



Commentaire de : Arrêt: [2C\\_867/2021](#) du 2 novembre 2022  
Domaine : Droit fondamental  
Tribunal : Tribunal fédéral  
Cour : Ile Cour de droit public  
CJN - domaine juridique : Droit des professions judiciaires

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Conflit d'intérêts et droit de la concurrence

### On ne change pas une équipe qui gagne

#### Auteur

Tano Barth, Alexandra Telychko



#### Rédacteur/ Rédactrice

Vincenzo Amberg



*Le Tribunal fédéral rappelle dans cet arrêt qu'un avocat ne peut pas représenter d'abord trois sociétés puis, après avoir changé d'étude, une de leurs concurrentes dans une même procédure devant la COMCO, même si cette procédure est dirigée contre une autre concurrente qui s'est vue attribuer des droits de diffusion.*

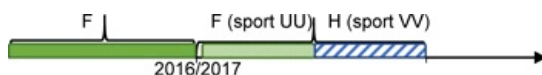
## I. Faits

[1] Un avocat travaille comme collaborateur dans l'équipe de droit des cartels d'une étude d'avocats.

[2] Cette étude représente trois sociétés E, F et G dans deux procédures de droit des cartels devant la Commission de la concurrence (COMCO), à savoir la procédure 123 depuis 2012 et la procédure 456 depuis 2017.

[3] Jusqu'à la fin de la saison 2016/2017, la société F détenait les droits de diffusion de certains événements sportifs en Suisse. Au début de l'été 2016, ces droits ont été réattribués : les droits de diffusion du sport UU ont à nouveau été attribués à F, tandis que H a obtenu les droits de diffusion du sport VV.

[4] L'étude représente alors E, F et G depuis environ mi-2016 face à H concernant l'accès à son offre de sport VV.



[5] L'avocat quitte l'étude fin octobre 2016 pour devenir associé dans une nouvelle étude. Il est alors contacté par une société I impliquée dans la même procédure contestant le droit de distribution exclusif de H devant la COMCO.

[6] Les trois sociétés, représentées par la première étude de l'avocat, dénoncent ce dernier à l'autorité de surveillance zurichoise pour violation de l'interdiction de conflit d'intérêts.

[7] L'autorité de surveillance zurichoise sanctionne l'avocat d'une amende de CHF 3'000 pour violation des règles professionnelles, sanction confirmée par le Tribunal administratif zurichois. L'avocat forme un recours au Tribunal fédéral.

## II. Droit

[8] Après un examen de la recevabilité (consid. 1 et 2) et d'un grief de droit d'être entendu (consid. 3), le Tribunal fédéral examine si l'avocat se trouvait en situation de conflit d'intérêts en acceptant de représenter I dans la procédure auprès de la COMCO, alors qu'il avait précédemment représenté les trois sociétés dans le cadre de la même procédure lorsqu'il était collaborateur dans la première étude d'avocats.

[9] Le Tribunal fédéral rappelle divers **principes généraux sur le conflit d'intérêts** (consid. 4.1–4.3), en particulier que l'avocat viole l'interdiction du conflit d'intérêts si, dans la même procédure, il représente deux clients dont les intérêts ne sont pas alignés (consid. 4.3 *in fine*). Les cinq critères jurisprudentiels afin de déterminer si un **mandat antérieur** soulève un conflit d'intérêts sont redonnés :

- le temps écoulé depuis la fin du premier mandat (1) ;
- la connexité entre l'objet de l'ancien et du nouveau mandat (2) ;
- l'importance et la durée de l'activité déployée lors de l'ancien mandat (3) ;
- les connaissances acquises par l'avocat dans l'exercice du premier mandat (4) ;
- la persistance d'une relation de confiance avec l'ancien client (5).

[10] Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence selon laquelle il y a en tout état de cause un conflit d'intérêts dès que survient la possibilité pour l'avocat d'utiliser, consciemment ou non, dans son nouveau mandat, les **connaissances acquises antérieurement**, sous le couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un précédent mandat (consid. 4.4).

[11] Premièrement, dans le cas d'espèce, il existait un risque concret que l'avocat utilise les connaissances tirées de la procédure 123 concernant les faits, la tactique et la stratégie dans la procédure 456 en faveur de son nouveau client I et au détriment des trois sociétés E, F et G.

[12] La question est alors de savoir si les intérêts de la société I et des trois autres sont alignés en ce qui concerne la procédure T devant la COMCO. Il est vrai qu'elles souhaitent toutes agir contre un éventuel comportement abusif de H sur le marché. À cet égard, l'avocat a fait valoir, à juste titre selon le Tribunal fédéral, qu'une obligation pour H, en vertu du droit des cartels, d'accorder un accès non discriminatoire, profiterait à la fois aux trois sociétés et à I. En revanche, il convient de noter que I et H ont **mené au préalable des discussions extrajudiciaires** sur l'accès aux contenus télévisuels. Si les négociations avaient abouti, la société I, contrairement aux trois autres, n'aurait sans doute pas été affectée par la restriction de concurrence en cause et ne se serait pas jointe à la procédure en tant que tiers au sens de l'art. 43 al. 1 let. a [LCart](#).

[13] Dans ce contexte, la crainte de E, F et G d'être désavantagées si l'accord entre H et I devait aboutir était légitime selon le Tribunal fédéral (consid. 5.1.3).

[14] Deuxièmement, étant donné que **l'avocat s'est lui-même** – bien que de manière limitée – **occupé du mandat lorsqu'il travaillait dans la première étude** (au vu des heures qu'il a facturées sur ce mandat), il n'est pas convaincant qu'il ne se souvienne pas de sa collaboration pour le cas et n'ait jamais vu les dossiers en question. Le Tribunal fédéral est ferme sur le point : l'avocat a connaissance du contenu du mandat et son travail effectif sur ce mandat lui a permis d'obtenir des informations pertinentes sur les faits, la tactique et la stratégie. Ainsi, on attribue à l'avocat non seulement les connaissances accessibles du fait de son appartenance à l'étude, mais aussi celles qui sont liées au traitement effectif du mandat (consid. 5.2.3).

[15] Troisièmement, **le Tribunal fédéral relève en particulier qu'il n'est pas nécessaire que les deux mandats en conflit soient formellement des parties adverses : il suffit que les informations acquises** dans le premier mandat puissent être utilisées contre ou simplement au détriment de l'ancien client (consid. 5.3.1 *in fine*).

[16] Un tel risque de conflit d'intérêts concret découle ici du fait que les **intérêts des trois sociétés divergent de ceux de I** et qu'il existe un lien matériel suffisamment étroit entre la procédure 123 et la procédure 456. Il est vrai que les mêmes parties sont impliquées dans les deux procédures concernant la réattribution des droits de retransmission de manifestations sportives. Dans la première affaire, l'une des trois sociétés, en tant que titulaire des droits de diffusion, est accusée de comportement abusif sur le marché. Dans la seconde affaire, la même société, en tant que demanderesse, exige un accès non discriminatoire à H. Malgré les rôles différents des parties dans les deux procédures, les juges de la Haute Cour n'excluent pas que, dans les négociations entre I et H concernant les contenus télévisuels pertinents pour l'enquête dans la procédure 456, l'avocat ait pu faire l'usage de connaissances au détriment de ses anciens clients (consid. 5.3.1).

[17] Finalement, le Tribunal fédéral balaie un grief de violation de la liberté économique au sens de l'art. 27 [Cst](#). (consid. 6) et de violation du principe de la proportionnalité (consid. 7), rejetant le recours et confirmant la décision attaquée.

### III. Commentaire

[18] Cet arrêt appelle à deux brefs commentaires.

[19] Premièrement, cet arrêt est une **piqûre de rappel bienvenue en matière de conflit d'intérêts** : il est exact que la jurisprudence considère qu'un risque purement abstrait ou théorique ne suffit pas à admettre un conflit d'intérêts, le **risque doit être concret**. Cependant, il n'est pas nécessaire que le danger concret soit réalisé et que

l'avocat ait déjà exécuté son mandat de façon critiquable ou en défaveur du client (ATF 145 IV 218, consid. 2.1).

[20] Cet arrêt illustre bien où **placer le curseur entre le risque abstrait et le risque concret** : les intérêts de la société I et des trois sociétés représentées par la première étude n'étaient certes pas opposés, mais ils n'étaient pas non plus convergents. Toutes ces parties étaient impliquées dans la procédure, et l'avocat disposait d'informations qu'il pouvait utiliser, déjà au cours des négociations, de manière consciente ou non, au détriment des intérêts des trois sociétés, ce qui suffit pour admettre un risque concret de conflit d'intérêts.

[21] Deuxièmement, d'un **point de vue du droit de la concurrence**, bien que toutes les entreprises concernées veuillent empêcher l'abus de la position dominante de la société H, elles sont clairement concurrentes sur ce marché. La raison même de la procédure devant la COMCO était l'intention de chaque partie de conclure un accord avec la société H qui soit le plus avantageux possible pour elle, afin d'obtenir une meilleure position que ses concurrents sur un marché très disputé. Nous rejoignons donc la conclusion du Tribunal fédéral, puisque l'utilisation même potentielle des informations obtenues par l'avocat dans sa première étude est non seulement préjudiciable aux intérêts des clients (passés et présents), mais aussi en l'espèce au bon fonctionnement de la concurrence.

[22] Cet arrêt confirme la position doctrinale de BENOÎT CHAPPUIS, qui avait rappelé qu'en raison de la réglementation applicable en droit de la concurrence, le risque de conflit d'intérêts concret dans ce domaine est particulièrement élevé (CHAPPUIS BENOÎT, *Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes*, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), *La pratique contractuelle 3*, Symposium en droit des contrats, Genève (Schulthess) 2012, p. 87).

BARTH TANO, avocat, docteur en droit, chargé de cours à l'École d'avocature de l'Université de Genève.

TELYCHKO ALEXANDRA, avocate, chargée d'enseignement à la Geneva School of Economics and Management de l'Université de Genève et assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

**Proposition de citation** : Tano Barth / Alexandra Telychko, Conflit d'intérêts et droit de la concurrence, in : CJN, publié le 22 février 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**