

Tano Barth / Michel José Reymond / Maikl Gerzner

Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé qu'une collaboratrice ayant changé d'étude était en situation de conflit d'intérêts en raison d'un dossier dont elle avait eu connaissance dans sa précédente étude et que son conflit d'intérêts affectait toute l'étude, bien qu'elle ne travaillait pas sur le dossier litigieux et que des mesures de cloisonnement (« chinese walls ») avaient été mises en place pour la séparer du dossier. Les auteurs de cette contribution ne partagent pas le raisonnement opéré par le Tribunal fédéral, qui selon eux confond les notions de conflit d'intérêts et de risque de violation du secret.

Commentaires d'arrêts

Domaines juridiques : Droit du notaire et de l'avocat

Proposition de citation : 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 juillet 2019

Table des matières

- I. Introduction
 - 1. État de fait de l'arrêt
 - 2. Raisonnement juridique du Tribunal fédéral
 - 2.1. Rappel des principes généraux sur le conflit d'intérêts
 - 2.2. Une problématique de mandat antérieur et de conflit d'intérêts de confidentialité
 - 2.3. Un conflit d'intérêts de confidentialité rejaillirait sur toute l'étude
 - 2.4. Un risque de révélation du secret
 - 3. Commentaire de l'arrêt
 - 3.1. Le conflit d'intérêts en raison de l'ancien mandat
 - 3.2. L'interdiction de représentation d'un avocat employé (collaborateur) en raison d'un conflit d'intérêts de confidentialité rejaillit-elle sur toute l'étude ?
 - 3.2.1. Les précédents cités par le Tribunal fédéral
 - 3.2.2. Un conflit d'intérêts de confidentialité d'un avocat employé (collaborateur) ne rejaillit pas sur toute l'étude
 - 3.3. L'incapacité de postuler en raison d'un risque de violation du secret
- II. Conclusion

I. Introduction

[Rz 1] Dans un arrêt récent qui a déjà fait couler beaucoup d'encre¹ et qui fera certainement encore parler de lui, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion qu'une avocate collaboratrice qui avait rejoint une étude se trouvant être partie adverse dans un mandat dont elle avait eu connaissance durant son précédent emploi se trouvait en situation de conflit d'intérêts rejaillissant sur toute l'étude, entraînant ainsi une interdiction à tous les membres de l'étude de représenter la mandante.

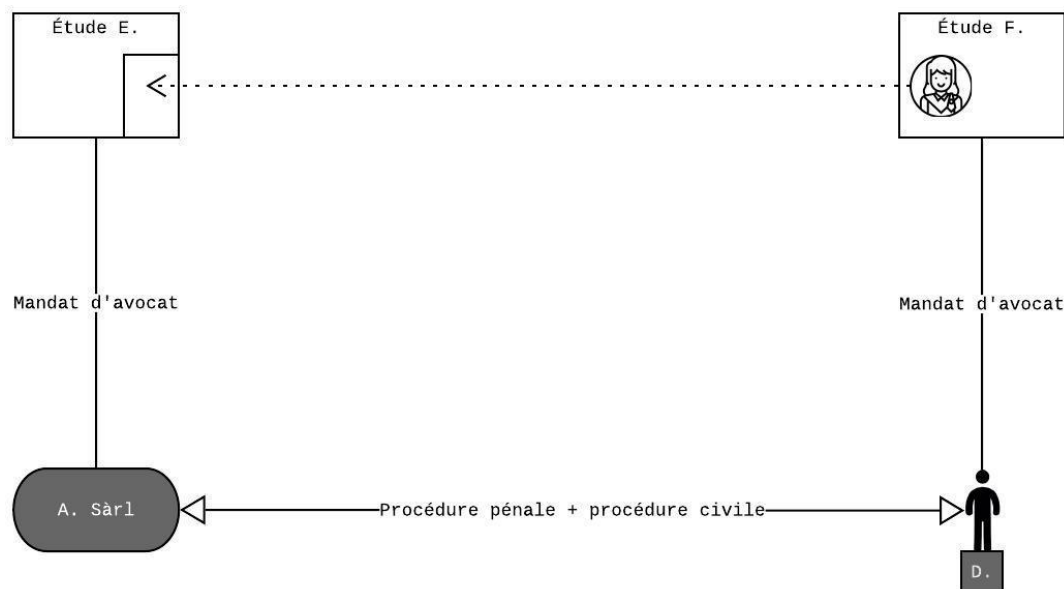
[Rz 2] Outre que cet arrêt aura de graves conséquences restreignant considérablement la possibilité pour les avocats de changer d'employeur², le raisonnement juridique par le Tribunal fédéral apparaît discutable à plusieurs égards et semble disproportionné compte tenu de l'impact de cette jurisprudence pour les clients des études contraintes de mettre un terme au mandat.

[Rz 3] Cette contribution présentera les faits de cet arrêt (1.), le raisonnement juridique du Tribunal fédéral (2.) puis finalement commentera cet arrêt (3.).

¹ Alors que l'arrêt date du 14 mars 2019, celui-ci a déjà été commenté et critiqué, notamment par : ARNAUD NUSSBAUMER, *Le conflit d'intérêts en cas de changement d'étude d'un collaborateur*, in www.lawinside.ch/739/ ; JEREMY BACHARACH, *Changement d'étude et conflit d'intérêts*, in *Revue de l'avocat* 5/2019, p. 213 – 219 ; MARTIN RAUBER, « Chinese Walls », *Vertretungsverbot für Anwälte*, in *Swissblaw* du 16 avril 2019 (dernière consultation de liens en juin 2019).

² Pour une présentation exhaustive de la portée et des conséquences pratiques de cet arrêt, voir BACHARACH (nbp. 1), p. 217 – 219.

1. État de fait de l'arrêt



[Rz 4] En 2015, la société A. Sàrl dépose une plainte pénale dans le canton de Vaud contre l'un de ses anciens employés. La société est représentée par deux avocats de l'étude E. et l'ancien employé est représenté par l'étude F. Cette dernière confie pour partie le dossier à une collaboratrice.

[Rz 5] En 2017, la collaboratrice rejoint le département « droit du travail » de l'étude E., représentant A. Sàrl. Le prévenu change de mandataire et requiert du Ministère public vaudois qu'il soit fait interdiction à tout avocat de l'étude E. de représenter A. Sàrl au motif que la collaboratrice, lors de son précédent emploi, avait travaillé sur son dossier.

[Rz 6] Suite au rejet de la requête par le Ministère public, le prévenu forme un recours à la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois qui admet le recours et fait interdiction à l'étude E. d'occuper le mandat.

[Rz 7] Suite à cet arrêt, A. Sàrl, ainsi que les deux avocats en charge du dossier forment recours au Tribunal fédéral.

2. Raisonnement juridique du Tribunal fédéral

[Rz 8] Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord les principes généraux régissant la problématique du conflit d'intérêts (2.1), analyse s'il existe un conflit d'intérêts en raison du mandat antérieur, notamment sous l'angle d'un conflit d'intérêts de confidentialité (2.2), considère qu'un conflit d'intérêts de confidentialité de l'avocate rejaillirait sur toute l'étude (2.3) et confirme que l'étude doit mettre un terme au mandat, également compte tenu du risque de révélation par la collaboratrice d'informations couvertes par le secret professionnel (2.4).

2.1. Rappel des principes généraux sur le conflit d'intérêts

[Rz 9] Le Tribunal fédéral commence sa réflexion en rappelant que l'**art. 12 let. c de la LLCA** impose à l'avocat l'obligation 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 ». Il rappelle également que cette obligation est « une règle cardinale de la profession d'avocat » visant avant tout à protéger les intérêts des clients, mais qui sert également à garantir la bonne marche du procès, « en particulier en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'un de ses clients – notamment en cas de défense multiple –, respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse acquises lors d'un mandat antérieur au détriment de celle-ci » (consid. 2.1). Enfin, il souligne que seul un conflit d'intérêts concret permet de retenir une violation de l'art. 12 let. c LLCA, un conflit d'intérêts abstrait n'étant pas suffisant à cet effet.

2.2. Une problématique de mandat antérieur et de conflit d'intérêts de confidentialité

[Rz 10] Le Tribunal fédéral rappelle ensuite (consid. 2.1) les cinq critères jurisprudentiels employé afin de déterminer si un **mandat antérieur** soulève un conflit d'intérêts³ :

- le laps de 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).

[Rz 11] Ces cinq critères permettent d'examiner si un avocat a un conflit d'intérêts en raison de son mandat antérieur. Le Tribunal fédéral ne les analyse cependant pas et fonde son argumentation (consid. 2.1 *in fine*) sur sa jurisprudence sur le **conflit d'intérêts de confidentialité**, à savoir qu'il y aurait conflit « d'intérêts » 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 »⁴. Dans le cas d'espèce, il considère que ce risque existait pour la collaboratrice ayant changé d'étude.

2.3. Un conflit d'intérêts de confidentialité rejaillirait sur toute l'étude

[Rz 12] Le Tribunal fédéral rappelle ensuite sa jurisprudence selon laquelle « l'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés » (consid. 2.2)⁵. Il poursuit en énonçant

³ Pour ces cinq critères, le Tribunal fédéral se réfère à : TF, 2A.535/2005 du 17 février 2006 consid. 3.2 et 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 N V/b p. 114.

⁴ Le Tribunal fédéral se réfère à deux de ses arrêts antérieurs, à savoir TF, 2C_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2 et TF, 1B_20/2017 du 23 février 2017 consid. 3.1. L'arrêt duquel découle ce considérant-type est : TF, 2A.293/2003 du 9 mars 2004 consid. 4.2.

⁵ ATF 135 II 145 consid. 9.1. Cet ATF renvoie à TF, 2P.297/2005 du 19 avril 2006, qui renvoie lui-même à TF, 2A.293/2003 du 9 mars 2004, consid. 4.2.

que « l'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite ainsi pas à la personne même de l'avocat, mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient »⁶.

[Rz 13] Se fondant sur ces deux « considérant-type », le Tribunal fédéral pose le principe suivant : « sont donc en principe concernés tous les avocats exerçant dans une même étude au moment de la demande de mandat, peu importe leur statut (associés ou collaborateurs) et les difficultés que le respect de cette exigence découlant des règles professionnelles peut engendrer pour une étude d'une certaine taille » (consid. 2.2).

[Rz 14] Le Tribunal fédéral se réfère ensuite, en son considérant 2.3, à l'arrêt 5A_967/2014 pour appuyer la solution qu'il retient, à savoir qu'un conflit d'intérêts de confidentialité rejaillirait sur toute l'étude et retient ainsi qu'en raison du conflit d'intérêts de confidentialité inhérent à la collaboratrice, toute l'étude serait touchée par ce conflit.

2.4. Un risque de révélation du secret

[Rz 15] Finalement, le Tribunal fédéral retient qu'il y aurait conflit d'intérêts en raison du risque de révélation du secret par la collaboratrice, risque qui ne pourrait être remis en cause par d'éventuelles mesures internes prises par les recourants pour empêcher l'avocate d'avoir accès au dossier, ces mesures étant selon la doctrine impropres à empêcher tout échange entre les avocats d'une même étude, l'avocate ayant des possibilités de contact avec les avocats travaillant sur le dossier sur lequel elle avait travaillé, notamment par le biais du système informatique ou encore lors des contacts à la cafétéria (consid. 2.4).

[Rz 16] Le Tribunal fédéral considère que ce risque de révélation du secret serait d'autant plus problématique que le client de l'ancienne étude de la collaboratrice n'aurait aucun moyen de vérifier que l'étude ou la collaboratrice respecte le secret. Il relève finalement qu'il y aurait même un risque de révélation du secret par inadvertance, par exemple « dans le cadre légitime de partage de compétences et sans violation du secret professionnel » (consid. 2.4).

[Rz 17] Le Tribunal fédéral confirme ainsi que l'étude doit mettre un terme au mandat.

3. Commentaire de l'arrêt

[Rz 18] Le raisonnement du Tribunal fédéral nous apparaît discutable : les jurisprudences citées concernaient des états de faits différents et le raisonnement opéré semble mélanger les notions de conflit d'intérêts en raison d'un ancien mandat et de risque de révélation du secret.

[Rz 19] Nous analyserons chacune des problématiques point par point, à savoir tout d'abord les conditions auxquelles un ancien mandat soulève un conflit d'intérêts (3.1), si une incapacité de représentation d'un avocat employé (collaborateur) en raison d'un conflit d'intérêts d'un ancien mandat rejaillit sur toute l'étude (3.2) et finalement, si un risque de violation du secret permet de forcer une étude à résilier un mandat (3.3).

⁶ TF, 5A_967/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.3.2. Cet arrêt renvoie à TF, 2P.297/2005 du 19 avril 2006, qui ne pose cependant que le principe que « l'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés », ainsi qu'à MICHEL VALTICOS, in MICHEL VALTICOS/CHRISTIAN REISER/BENOÎT CHAPPUIS (édit.), *Commentaire romand, Loi sur les avocats, Commentaire de la loi sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA)*, 2010, art. 12 N 156. Il ne s'agit ainsi pas d'une jurisprudence établie mais d'une reformulation de la jurisprudence par la doctrine.

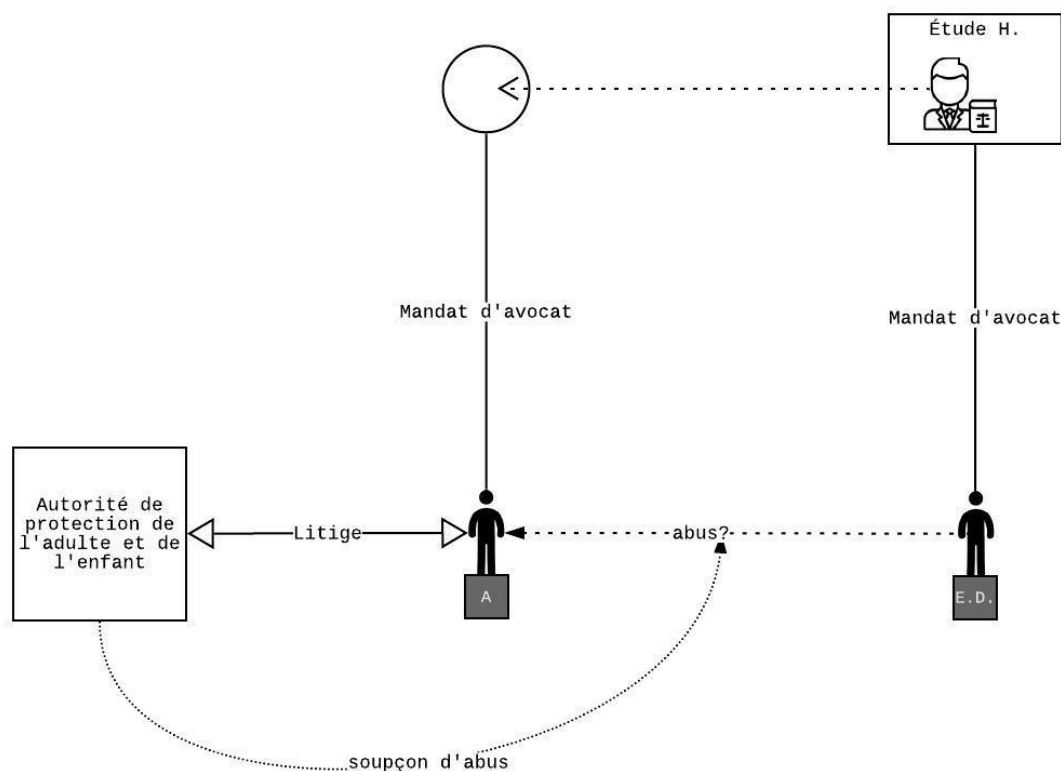
3.1. Le conflit d'intérêts en raison de l'ancien mandat

[Rz 20] De manière implicite, le Tribunal fédéral semble abandonner sa jurisprudence selon laquelle cinq critères – laps de temps écoulé depuis la fin du premier mandat (1); connexité entre l'objet de l'ancien et du nouveau mandat (2); importance et durée de l'activité déployée lors de l'ancien mandat (3); connaissances acquises par l'avocat dans l'exercice du premiers mandat (4); persistance d'une relation de confiance avec l'ancien client (5) – devraient être analysés pour examiner s'il existe un conflit d'intérêts en raison de l'ancien mandat. Le principe que le Tribunal fédéral apparaît poser à présent est qu'il y aurait conflit d'intérêts « 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 »⁷ (consid. 2.1 *in fine*), indépendamment des autres critères jurisprudentiels.

[Rz 21] Ce **critère de connaissances** avait – comme le relève le Tribunal fédéral (consid. 2.3) – déjà été appliqué dans un **arrêt précédent (5A_967/2014)**, où un avocat était stagiaire puis collaborateur au sein d'une étude et avait activement travaillé sur le mandat d'une personne. Après avoir quitté l'étude, il est mandaté par une autre personne dans un litige contre l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, qui soupçonne le client de l'ancienne étude de cet avocat d'avoir abusé financièrement du client actuel de cet avocat. Le Tribunal fédéral avait jugé que l'avocat se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts au motif qu'il existait un risque concret qu'il utilise, consciemment ou non, des informations qu'il aurait pu acquérir sous couvert du secret professionnel, dans son nouveau mandat⁸. L'état de fait de cet arrêt est illustré par le schéma ci-dessous.

⁷ Le Tribunal fédéral se réfère à deux de ses arrêts antérieurs, à savoir TF, 2C_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2 et TF, 1B_20/2017 du 23 février 2017 consid. 3.1. L'arrêt duquel découle ce considérant-type est : TF, 2A.293/2003 du 9 mars 2004 consid. 4.2.

⁸ TF, 5A_967/2014 du 27 mars 2015, consid. 3.3.3.



[Rz 22] Ce changement de pratique du Tribunal fédéral semble faire écho au **Code suisse de déontologie** (CSD), lequel énonce à son art. 13 : « l’avocat n’accepte pas un nouveau mandat si le secret des informations données par un ancien client risque d’être violé ou lorsque la connaissance des affaires d’un précédent client pourrait porter préjudice à ce dernier ». L’art. 14 du CSD parvient cependant à une solution différente que celle retenue dans le présent arrêt, en considérant que le changement d’étude d’un avocat – indépendamment qu’il ait dans la nouvelle étude le statut de collaborateur ou d’associé – ne fait pas surgir de conflit d’intérêts si l’étude met en place toutes mesures permettant de sauvegarder le secret professionnel et d’éviter les conflits d’intérêts⁹.

[Rz 23] Ce principe est également mentionné par un auteur qui le qualifie de **conflit d’intérêts de confidentialité** (*Vertraulichkeitskonflikt*), à savoir que l’avocat pourrait être tenté d’utiliser des informations confidentielles de son client au profit d’un tiers. Il rappelle cependant que ce conflit d’intérêts de confidentialité ne survient que **lorsque l’avocat peut utiliser les informations confidentielles sans les révéler**, dans le cas contraire, il ne s’agirait plus d’une problématique de conflit d’intérêts, mais de violation du secret¹⁰.

⁹ Critique à l’égard de cette disposition : BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d’avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e éd., 2016, p. 122 s., qui considère que, l’associé étant plus largement informé des affaires de l’étude que ne l’est le collaborateur, les mesures préconisées par le CSD ne seraient propices à éviter un conflit d’intérêts uniquement pour un avocat collaborateur.

¹⁰ KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht : Grundlagen und Kernbereich*, 2009, N 822 ; *contra* : WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2e éd., 2017, N 350, qui considère que la confidentialité et le respect du secret, protégés par l’art. 13 LLCA et 321 CP, n’ont rien à voir avec le conflit d’intérêts de l’art. 12 let. c LLCA.

[Rz 24] La formulation employée par le Tribunal est malheureuse en tant qu'elle ne définit pas de façon claire le **niveau de connaissance effective du dossier qui est à même de constituer un risque de conflit d'intérêts de confidentialité**. L'arrêt retient que le niveau de connaissance requis pour constituer un tel risque est atteint dès le moment où la collaboratrice a eu connaissance de la seule existence du dossier source de conflit lors de son emploi précédent. Cette interprétation est confortée par la décision du Tribunal fédéral dans le cas d'espèce, où il aura suffi que la collaboratrice ait entendu parler du dossier litigieux et ait une fois rencontré le client y relatif au cours de son précédent emploi pour qu'un conflit d'intérêts surgisse à son égard.

[Rz 25] La solution à laquelle parvient le Tribunal fédéral nous semble en tout état erronée – ou tout du moins disproportionnée – car quand bien même un conflit d'intérêts de confidentialité de la collaboratrice pourrait être retenu, ce conflit d'intérêts ne rejaillit à notre avis pas sur toute l'étude.

3.2. L'interdiction de représentation d'un avocat employé (collaborateur) en raison d'un conflit d'intérêts de confidentialité rejaillit-elle sur toute l'étude ?

[Rz 26] Nous analyserons tout d'abord les précédents cités par le Tribunal fédéral (3.2.1) pour arriver à la conclusion erronée qu'un conflit d'intérêts de confidentialité rejaillit sur toute l'étude (3.2.2).

3.2.1. Les précédents cités par le Tribunal fédéral

[Rz 27] **La prémisse du raisonnement du Tribunal fédéral nous apparaît erronée**. Le principe selon lequel « l'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés » est posé en citant l'ATF 135 II 145 consid. 9.1. Cet ATF renvoie à l'arrêt 2P.297/2005 du 19 avril 2006, qui renvoie lui-même à l'arrêt 2A.293/2003 du 9 mars 2004, consid. 4.2. Dans cet arrêt, la situation était très différente : un avocat représentait une hoirie, alors que son associé devait rembourser CHF 370'000.- à cette hoirie¹¹.

[Rz 28] Il en va de même lorsque le Tribunal fédéral affirme que « l'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite ainsi pas à la personne même de l'avocat, mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient », dès lors qu'il s'agit d'une reformulation doctrinale¹² du principe précédemment énoncé cité dans l'arrêt 2P.297/2005 du 19 avril 2006. À toutes fins utiles, précisons que l'arrêt 2P.297/2005 concernait quatre avocats associés, l'un représentait un client et l'autre sa partie adverse dans un litige successoral.

[Rz 29] C'est donc à tort que le Tribunal fédéral déduit de ces affirmations que « sous cet angle, sont donc en principe concernés tous les avocats exerçant dans une même étude au moment de la demande de mandat, peu importe leur statut (**associés ou collaborateurs**) et les difficultés que le respect de cette exigence découlant des règles professionnelles peut engendrer pour une étude d'une certaine taille » (nous mettons en évidence). Les précédents arrêts traitaient de la question de conflits d'intérêts entre associés, **la question du conflit d'intérêts d'un collaborateur ne s'était jamais posée**, à tout le moins pas dans les jurisprudences citées dans le présent arrêt.

¹¹ TF, 2A.293/2003 du 9 mars 2004, consid. 4.2.

¹² CR LLCA, VALTICOS (nbp. 6), art. 12 N 156.

Le raccourci qu'emploie le Tribunal fédéral est donc discutable en tant qu'il ne ressort pas de sa jurisprudence passée.

3.2.2. Un conflit d'intérêts de confidentialité d'un avocat employé (collaborateur) ne rejaillit pas sur toute l'étude

[Rz 30] Dans son arrêt, le Tribunal fédéral semble perdre de vue que **l'avocate ne travaillait pas sur le dossier litigieux**. Ainsi, si la collaboratrice se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts de confidentialité du fait qu'elle pourrait utiliser sans les révéler des informations de son précédent mandat, le fait qu'elle ne travaillait pas sur le dossier litigieux permettait d'éviter cette hypothèse.

[Rz 31] Par ailleurs, la collaboratrice étant **employée et non associée**, elle ne disposait pas de pouvoir décisionnel sur la gestion de l'étude, elle ne pouvait donc influencer d'aucune manière la direction que prenait l'étude concernant le dossier litigieux en question.

[Rz 32] La problématique des **mesures de cloisonnement** (« *chinese walls* ») est à notre avis sans pertinence. Dès le moment où la collaboratrice ne travaillait pas sur la gestion du dossier litigieux, il importait peu qu'elle puisse avoir des échos sur ce dossier. Seule était pertinente la question que la collaboratrice ne soit pas active sur le dossier.

[Rz 33] L'avocate collaboratrice ne disposant d'aucun moyen d'utiliser des informations confidentielles sans les révéler, la solution du Tribunal fédéral selon laquelle le conflit d'intérêts de confidentialité de l'avocate collaboratrice rejaillirait sur l'étude nous apparaît erronée. Pour autant que l'on retienne l'idée du conflit d'intérêts de confidentialité¹³, un tel type de conflit d'intérêts doit être considéré comme propre à la personne de l'avocat et **ne saurait rejaillir sur toute l'étude**, uniquement sur les dossiers sur lesquels l'avocat travaille.

[Rz 34] Reste finalement le dernier argument du Tribunal fédéral, qu'il y aurait un risque que la collaboratrice révèle des informations confidentielles qui lui ont été confiées, ce que nous allons examiner à présent.

3.3. L'incapacité de postuler en raison d'un risque de violation du secret

[Rz 35] Comme nous l'avons vu précédemment, le raisonnement du Tribunal fédéral selon lequel l'étude se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts ne saurait être suivi. Le Tribunal fédéral semble argumenter de manière subsidiaire que l'étude aurait dû mettre un terme au mandat en raison du risque de révélation d'informations couvertes par le secret professionnel par l'avocate collaboratrice. Il nous reste donc à analyser si le risque de révélation du secret justifie la mesure – que le Tribunal fédéral lui-même qualifie de sévère (consid. 2.5) – d'obliger l'étude à mettre un terme à son mandat.

[Rz 36] Rappelons tout d'abord qu'une **violation du secret professionnel par un avocat**, outre les conséquences civiles d'une violation du devoir de fidélité (art. 398 al. 2 CO), entraîne en principe :

¹³ FELLMANN (nbp. 10), N 350, entre autres, y est fermement opposé, considérant que cette problématique n'a rien à voir avec le conflit d'intérêts.

- des conséquences disciplinaires au sens de l'art. 17 LLCA, qui peuvent aller d'un avertissement jusqu'à une interdiction définitive de pratiquer ;
- une condamnation pénale allant jusqu'à trois ans de peine privative de liberté (art. 321 CP) ;
- une radiation automatique du registre des avocats (art. 9 LLCA) en raison d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec la profession d'avocat (art. 8 al. 1 let. b LLCA).

[Rz 37] Les **risques énoncés par le Tribunal fédéral** nous apparaissent hautement théorique : il est difficilement concevable que la collaboratrice révèle des informations sur son précédent mandat et sur lequel elle ne travaille plus dans le système informatique de son étude, sur la place de travail de son étude ou encore à la cafétéria. D'ailleurs, si un contact à la cafétéria faisait courir le risque que l'avocate y révèle des informations de son précédent mandat, il faudrait alors considérer que les avocats ne devraient plus prendre de repas entre confrères, voire même de s'abstenir de tous événements sociaux. Quant au risque de révélation par le biais de partage de compétence, à suivre cet argument, il faudrait en ce cas prohiber tout professeur de droit exerçant comme avocat de dispenser des cours et empêcher à tout avocat de participer à une conférence.

[Rz 38] Comme le relève à juste titre NUSSBAUMER A., il est douteux qu'un avocat changeant d'étude viole son devoir de fidélité (art. 398 al. 2 CO) et son secret professionnel et s'expose aux diverses sanctions rattachées à une telle violation¹⁴. **Ce risque de violation** est d'autant plus réduit qu'un avocat de l'étude sollicitant de telles informations s'exposerait également à des sanctions sous l'angle de l'instigation (art. 24 CP)¹⁵ ou de la complicité (art. 25 CP) s'il utilise ces informations.

[Rz 39] Au regard des sanctions particulièrement sévères prévues en cas de violation du secret et du fait que le risque de révélation du secret est abstrait, l'arrêt du Tribunal fédéral nous apparaît **disproportionné**.

[Rz 40] L'arrêt est d'autant plus disproportionné qu'il atteint gravement les intérêts d'une autre partie qui n'est presque pas mentionnée dans l'arrêt : la **cliente de l'étude en situation de conflit**. En effet, cet arrêt met en balance deux intérêts opposés : l'intérêt du client de l'ancienne étude de la collaboratrice à prendre toute mesure afin d'éviter une potentielle révélation d'informations couvertes par le secret, et l'intérêt de la cliente de l'étude ayant engagé la collaboratrice à ne pas perdre ses avocats constitués. En effet, le changement d'étude aurait de graves conséquences pour cette cliente :

- un grave **ralentissement de la procédure**, la nouvelle étude nécessitant du temps pour prendre connaissance de son dossier ;
- une **perte importante d'argent**, la nouvelle étude reprenant le dossier devant facturer de nombreux actes qui avaient déjà été effectués par la précédente étude ;
- la **perte d'un mandataire de confiance**, cette relation de confiance se créant au fil du temps avec un avocat.

¹⁴ NUSSBAUMER (nbp. 1).

¹⁵ Pour une présentation exhaustive de l'instigation à un acte illicite par un avocat, voir : BENOÎT CHAPPUIS/URSULA CASSANI, *L'instigation à un acte illicite par un avocat*, in Revue de l'avocat 2016, p. 385 ss.

[Rz 41] Il est dès lors regrettable que le Tribunal fédéral, en raison d'un risque théorique et abstrait de révélation d'un secret – ainsi que d'un raisonnement juridique erroné sur le conflit d'intérêts – confirme une solution particulièrement insatisfaisante pour la cliente dont l'étude a dû mettre un terme au mandat.

II. Conclusion

[Rz 42] Le Tribunal fédéral, dans son raisonnement, apparaît confondre conflit d'intérêts (art. 12 let. c LLCA) et secret professionnel (art. 13 LLCA et 321 CP). Son argumentation juridique est problématique car, d'une part, même à suivre son raisonnement sur le conflit d'intérêts de confidentialité, aucun motif ne permet de retenir une situation problématique dès l'instant où le risque d'utilisation du secret sans le révéler est écarté. Ce risque était à notre avis écarté du fait que la collaboratrice ne travaillait pas sur les dossiers de son ancienne étude, indépendamment d'éventuelles mesures de cloisonnement (« *chinese walls* »). D'autre part, le risque de révélation de faits protégés par le secret d'avocat par la collaboratrice au sein de l'étude est tout aussi possible que lorsqu'elle donne une conférence, déjeune avec un ami avocat ou encore se rend à une soirée d'avocats. Forcer une étude à mettre un terme au mandat au regard d'un risque aussi théorique et abstrait apparaît disproportionné compte tenu des conséquences – allongement et renchérissement de la procédure – que cela engendre pour le client qui voit son étude résilier le mandat.

[Rz 43] Cet arrêt va entraîner des effets particulièrement indésirables : de nombreux clients d'études se verront potentiellement contraints de se voir représenter par une nouvelle étude et, selon où un avocat a précédemment travaillé – potentiellement même en tant que stagiaire – pourrait drastiquement réduire les études qui accepteraient de l'engager¹⁶. Cette jurisprudence a pour conséquence qu'actuellement, les études se trouvent dans une situation de *mexican standoff*¹⁷ : aucune étude suisse d'une certaine envergure n'a intérêt à soulever un potentiel conflit d'intérêts chez sa partie adverse, car elle encourrait le risque que sa partie adverse en fasse de même à son encontre, potentiellement dans le cadre d'un autre dossier.

[Rz 44] Il ne nous reste plus qu'à cultiver l'espoir que cet arrêt demeurera isolé et que – si une telle situation venait à se représenter – le Tribunal fédéral viendrait à reconsidérer sa jurisprudence, qui n'avantage personne : ni la justice (prolongations), ni le justiciable (risques accrus de voir son mandat passer d'une étude à l'autre), ni les avocats (impossibilité *de facto* de changer d'étude).

TANO BARTH est avocat au sein de l'étude MERKT [&] associés et assistant-doctorant à la faculté de droit de l'Université de Genève, École d'avocature.

¹⁶ Pour une présentation exhaustive de la portée et des conséquences pratiques de cet arrêt, voir BACHARACH (nbp. 1), p. 217 – 219.

¹⁷ Le *mexican standoff* (impasse mexicaine) « est *stricto sensu* une situation où au moins deux individus ou groupes d'individus se menacent mutuellement et où aucun n'a intérêt à attaquer le premier. En effet, éliminer un de ses opposants mettrait en danger le personnage vis-à-vis des autres antagonistes. La stratégie gagnante consiste à attendre qu'un autre agisse, bloquant ainsi toute action » (https://fr.wikipedia.org/wiki/Impasse_mexicaine).

MICHEL JOSÉ REYMOND est docteur en droit et avocat-stagiaire au sein de l'étude BYRNE-SUTTON BOLLEN KERN.

MAIKL GERZNER est avocat-stagiaire au sein de l'étude KÖSTENBAUM avocats.