ans de peine privative de liberté (art. 321 du Code pénal [CP]), ainsi que des conséquences disciplinaires allant d'un avertissement à une interdiction définitive de pratiquer (art. 17 LLCA), de même qu'une radiation automatique du registre des avocats (art. 9 et 8 al. 1 let. b LLCA)³⁴. Par ailleurs, en cas de changement d'étude par un avocat, un avocat de la nouvelle étude qui solliciterait ou utiliserait des informations couvertes par le secret professionnel du nouveau collaborateur pourrait être exposé à des sanctions sous l'angle de l'instigation (art. 24 CP) ou de la complicité (art. 25 CP)³⁵.

Par la force des choses, l'avocat a une grande habitude de composer avec le secret professionnel dans la vie courante. Il s'agit en effet d'une des difficultés inhérentes à ce métier. Comme le relève justement CHAPPUIS, il est révélateur que les condamnations pour violation du secret professionnel de l'avocat soient extrêmement rares³⁶.

Ainsi, les risques de divulgation du secret professionnel semblent très théoriques. La présomption de violation de ces différents devoirs en cas de changement d'étude qu'instaure la jurisprudence du Tribunal fédéral apparaît dès lors dénuée de tout fondement.

Cette présomption est au demeurant pour le moins paradoxale, en tant qu'elle contraste singulièrement avec la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'avocat est au bénéfice d'une présomption de bonne foi en procédure³⁷.

3. Violation du secret professionnel

La mise en pratique de la jurisprudence ici critiquée implique également une violation du secret professionnel par les nouveaux collaborateurs d'une étude, en tant qu'elle les obligerait à révéler sur quels mandats ils travaillaient au sein de la première étude.

En effet, lors du recrutement de jeunes collaborateurs, la pratique du Tribunal fédéral implique que les études examinent systématiquement tous les dossiers dans lesquels l'étude précédente du candidat était partie adverse et s'assurer que ce dernier n'a pas travaillé sur ces dossiers. Cette tâche fastidieuse est hautement problématique au niveau du secret professionnel, puisque le candidat doit expliquer le rôle qu'il a joué dans les mandats en question³⁸.

4. Violation du principe de l'égalité de traitement

La jurisprudence du Tribunal fédéral viole le principe d'égalité de traitement entre concurrents économiques de manière injustifiée³⁹. Elle viole également le principe d'égalité de traitement en tant que tel.

En premier lieu, on peut citer le cas d'un avocat qui quitte une étude d'avocats pour exercer ses compétences juridiques au sein d'une banque ou d'un grand cabinet d'audit financier et de conseil. Dans de telles situations, la problématique du conflit d'intérêts ne se pose pas. Ces entités peuvent donc intégrer un ancien avocat sans restriction liée au conflit d'intérêts.

On voit donc que la jurisprudence actuelle instaure une inégalité de traitement injustifiée entre les études d'avocats d'une part, obligées de résilier certains mandats à l'arrivée de nouveaux collaborateurs, et les autres entreprises actives dans le domaine juridique comme les banques et les fiduciaires, d'autre part, qui peuvent employer des avocats sans restriction.

³² Arrêt du TF 5A_407/2021 du 6. 5. 2022, consid. 1.2.3.

³³ Nous renvoyons à l'ouvrage suivant pour une vision globale du secret professionnel de l'avocat: BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e édition, 2016, p. 158 ss.

³⁴ TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018, in: Jusletter 1. 7. 2019, N 36.

³⁵ *Idem*, N 37.

³⁶ BENOÎT CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflits d'intérêts, réflexions sur la liberté économique de l'avocat collaborateur, in: Revue de l'avocat 12/2019 p. 515.

³⁷ Arrêt du TF 4P.15/2006 du 18. 4. 2006; BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e édition, 2016, p. 15 et 27.

³⁸ IVO SCHWANDER, Bundesgericht, I. öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 14. März 2019, BGer 1B_510/2018 (zur amtlichen Publikation bestimmt), in: ZZZ 46/2019 p. 138 ss, p. 142–143.

³⁹ FRANCOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, N 384 ss. Ces auteurs relèvent que selon une partie de la doctrine, les avocats et les juristes d'entreprise devraient pouvoir être considérés comme des concurrents économiques selon les critères du droit de la concurrence, que le principe d'égalité de traitement devrait s'appliquer et que des différences de traitement devraient dès lors être justifiées.

Ce traitement différencié n'a pas de fondement. On comprend mal en quoi des études d'avocats, déjà soumises à des règles plus sévères que d'autres types d'entreprises, devraient en sus être soumises à des règles encore plus compliquées en cas d'arrivée de nouveaux collaborateurs.

En second lieu, on peut évoquer le cas d'un mari et une femme, d'un frère et une sœur ou d'une mère et une fille exerçant tous deux la profession d'avocat et représentant deux parties opposées dans une procédure judiciaire. Le Tribunal fédéral n'a, à notre connaissance, jamais jugé que ce genre de configurations, pourtant fréquentes en pratique, pouvait constituer un conflit d'intérêts. Et pour cause. La bonne foi de l'avocat et son respect du secret professionnel doivent être présumés. On voit par conséquent mal pour quelle raison on devrait juger autrement un avocat qui change d'étude.

On peut ensuite également songer à la situation d'un avocat qui devient magistrat auprès d'un tribunal ou d'une autorité de poursuite pénale. À teneur de la jurisprudence actuelle, si l'on voulait vraiment assurer une égalité de traitement, il faudrait demander à la juridiction concernée de se dessaisir de tout dossier dont le magistrat fraîchement élu a pu avoir connaissance au sein de l'étude dans laquelle il travaillait auparavant. En quoi la situation de l'avocat qui intègre une position dans la magistrature est-elle différente de celle de l'avocat qui rejoint une nouvelle étude?

Enfin, la Chambre pénale d'appel et de révision du canton de Genève («CPAR») a récemment jugé une affaire dans laquelle un procureur ayant diligenté une procédure pénale contre un prévenu condamné pour violation de l'art. 285 CP avait ensuite rejoint l'étude du conseil de la partie plaignante en tant qu'avocat⁴⁰. Dans la procédure d'appel, le prévenu a requis qu'une interdiction de postuler soit prononcée à l'égard du conseil de la partie plaignante en raison du conflit d'intérêts provoqué, à ses yeux, par l'arrivée du procureur en tant qu'associé dans cette étude. La CPAR a nié l'existence d'un conflit d'intérêts, aux motifs que les intérêts du Ministère public et de la partie plaignante étaient convergents et que le dossier devait être considéré comme complet et connu de l'ensemble des parties, ce qui impliquait que l'ancien procureur ne pouvait pas connaître d'informations supplémentaires⁴¹. Quoiqu'on puisse penser de cette motivation, on voit mal pourquoi on devrait réserver un traitement différent à un avocat qui rejoint une autre étude, sauf à dire que la probabilité qu'un avocat viole son secret professionnel est supérieure à celle qu'un magistrat trahisse son secret de fonction.

On le discerne, les exemples qui précèdent démontrent le caractère inique et discriminant de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.

5. *Violation de la garantie constitutionnelle de la liberté économique*

Comme le relève à juste titre CHAPPUIS, la jurisprudence actuelle est problématique en rapport avec la garantie constitutionnelle de la liberté économique de l'avocat ayant changé d'étude (art. 27 Cst.)⁴². En effet, dans ses arrêts rendus en matière de changement d'étude, cette ga-

rantie n'est pas prise en compte, malgré la riche jurisprudence de notre Haute Cour rendue en matière de liberté économique de l'avocat⁴³.

Comme exposé précédemment⁴⁴, il semble qu'une simple connaissance du dossier par l'avocat concerné soit suffisante pour causer un conflit d'intérêts. Face à ce risque, lors du processus d'embauche d'un nouveau candidat, le nouvel employeur n'hésitera pas à sacrifier une excellente candidature afin d'éviter de se voir interdire d'occuper par l'autorité compétente et risquer une action en responsabilité de la part de son client⁴⁵. Ce risque est particulièrement important en droit pénal économique, où des dossiers complexes impliquent très souvent l'intervention de diverses études d'avocats spécialisées, régulièrement opposées les unes aux autres. On voit donc que la jurisprudence actuelle a tout simplement pour effet de barrer l'accès de jeunes (et moins jeunes) candidats à d'autres études, petites ou grandes, pour le simple motif qu'ils ont travaillé sur un dossier commun aux deux études.

La jurisprudence la plus récente est d'autant plus problématique que le Tribunal fédéral semble étendre cette pratique aux avocats-stagiaires changeant d'étude⁴⁶. Ainsi, un avocat-stagiaire souhaitant continuer sa carrière dans une autre étude que celle où il a effectué son stage se heurte à des obstacles importants.

Il convient également de relever que le changement d'étude peut arriver de manière involontaire, notamment en cas de dissolution d'une étude causée par des difficultés économiques⁴⁷. Il est particulièrement inique de restreindre d'une telle manière la liberté économique d'un avocat forcé au changement d'étude.

On pourrait même imaginer que la jurisprudence déjà très restrictive du Tribunal fédéral s'applique également aux stagiaires de courte durée (stagiaires dits d'été). Les stages constituent un élément essentiel et pratique de la formation et du perfectionnement des jeunes universitaires.

40 Arrêt de la Cour de justice de Genève AARP/182/2022 du 9. 6. 2022. Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

41 Arrêt de la Cour de justice de Genève AARP/182/2022 du 9. 6. 2022, consid. 2.2.

42 BENOÎT CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflits d'intérêts, réflexions sur la liberté économique de l'avocat collaborateur, in: *Revue de l'avocat* 12/2019 p. 516. Nous renvoyons à cette publication pour un examen détaillé de cette problématique.

43 *Idem*, p. 516.

44 Cf. *supra* § III (1).

45 BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome II, *La pratique du métier: De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat*, 2^e édition, Genève/Zurich 2017, p. 226: une responsabilité civile de l'avocat pourrait être retenue sans que ce dernier ne puisse se prévaloir de l'art. 404 al. 2 du Code des obligations (CO) dans le cas où l'avocat doit résilier en raison d'un conflit d'intérêts par sa faute, notamment s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter cette situation.

46 Cf. *supra* § II (3).

47 BENOÎT CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflits d'intérêts, réflexions sur la liberté économique de l'avocat collaborateur, in: *Revue de l'avocat* 12/2019 p. 517.

Avec la jurisprudence actuelle, les études d'avocats courent le risque de ne pas pouvoir gérer des mandats ou de devoir les abandonner parce qu'elles offrent des stages de courte durée et permettent ainsi aux jeunes talents de se familiariser avec le travail quotidien d'un avocat et avec des mandats concrets. Cette situation est extrêmement préjudiciable à la formation de la relève des avocats. Certains candidats risqueraient en outre d'être fortement désavantagés par ces prescriptions étroites lors de la recherche d'un nouvel emploi.

Enfin, on peut également se poser la question de savoir ce qu'il doit advenir de membres du personnel administratif d'études souhaitant changer d'employeur. En effet, ces personnes ont également connaissance d'informations soumises au secret professionnel. Selon la logique du Tribunal fédéral, on pourrait imaginer que la potentielle violation du secret de ces personnes puisse créer une situation de conflit d'intérêts dans la nouvelle étude les employant. Le risque de violation du secret professionnel par le personnel administratif (et les conséquences qui en découlent) est le même. On peut donc légitimement se demander si, par la jurisprudence actuelle, le Tribunal fédéral a également restreint significativement la liberté économique de chaque employé, avocat ou non, d'une étude en mettant des obstacles à ses possibilités de changer d'employeur.

6. Problèmes déontologiques

Enfin, la jurisprudence du Tribunal fédéral incite les avocats à brandir l'arme non conventionnelle du conflit d'intérêts à n'importe quel stade de la procédure en cas de manque d'arguments sur le fond.

Cette pratique nous apparaît problématique pour plusieurs raisons:

- Premièrement, cette manière de faire crée un ralentissement des procédures et porte ainsi atteinte au principe de célérité.
- Deuxièmement, cette pratique est susceptible de créer des résiliations obligatoires de mandats, au détriment de l'étude et des avocats en charge, mais aussi du client. En effet, ce dernier développe souvent une relation de confiance avec son mandataire. Par ailleurs, un changement de mandataire entraîne en principe des coûts pour le client, facturés par la nouvelle étude⁴⁸.
- Troisièmement, cette pratique oblige l'avocat à procéder à une *due diligence* approfondie, en incitant incidemment le candidat avocat à violer son secret professionnel⁴⁹, au risque d'encourir une responsabilité civile vis-à-vis de son client pour mauvaise exécution du mandat⁵⁰.
- *Last but not least*, la jurisprudence actuelle est susceptible de générer des abus dans la pratique et ainsi installer un climat délétère entre confrères.

IV. Solutions proposées

1. Présomption d'absence de risque de divulgation du secret

La première solution proposée par la présente contribution est très simple à réaliser.

Le Tribunal fédéral et les autres autorités doivent accorder aux avocats la confiance qu'ils méritent, au même titre que celle accordée aux avocats qui deviennent magistrats et aux magistrats qui deviennent avocats.

Pour ce faire, il suffirait d'inverser la présomption actuelle de violation du secret professionnel par l'avocat changeant d'étude instaurée par la jurisprudence actuelle.

Le Tribunal fédéral doit partir de la prémisse qu'un avocat est de bonne foi et respecte les obligations auxquelles il est astreint. C'est au dénonciateur ou à l'autorité compétente qu'il doit incomber d'établir une réelle violation du secret par l'avocat, et non l'inverse.

2. «Chinese walls»

Comme le préconise CHAPPUIS, les mesures d'organisation internes de cloisonnement («*Chinese walls*») visant à empêcher l'accès du nouveau collaborateur aux mandats concernés par d'éventuels conflits d'intérêts sont tout à fait appropriées pour éviter une violation de l'interdiction des conflits d'intérêts⁵¹.

Ces mesures peuvent être mises en place relativement facilement d'un point de vue technique. En effet, la majorité des études ont tendance à informatiser les dossiers. Il semble dès lors aisé d'instaurer des barrières électroniques segmentant l'accès à certains dossiers pour certains collaborateurs.

3. Le Code suisse de déontologie

Comme le relève CHAPPUIS, la solution des «*Chinese walls*» est celle que propose l'art. 14 al. 2 du Code suisse de déontologie (CSD), auquel le Tribunal fédéral ne fait étonnamment pas référence dans ses arrêts rendus en matière de changement d'étude⁵².

Il est finalement à relever que la Fédération Suisse des Avocats en coordination étroite avec les ordres cantonaux finalise actuellement la révision du CSD. Pour tenir compte de la situation malheureusement créée par la jurisprudence ici critiquée, le nouveau CSD clarifiera la question de savoir à partir de quand un conflit d'intérêts devient concret.

Le Tribunal fédéral considère que les règles du CSD permettent de préciser ou d'interpréter la LLCA lorsqu'elles expriment une opinion largement répandue au plan national⁵³. Partant, notre Haute Cour aura à s'inspirer de la nouvelle disposition du CSD en la matière et devrait en conséquence modifier sa jurisprudence ici critiquée.

48 TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018, in: Jusletter 1. 7. 2019, N 40.

49 Cf. *supra* § III (3).

50 Cf. *supra* § III (5).

51 BENOÎT CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflits d'intérêts, réflexions sur la liberté économique de l'avocat collaborateur, in: Revue de l'avocat 12/2019, p. 513.

52 *Idem*, p. 513: il est également à relever que cette solution a été retenue en droits anglais et allemand, desquels notre Haute Cour aurait dû s'inspirer.

53 ATF 144 II 473, consid. 4.4.

V. Conclusion

Les règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts sont des piliers de la profession d'avocat. Elles doivent toutefois être appliquées avec le plus de ménagement possible afin de ne pas entraver indûment la progression professionnelle des avocats en cas de changement d'étude et leur liberté économique.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est excessivement restrictive, en tant qu'elle paraît admettre que la simple connaissance de l'existence du mandat suffit pour fonder un conflit d'intérêts en cas de traitement dudit mandat opposé dans une nouvelle étude.

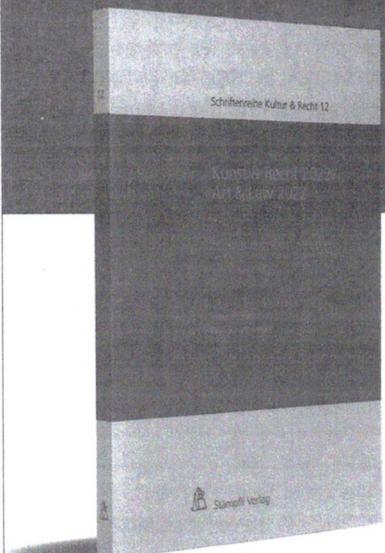
La jurisprudence actuelle a des conséquences néfastes non seulement pour les études, mais aussi et surtout pour les jeunes collaborateurs, qui voient des barrières se dresser inutilement devant eux. Ils ne pourront pas accéder à la place de travail convoitée et seront contraints de rester dans une étude dans laquelle ils ne peuvent pas s'épanouir.

En outre, la pratique du Tribunal fédéral peut inciter les avocats à user d'une arme non conventionnelle pour défendre les intérêts de leurs clients. Cette malheureuse situa-

tion constitue un terrain propice aux dérapages déontologiques. Le climat délétère qu'elle engendre est susceptible d'affecter négativement la relation de confiance qui doit exister entre les plaideurs.

Enfin, et c'est probablement la critique majeure de cette jurisprudence, il demeure inexplicable que le Tribunal fédéral érige en présomption la violation du secret professionnel par un avocat qui change d'étude. Le Tribunal fédéral n'a probablement pas mesuré la portée du considérant 2 de l'ATF 145 IV 218: il s'agit là ni plus ni moins qu'un geste de défiance vis-à-vis des avocats et de la manière dont ils respectent les obligations légales auxquels ils sont astreints.

Au vu de ce qui précède, l'on ne peut que regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas saisi l'opportunité qui lui a été donnée dans l'arrêt 5A_407/2021 du 6.5.2022 pour corriger une jurisprudence lourdement critiquée par de nombreux auteurs et déconnectée de la réalité. Il est indispensable que notre Haute Cour mette fin, dès qu'elle en aura l'occasion, à une situation incompatible avec la loi et les impératifs pratiques de la profession d'avocat.



Peter Mosimann, Beat Schönenberger

Kunst & Recht 2022 / Art & Law 2022

Referate zur gleichnamigen Veranstaltung
der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 17. Juni 2022 (deutsch/englisch)

› **Der 12. Tagungsband Kunst & Recht 2022 befasst sich zum vierten Mal mit der Aneignung in der Kunst**

Schriftenreihe Kultur & Recht, 134 Seiten, broschiert, Januar 2023, CHF 68.–
978-3-7272-2831-5

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten



Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

Stämpfli
Verlag