UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes | 2012

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes

Chappuis, Benoit

How to cite

CHAPPUIS, Benoit. Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes. In: La pratique contractuelle 3 : Symposium en droit des contrats. Pichonnaz, Pascal ... [et al.] (Ed.). Fribourg. Genève : Schulthess, 2012. p. 69–103. (Contrats)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:28981

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

BENOÎT CHAPPUIS*

Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes

INTRODUCTION 71

I. Les caractéristiques générales de la notion de conflit d'intérêts du mandataire 72
A. La notion de conflit d'intérêts 72
1. Généralités 72
2. Les éléments essentiels de la définition : l'indépendance et la fidélité du mandataire 73
B. Les variations de la notion selon les activités du mandataire 74
1. Les avocats 74
2. Les médecins 75
3. Les banquiers 76
C. Les variations de la notion dans le temps 76

II. Les conflits d'intérêts de l'avocat 77
A. Les normes régissant les conflits d'intérêts de l'avocat 77
1. L'art. 12 let. c LLCA 77
a. Le principe 77
b. Le champ d'application 78
c. Les liens avec les autres principes fondamentaux de la profession 78
i. L'obligation de soin et de diligence 78
ii. L'indépendance de l'avocat 79
iii. Le secret professionnel 80
2. Les règles déontologiques 80
3. Le droit du mandat 81
B. Les différents conflits d'intérêts et leur survenance 82

* Avocat à Genève, docteur en droit, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg.
L'auteur remercie Me David SCHWARZ, avocat, et M. Lorenzo FREI, Master en droit, pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans la rédaction de cet article ainsi que dans la mise au point des références jurisprudentielles et de doctrine.

1. Le conflit d'intérêts au sens de la LLCA 82
2. La survenance des conflits 82
3. Les types de conflits 83
a. La double représentation 83
b. Les mandats opposés 84
c. Les autres conflits : les intérêts propres de l'avocat 84
C. Le seuil de matérialité des différents conflits d'intérêts 84
1. Le concept de seuil de matérialité 84
2. Le conflit d'intérêts potentiel ou abstrait 85
3. Le conflit d'intérêts concret 86
D. La portée du consentement du client et des mesures organisationnelles 88
1. Le consentement du client 88
2. Les *chinese walls* 88
3. Les mesures d'organisation destinées à garantir l'indépendance structurelle 89

III. L'étendue de l'interdiction et ses conséquences 90
A. Les conflits d'intérêts en matière judiciaire 90
a. Au civil 90
i. En général 90
ii. Le cas particulier du divorce 91
iii. Les parties plaignantes en procédure pénale 92
b. La défense de prévenus en procédure pénale 92
2. La réglementation de quelques cas particuliers de conflits d'intérêts 93
a. L'ancien client 93
b. Les conflits avec d'autres activités de l'avocat 95
c. Les intérêts propres de l'avocat 96
B. Les conflits d'intérêts hors de l'activité judiciaire 96
1. En matière de conseil juridique 96
2. Les rétrocessions et les conventions d'apporteur d'affaires 97
a. Le principe des rétrocessions 97
b. Les règles applicables 97
c. La portée du consentement du client et la validité du contrat de rétrocession 98
C. Les droits procéduraux du dénonciateur 100

CONCLUSION 101

INTRODUCTION

La question des conflits d'intérêts est celle qui revient avec le plus de constance dans la jurisprudence particulièrement riche rendue par le Tribunal fédéral en matière de droit de l'avocat[1]. Cette abondance illustre sans doute l'importance que la question revêt, notamment aux yeux du public.

La préoccupation actuelle de ce dernier ne se limite pas au monde du barreau mais s'étend également aux domaines financier et bancaire, médical, scientifique ou politique : la crainte que des intérêts divergents viennent limiter, voire annihiler, l'indépendance des personnes chargées de missions destinées à sauvegarder des intérêts publics ou privés s'est considérablement renforcée au cours de la dernière décennie[2]. Elle se rencontre également dans l'administration publique où des mesures sont prises pour que les employés évitent les conflits d'intérêts, particulièrement par l'utilisation abusive d'informations non rendues publiques[3].

Les études[4] et les projets[5] se multiplient dans tous les domaines pour, d'une part, analyser le phénomène des conflits d'intérêts et, d'autre part, le limiter. Sur le plan législatif, ce sont des normes de droit administratif qui, le plus souvent, sont utilisées aujourd'hui pour parvenir à cette fin. On peut mentionner à titre d'exemple :

– L'art. 33 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh) qui interdit la promesse et l'acceptation d'avantages matériels aux personnes qui prescrivent ou remettent des médicaments ainsi qu'aux organisations qui emploient de telles personnes.

– L'art. 11 al. 1 let. c de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) qui impose au négociant un devoir de loyauté

---

1 Parmi d'autres, ATF 135 I 261 = SJ 2009 I 386 ; 135 II 145 ; 134 II 108 = JdT 2009 I 333 ; TF, 2C_975/2011 ; 2C_642/2011 ; 1B_420/2011 ; 1B_434/2010 ; 2C_755/2010 ; 2C_885/2010 ; 2C_777/2010 ; 2C_688/2009 ; 2C_26/2009 ; 2C_407/2008 ; 2D_148/2008 ; 2P.318/2006 ; 2A.310/2006 ; 2P.297/2005 ; 2A.535/2005 ; 1P.227/2005 ; 2A.560/2004 ; 2A.594/2004 ; 2A.293/2003 ; 2A.500/2003 ; 1A.223/2002.

2 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ, Conflicts of Interest : Disclosure, Incentives, and the Market, in Luc Thévenoz, Rashid Bahar (éds), *Conflicts of Interest. Corporate Governance & Financial Markets*, Genève 2007, 1-29, p. 4 ss.

3 Code de comportement du personnel de l'administration fédérale visant à prévenir les conflits d'intérêts et l'utilisation abusive d'informations non rendues publiques (Code de comportement de l'administration fédérale) du 15 août 2012, entré en vigueur le 15 septembre 2012.

4 Cf. par exemple Luc Thévenoz, Rashid Bahar (éds), *Conflicts of Interest. Corporate Governance & Financial Markets*, Genève 2007 ; Olivier Guillod (éd), *Conflits d'intérêts dans le système de santé*, Neuchâtel 2009.

5 Par exemple, l'initiative parlementaire 12.452 du 14 juin 2012 pour une loi fédérale sur l'indépendance des autorités politiques, dont le but consiste à prévenir le risque de conflits d'intérêts rendu, selon l'auteur de l'initiative, particulièrement grand par le système de milice du parlement helvétique.

l'obligeant à veiller à ce que ses clients ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts.

– L'art. 31 al. 4 de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs, LPCC) qui, pour les fonds en valeurs mobilières (art. 53 ss) dont la distribution dans l'Union européenne est facilitée par un accord, contraint la direction du fonds de ne pas déléguer les décisions en matière de placement à la banque dépositaire ou à d'autres entreprises dont les intérêts pourraient entrer en conflit avec ceux de la direction ou des investisseurs.

– L'art. 12 let. c de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) qui dispose que l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé.

Ces nouvelles normes viennent, dans bien des cas, renforcer ou compléter des principes juridiques préexistants découlant du droit des contrats ou d'autres dispositions du droit privé[6]. Il en va particulièrement de la sorte lorsque le prestataire de services est un mandataire, au sens des art. 394 et ss CO, dont le devoir de fidélité auquel il est astreint l'oblige à éviter de se placer dans une situation de conflit d'intérêts[7].

La présente analyse va se concentrer sur la prohibition des conflits des avocats en tentant, à titre d'introduction, une brève mise en parallèle avec la même problématique lorsqu'elle a trait aux médecins ou aux banquiers pour dégager les particularités éventuelles de ces activités.

I. Les caractéristiques générales de la notion de conflit d'intérêts du mandataire

A. La notion de conflit d'intérêts

1. Généralités

Même si les termes qui la composent sont simples et, en apparence, non ambigus, la notion de conflit d'intérêts ne se laisse pas facilement définir[8]. On comprend certes que le mandataire ou le prestataire de services doit pouvoir se dédier à la tâche qu'il a acceptée, sans que l'exécution de cette dernière ne soit rendue impossible ou difficile à l'excès par une autre qui lui serait contraire ou par tout autre intérêt dont il aurait la charge. En disant cela, on

6 Sur cette évolution de la technique législative, cf. RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 25.

7 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 3.

8 Cf. ALAIN HIRSCH, Foreword, in Luc Thévenoz, Rashid Bahar (éds), *Conflicts of Interest. Corporate Governance & Financial Markets*, Genève 2007, xxiii-xxiv, p. xxiii.

ne fait finalement qu'énoncer une tautologie puisque l'on reprend les termes de la notion d'une façon légèrement plus développée. Reste alors à chercher s'il est possible d'établir des critères plus précis, étant relevé que le simple constat de l'existence d'intérêts divergents ne signifie pas encore que l'on se trouve face à un conflit d'intérêts au sens légal du terme[9]. Notre propos se limitera à ce concept dans le cadre d'une relation de mandat.

2. Les éléments essentiels de la définition : l'indépendance et la fidélité du mandataire

Le point de départ consiste à se demander pourquoi le conflit d'intérêts doit être évité et en quoi il est nuisible. Le principe de la prohibition des conflits d'intérêts est lié à celui de l'indépendance du mandataire[10] et à son obligation de fidélité[11] : celui qui n'est pas indépendant se trouve dans une situation qui l'oblige à prendre en compte non seulement les intérêts qu'il est censé protéger mais également à se préoccuper de la personne ou de l'institution dont il dépend. Or, dans l'exécution de son contrat, le mandataire ne doit prendre en compte que les seuls intérêts de son mandant et faire tout ce qui est en son pouvoir pour atteindre le but recherché[12]. S'il agit différemment, il va fausser son jugement par des considérations parasites, susceptibles de nuire au résultat recherché pour le mandant. C'est donc la qualité du service rendu qui est en cause : en tentant de ménager des intérêts divergents, le mandataire perd son indépendance et s'expose au risque de mal exécuter le contrat par lequel il est lié envers son mandant.

C'est toutefois une vision toute théorique que de penser qu'un mandataire puisse être totalement indépendant. Il faut en effet admettre qu'une indépendance absolue relève de l'utopie puisque chacun entretient, dans sa vie professionnelle ou privée, des liens et des relations personnelles susceptibles de limiter sa liberté de penser ou d'agir[13]. Il faut même admettre que la mise en conflit d'intérêts divergents est un phénomène inhérent à la vie

---

9 MARC KRUITHOF, Conflicts of Interest in Institutional Asset Management : Is the EU Regulatory Approach Adequate ? , in Luc Thévenoz, Rashid Bahar (éds), *Conflicts of Interest. Corporate Governance & Financial Markets*, Genève 2007, 277-335, p. 280.

10 ATF 130 II 87 c. 4 = RDAF 2005 I 519 ; JACQUES MATILE, L'indépendance de l'avocat, in *Mélanges publiés par l'Ordre des avocats vaudois à l'occasion de son Centenaire*, 207-215, p. 210.

11 ATF 135 II 145 c. 9.1 ; 134 II 108 c. 3 et 5.2 = JdT 2009 I 333 : TF, 1A.223/2002 c. 5.2 ; RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 3 ; MARC KRUITHOF (note 9), p. 280 ; PIERRE TERCIER, PASCAL G. FAVRE, DAMIEN CONUS, in Pierre Tercier, Pascal G. Favre (éds), *Les contrats spéciaux*, Genève 2009, N 5150. Dans un sens différent, FRANZ WERRO, Conflits d'intérêts de l'avocat, in Walter Fellmann, Claire Huguenin Jacobs, Thomas Poledna et al. (éds), *Droit suisse des avocats*, Bern 1998, 231-255, p. 233 ss, qui réserve l'obligation de fidélité au seul mandataire agissant à titre d'intermédiaire et au bénéfice de pouvoirs de représentation du mandant.

12 MARC KRUITHOF (note 9), p. 281 ; CR-WERRO, CO 398 N 13 SS ; BK-FELLMANN, CO 398 N 25 ; BAK-WEBER, CO 398 N 9.

13 BENOÎT CHAPPUIS, *La pratique du barreau au sein d'une personne morale – Réflexions de lege ferenda sous l'angle de l'indépendance de l'avocat*, in Revue de l'avocat 2003, p. 261ss, p. 261 ; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009, N 1004.

des affaires[14]. Le manque d'indépendance peut trouver sa source dans des relations économiques, financières ou juridiques établies entre le mandataire et des tiers. C'est sans doute à cela que l'on pense en premier lieu. Mais il peut également provenir d'attaches affectives, morales, politiques ou religieuses. L'appartenance à un groupe politique, des convictions personnelles fortes ou des liens familiaux[15] ou amicaux sont autant de circonstances qui sont propres à créer des conflits de loyauté plus ou moins marqués. Il s'ensuit que l'idée qu'un mandataire pourrait être exempt de tout conflit d'intérêts est utopique ; comme le souligne Hirsch avec pertinence, une personne dénuée de tout conflit d'intérêts risquera souvent d'être incompétente car – à tout le moins dans le domaine financier et bancaire – une personne sans lien quelconque avec son milieu professionnel est le plus souvent sans expérience. Le caractère inévitable des conflits d'intérêts conduit à la conclusion que, souvent, il s'agira moins d'interdire les conflits d'intérêts que de les réglementer[16]. La réaction consistant à interdire purement et simplement au mandataire de se trouver en situation de conflit était celle qui a été traditionnellement retenue et qui l'est encore pour les avocats[17] (cf. art. 12 let. c LLCA) ; la tendance moderne, dans le monde de la finance, s'éloigne de cette rigidité et consiste bien plus en la mise en place de mesures d'organisation destinées à limiter la survenance des conflits et à ce que les clients soient traités de manière équitable[18].

B. Les variations de la notion selon les activités du mandataire

1. Les avocats

En recherchant les éléments susceptibles de concourir à la survenance d'un conflit d'intérêts, on constate ensuite qu'ils varient selon l'activité considérée. On l'a dit, les arrêts traitant du conflit d'intérêts de l'avocat sont pléthoriques. Ils sont rendus sur dénonciation d'un client ou d'un magistrat qui soutient que l'avocat est en situation de conflit pour défendre simultanément plusieurs parties à la procédure[19], pour avoir défendu antérieurement sa partie adverse actuelle[20], ou encore pour avoir des liens de parenté avec l'une des parties[21].

Le plus souvent les conflits d'intérêts de l'avocat sont liés à l'exécution même du mandat et à son objet : l'activité de l'avocat implique en effet que ce dernier entre en relation avec des tiers (parties adverses, autorités, partenaires du client, etc.), voire en conflit avec eux,

14 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 2.
15 Sur les liens familiaux entre l'avocat et les parties au procès, cf. TF, 2A.293/2003.
16 ALAIN HIRSCH (note 8), p. xxiii.
17 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 15.
18 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 15.
19 ATF 135 I 261 = SJ 2009 I 386.
20 TF, 2C_427/2009.
21 TF, 2A.293/2003.

dans des rapports juridiques ou économiques qui peuvent être multipartites. Il en résulte une multitude de sources possibles de conflits d'intérêts.

2. Les médecins

Il en va autrement des médecins et c'est d'ailleurs en vain que l'on cherchera dans la jurisprudence fédérale une décision traitant d'un conflit d'intérêts, rendue après qu'un patient se serait plaint de ce que, pendant le traitement médical, son médecin aurait assumé des intérêts contradictoires. Cela tient à l'activité du médecin : en exécutant son mandat, il établit une relation bilatérale avec son patient sans que, pour ce faire, il n'ait en principe à entrer en contact avec des tiers, comme le fait l'avocat, sinon ceux auxquels il recourra éventuellement pour mener à bien sa mission, tels les radiologues, médecins spécialistes ou physiothérapeutes.

Toutefois, ces dernières années, cette vision de la relation bilatérale entre un médecin et son patient a évolué, en même temps que la pratique de la profession médicale s'est modifiée. Elle s'est complexifiée en raison des rapports qu'un médecin peut entretenir avec des tiers et qui viennent interférer dans la relation bilatérale médecin-patient. Parmi ces personnes susceptibles d'entraîner des conflits d'intérêts pour le médecin, figurent précisément les prestataires de services extérieurs, auxquels il vient d'être fait allusion, vers lesquels le médecin dirige ses mandants. Les liens qui unissent le médecin et ces prestataires de services extérieurs sont susceptibles de placer le médecin dans une situation de conflit d'intérêts puisque ce dernier peut trouver un intérêt personnel à multiplier les examens ou à les confier à tel spécialiste plutôt qu'à tel autre[22].

Un autre aspect des conflits d'intérêts des médecins a trait aux rapports entre ces derniers et l'industrie. En effet, l'indépendance des médecins face à l'industrie pharmaceutique ou productrice de matériel médical (prothèses, etc.) est l'une des questions qui préoccupe le plus souvent la profession médicale. C'est là l'objet principal des recherches conduites[23] et des règles édictées[24]. Cette problématique est propre à cette profession qui est amenée à prescrire des produits fabriqués par des tiers et, partant, à faire l'objet de sollicitations de ces derniers, sollicitations propres à réduire l'indépendance nécessaire à l'exécution conforme du mandat médical. C'est l'intérêt propre du médecin – une rémunération ou

22 CLAUDE JEANRENAUD, Conflits d'intérêts dans le système de santé, in Olivier Guillod (éd), *Conflits d'intérêts dans le système de santé*, Neuchâtel 2009, p. 72 ss.

23 Cf. notamment ODILE PELET, *Collaboration médecins – industrie : un mal nécessaire ?* , in Jusletter du 17 août 2009 ; Série d'articles publiés par la Commission consultative de l'Académie suisse des sciences médicales (« ASSM ») concernant la collaboration corps-médecial – industrie disponibles à l'adresse : http://www.samw.ch/fr/Ethique/Corps-medical-Industrie.html.

24 Voir ci-dessus ch. I concernant l'art. 33 LPTh ; Le Code de déontologie de la FMH qui ambitionne de « […] *sauvegarder la réputation et la libre pratique de la profession médicale* […] » (art. 1) ; les Directives de l'ASSM « Collaboration corps médical-industrie » sont disponibles à l'adresse : http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html.

d'autres avantages qui lui sont promis par l'industrie – qui entre en conflit avec ceux du malade. Ce type de conflit d'intérêts ne se rencontre que de manière plus discrète et épisodique pour les avocats, ces derniers n'ayant que plus rarement l'occasion de conseiller des produits de tiers à leurs clients. Certes plus rare, elle n'en est pas pour autant inexistante : les contacts avec les banques ou les assurances confrontent l'avocat à la tentation des rétrocessions ou des contrats d'apporteur d'affaires (cf. infra III.B.2).

3. Les banquiers

Les banquiers présentent une situation qui s'apparente dans une certaine mesure aux médecins prescripteurs de médicaments. En limitant nos observations à la gestion de fortune, il faut en effet relever que les conflits d'intérêts des banques proviennent fréquemment de ce qu'elles peuvent participer à l'émission de produits et à leur distribution. Elles sont alors placées dans une situation conflictuelle qui résulte de ce que, d'une part, elles doivent acquérir ou vendre pour leurs clients des produits et titres choisis par le biais de la seule analyse boursière et économique et que, d'autre part, elles ont un intérêt – notamment par le biais de la rémunération qu'elles perçoivent – à placer dans les portefeuilles de leurs clients les produits auxquels elles participent ou qu'elles distribuent[25].

Cette différence de traitement – l'aménagement des conflits d'un côté et leur interdiction de l'autre – tient à la source de ces conflits. Alors qu'ils sont pratiquement inévitables en matière médicale ou financière du fait de l'importance et du poids de certains acteurs économiques, il n'en va pas de même pour les avocats pour qui le conflit provient le plus souvent de la confrontation de deux mandats[26].

La première situation est réglementée alors que la seconde est interdite.

C. Les variations de la notion dans le temps

On constate enfin que la notion de conflit d'intérêts peut varier avec le temps : ce qui était acceptable hier ne l'est plus aujourd'hui. On peut prendre pour exemple d'une telle évolution celle, fondamentale, qui a marqué le monde de la finance au cours des deux dernières décennies[27]. Le monde de la recherche scientifique et celui de la médecine ont eux aussi été marqués – notamment suite à divers scandales[28] – par la mise en place de systèmes nouveaux destinés à prévenir ce type de situation.

---

25 Sur cette question, RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 8 ss ; EDDY WYMEERSCH, Conflicts of Interest, Especially in Asset Management, in Luc Thévenoz, Rashid Bahar (éds), *Conflicts of Interest. Corporate Governance & Financial Markets*, Genève 2007, 261-275, p. 261-262 ; MARC KRUITHOF (note 9), p. 288 ss.

26 KASPAR SCHILLER (note 13), N 775.

27 EDDY WYMEERSCH (note 25), p. 261-262.

28 A cet égard *cf.* ODILE PELET (note 23), N 1.

A cet égard, il n'en va pas de même du monde du barreau en Suisse, principalement parce que le régime qui a toujours prévalu fut celui d'une interdiction stricte. Avant même l'entrée en vigueur de la LLCA, bon nombre de lois cantonales et toutes les normes déontologiques interdisaient la situation de conflit d'intérêts. Si la sensibilité du public est aujourd'hui sans doute plus aiguisée que par le passé, le régime général régissant cette situation n'a pas fondamentalement évolué.

II. Les conflits d'intérêts de l'avocat

A. Les normes régissant les conflits d'intérêts de l'avocat

La prohibition des conflits d'intérêts est décrite par le Tribunal fédéral comme une règle cardinale de la profession d'avocat[29]. Cette affirmation ne peut qu'être approuvée tant il est vrai que les attentes des clients, d'une part, et la nature de l'activité de l'avocat, d'autre part, se conjuguent pour donner au respect de cette obligation une valeur essentielle. Elle trouve sa source dans divers fondements juridiques qu'il faut maintenant examiner.

1. L'art. 12 let. c LLCA

a. Le principe

Depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, la prohibition des conflits d'intérêts est une des règles professionnelles instituées par l'art. 12 LLCA. Il s'agit là de la manifestation de ce qui a été décrit en introduction : le droit administratif fixe aujourd'hui un certain nombre de devoirs qui ont pour effet de régir la relation contractuelle s'établissant entre le professionnel soumis à la loi et son client[30].

Etablie par la loi fédérale par laquelle le législateur a épuisé sa compétence, l'interdiction instituée par l'art. 12 let. c LLCA ne peut être ni modifiée ni complétée par une loi cantonale[31]. La disposition légale est succincte et ne définit pas la notion de conflit d'intérêts ; elle se limite à poser le principe qu'il ne peut y avoir conflit entre les intérêts du client et ceux de personnes avec lesquelles l'avocat est en relation sur le plan professionnel ou privé. Le texte doit donc être interprété de même qu'il doit être complété car il est

29 TF, 1B_7/2009 c. 5.7 = SJ 2009 I 386 (considérant non reproduit dans la version publiée à l'ATF 135 I 261) ; TF, 2C_885/2010 c. 3.1 ; 2A.293/2003 c. 2 ; 1A.223/2002 c. 5.2.

30 Pour un exemple de cette problématique, cf. le devoir d'information imposé au négociant en valeurs mobilières par l'art. 11 LBVM traité par BENOÎT CHAPPUIS, FRANZ WERRO, *Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB*, in PJA 2005 560 ss.

31 ATF 130 II 270 c. 4, résumé in RDAF 2005 I 526.

lacunaire : il n'est par exemple pas contesté qu'un conflit inadmissible existe lorsque les intérêts personnels de l'avocat entrent en conflit avec ceux de son client, hypothèse non expressément visée par la loi[32].

b. Le champ d'application

Il important de garder à l'esprit que le champ d'application des règles professionnelles instituées par l'art. 12 LLCA ne se limite pas aux seules activités typiques de l'avocat (représentation en justice et conseil juridique) mais s'étend à l'entier des activités professionnelles de ce dernier, pour autant qu'elles aient un lien direct avec la profession d'avocat[33]. Seules les activités privées de l'avocat échappent aux règles de l'art. 12 LLCA et à la compétence de l'autorité de surveillance en tant qu'autorité disciplinaire (art. 14 et 17 LLCA).

c. Les liens avec les autres principes fondamentaux de la profession

La prohibition des conflits d'intérêts n'est pas une règle isolée, sans lien avec les autres règles professionnelles. Elle est soit la condition nécessaire soit la conséquence des trois autres principes fondamentaux que sont l'obligation de diligence, l'indépendance de l'avocat et le secret professionnel.

i. L'obligation de soin et de diligence

Une situation de conflit d'intérêts risque d'empêcher l'avocat de respecter l'obligation de diligence due à son client[34]. L'avocat sera tiraillé entre la fidélité qu'il doit à ce dernier et celle qu'il doit à un autre, soucieux de ne pas prétériter des intérêts – les siens propres, ceux de clients, d'amis, etc. – divergents avec ceux du mandant, ou encore préoccupé de ne pas mettre en cause une partie adverse qui lui serait proche pour une raison quelconque. Il ne pourra pas s'investir pleinement dans la défense de son client. En conséquence, il ne fera pas preuve de la diligence raisonnable que l'on est en droit d'attendre d'un mandataire, professionnel de surcroît[35].

---

32 TF, 2P.318/2006 c. 11.1.

33 TF, 2C_889/2008 c. 2.1. La prudence est de mise lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application de la LLCA. Le texte de l'art. 2 al. 1 LLCA – qui limite le champ d'application de la loi aux seules activités de représentation en justice dans le cadre d'un monopole – est trop restrictif, ce que ni la jurisprudence ni la doctrine ne contestent. En revanche, on ne peut pas retenir que l'entier de la LLCA s'applique à toutes les activités professionnelles de l'avocat, mêmes atypiques, ainsi que le Tribunal fédéral en a jugé dans le cas spécifique de l'art. 12 LLCA qui institue les règles professionnelles. En effet, l'art. 13 LLCA, consacré au secret professionnel, ne s'applique quant à lui qu'aux activités typiques, les autres (les activités commerciales) ne bénéficiant pas du secret, selon une jurisprudence constante, notamment l'ATF 130 II 193 c. 5.1 = JdT 2005 IV 309.

34 TF, 2C_688/2009 c. 3.1 = SJ 2010 I 433 ; TF, 1A.223/2002 c. 5.2.

35 Sur la mesure de la diligence requise, PIERRE TERCIER, PASCAL G. FAVRE, DAMIEN CONUS (note 11), N 5115 ; CR-WERRO, CO 398 N 14.

ii. L'indépendance de l'avocat

L'interdiction des conflits d'intérêts est liée à l'exigence d'indépendance (supra I.A.2)[36] : un avocat placé dans une situation de conflit d'intérêts perd son indépendance puisque, alors qu'il exécute le mandat d'un client, il est retenu ou entravé dans sa liberté d'action ou de décision par des considérations liées à la sauvegarde d'autres intérêts dont il a la charge et qui sont contradictoires[37]. Le lien entre l'interdiction des conflits d'intérêts et l'exigence d'indépendance est expressément établi par le Code suisse de déontologie (CSD) dont l'art. 12 al. 2 précise que l'avocat « met fin aux mandats de tous les clients concernés, s'il surgit un conflit d'intérêts, un risque de violation du secret professionnel ou si son indépendance est menacée ».

L'indépendance est tout d'abord structurelle et est imposée par l'art. 8 al. 1 let. d LLCA : l'avocat doit travailler dans des conditions qui lui permettent effectivement d'être indépendant. L'indépendance structurelle est une condition d'inscription au registre. La LLCA ne donne cependant pas de définition précise de l'indépendance, le législateur s'en étant remis à la jurisprudence pour qu'elle en dessine les contours, notamment en tenant compte de la prohibition des conflits d'intérêts et de son impact sur l'exigence d'indépendance structurelle[38]. Cette exigence vise aussi bien les locaux dans lesquels l'avocat installe son étude[39] que les liens juridiques qui le lient à des tiers ou à des clients[40]. En d'autres termes, les conditions matérielles dans lesquelles l'avocat pratique sa profession doivent lui permettre de l'exercer de manière indépendante.

Le Tribunal fédéral refuse cependant de donner à cette condition une interprétation trop stricte et d'imposer à l'avocat des restrictions qui iraient au-delà de ce qui est nécessaire à atteindre le but recherché[41]. Cette considération a conduit le Tribunal fédéral à considérer, de manière critiquable, que même un avocat employé à plein temps par une banque pouvait requérir son inscription, un tel emploi ne constituant pas en lui-même un obstacle.

L'indépendance n'est cependant pas seulement structurelle ; elle est également l'une des règles professionnelles instituées par l'art. 12 LLCA que l'avocat doit respecter dans l'accomplissement de chacun de ses mandats. Ainsi, l'avocat qui a pris toutes les mesures adéquates pour exercer sa profession de manière indépendante, doit ensuite vérifier en toute occasion que la conduite de ses mandats n'est pas entravée, pour l'un d'eux, par des liens économiques, juridiques ou de fait.

---

36 TF, 2C_885/2010 c. 3.1 ; 2A.310/2006 c. 6 ; 1A.223/2002 c. 5.2.

37 JACQUES MATILE (note 10), p. 210.

38 Message LLCA, FF 1999 5354.

39 Par exemple, TF, 2A.124/2005 c. 6.3.2.

40 Tribunal administratif/GE, ATA 1206/2002 in SJ 2007 II 273.

41 ATF 130 II 87 c. 3 = RDAF 2005 I 519.

iii. Le secret professionnel

Le secret professionnel peut être mis en péril par l'existence d'un conflit d'intérêts[42]. Il faut se souvenir que l'avocat a le devoir de garder une stricte confidentialité sur ce qu'il apprend de son client ou dans l'exercice du mandat qu'il exécute pour ce dernier ; il ne peut utiliser les informations reçues au bénéfice d'un autre de ses clients (art. 13 LLCA, art. 321 CP, obligation de discrétion découlant du mandat[43]). Cela dit, la réunion dans les mains du même avocat d'informations qui pourraient profiter à plusieurs clients est une situation courante que l'avocat doit gérer en prenant les précautions nécessaires dans le traitement et la conservation des informations qu'il détient. Cependant, le respect de cette exigence peut se révéler difficile à l'excès, voire impossible, lorsque deux mandats sont contradictoires de sorte que les informations reçues dans le premier seraient décisives pour l'exécution du second[44]. L'avocat ne pourra pas faire abstraction dans le second mandat de ce qu'il a appris dans le premier et sera placé face au dilemme consistant soit à renoncer à faire usage de faits utiles – peut-être même essentiels – pour l'exécution d'un de ses mandats, soit à violer le secret professionnel dû à l'un de ses mandants. Dans une telle situation, la mise en péril du secret professionnel conduira à la conclusion que le conflit d'intérêts est avéré ce qui empêche la continuation des deux mandats.

2. Les règles déontologiques

Avant d'être érigée en règle professionnelle par la LLCA, l'interdiction des conflits d'intérêts figurait dans tous les codes de déontologie cantonaux. Elle a été reprise par le CSD comme règle de déontologie nationale (art. 11 à 14 CSD). Elle est également présente au niveau international, que l'on se réfère, par exemple, à l'art. 3.2 de la Charte des principes essentiels de l'avocat européen et du code de déontologie du Conseil des barreaux européens ou à l'art. 3 des *International Principles on Conduct for the Legal Profession* de l'*International Bar Association* ou encore aux art. 1.7 et 1.8 du *Model Rules of Professional Conduct* de l'*American Bar Association*.

La portée des règles déontologiques dans le système légal – qui a toujours été quelque peu ambiguë[45] – doit être précisée. Nous venons de le relever, depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, le droit fédéral énumère d'une manière exhaustive les règles professionnelles auxquelles sont soumis les avocats, de sorte que les règles déontologiques ont perdu leur portée antérieure. Force est cependant de constater qu'elles conservent

42 TF, 2A.310/2006 c. 6.2.

43 CR-WERRO, CO 398 N 22.

44 TF, 2P.297/2005 c. 4.1.

45 Sur cette question, cf. BENOÎT CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in Walter Fellmann, Claire Huguenin Jacobs, Tomas Poledna (éds), *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 127-141, passim.

néanmoins une portée juridique dans la mesure où elles peuvent servir à interpréter et à préciser les règles professionnelles, à la condition qu'elles expriment une conception largement répandue au niveau national et répondent à un intérêt public[46]. L'art 12 let. a LLCA, qui dispose que l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence, constitue une clause générale[47] de sorte que le Tribunal fédéral s'appuie régulièrement sur cette disposition pour compléter les devoirs professionnels à charge des avocats tels qu'énumérés à l'art. 12 LLCA. Pour se faire, il se réfère au CSD, édicté après l'entrée en vigueur de la LLCA, précisément pour exprimer au niveau national les principes déontologiques essentiels de la profession d'avocat. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a reconnu, par référence aux normes déontologiques, que les questions suivantes entraient dans le cadre de l'art. 12 let. a LLCA :

– le respect dû par l'avocat aux autorités[48], à ses confrères[49] et à la partie adverse[50] ;

– la limitation des contacts qu'un avocat peut entretenir avec des témoins[51] ;

– l'interdiction pour un avocat d'entrer directement en contact avec une partie représentée par avocat[52] ;

– le respect de la confidentialité qui s'attache aux courriers transactionnels échangés entre avocats[53].

C'est dire que – même s'il s'en défend en répétant de manière systématique que l'art. 12 LLCA institue de manière exhaustive les règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis – le Tribunal fédéral fait un large emploi des normes déontologiques pour l'interprétation, voire le complètement de la loi. Tel est ainsi le cas en matière de prohibition des conflits d'intérêts, particulièrement lorsqu'il s'agit de dégager les critères qui rendent admissible l'acceptation d'un mandat contre un ancien client (infra III.A.2.a).

3. Le droit du mandat

L'omniprésence de l'interdiction des conflits d'intérêts dans les textes déontologiques résulte de ce que cette dernière est intimement liée au devoir fondamental de l'avocat qui

46 ATF 136 III 296 c. 2.1.

47 TF, 2C_452/2011 c. 5.1 ; 2A.191/2003 c. 5.3 ; 2A.151/2003 c. 2.2 ; CR LLCA-BAUER/BAUER, art. 17 N 14 ; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 175 ss ; KASPAR SCHILLER (note 13), N 1454 ss.

48 TF, 2A.191/2003 c. 5.3.

49 TF, 2A.191/2003 c. 5.3.

50 ATF 130 II 270 c. 4, résumé in RDAF 2005 I 526.

51 ATF 136 II 551 = JdT 2010 I 604.

52 TF, 2C_177/2007 c. 5.1 ; 2P.156/2006 et 2A.355/2006 c. 4.1.

53 TF, 2A.658/2004 c. 3.1, traduit in FRANÇOIS BOHNET, *Les grands arrêts de la profession d'avocat*, 2ème éd., Neuchâtel 2010, p. 132 ss.

promet une exécution diligente (art. 12 let. a LLCA et 398 CO) et fidèle (art. 398 CO) de son mandat[54] ; elle constitue le cœur même de la profession d'avocat. On ne peut en effet concevoir qu'un mandataire se charge de défendre des intérêts alors que, parallèlement, il en défend d'autres qui sont contradictoires. A un moment ou à un autre, l'avocat mettra en péril certains des intérêts dont il a la charge.

B. Les différents conflits d'intérêts et leur survenance

1. Le conflit d'intérêts au sens de la LLCA

Un conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA existe lorsque que les intérêts d'un client de l'avocat sont en conflit avec d'autres intérêts dont ce dernier a la charge ou qui le concernent personnellement, étant précisé que la prohibition des conflits d'intérêts affecte tous les avocats d'une même étude[55].

Il faut distinguer cette situation des cas où les règles de l'élégance ou de la délicatesse pourraient conduire l'avocat à décliner un mandat sans qu'il y ait un véritable conflit d'intérêts. Il peut en aller ainsi, par exemple, dans les cas où l'avocat agit pour le compte d'un client contre un ancien employé de ce dernier avec lequel il a souvent collaboré. Puisque cet employé n'a jamais été personnellement le client de l'avocat, ce dernier n'est lié par aucun devoir envers lui. Il n'en reste pas moins que la situation peut se révéler gênante et que l'avocat peut, par respect des règles de l'élégance, renoncer à agir contre lui. Cette situation ne tombe cependant pas sous le coup de l'art. 12 LLCA.

Il faut également faire une distinction avec les considérations commerciales ou de réputation que l'avocat peut avoir. Lors même qu'il ne se trouverait pas dans une situation de conflit d'intérêts, un avocat peut faire le choix de ne pas se charger d'un mandat pour le compte d'un concurrent de l'un de ses clients, sachant ce dernier soucieux de bénéficier d'une exclusivité de la part de son avocat[56]. Cette situation ne relève pas des règles professionnelles instituées par la LLCA.

2. La survenance des conflits

Les conflits d'intérêts sont susceptibles de survenir à tout moment, pendant la relation contractuelle liant l'avocat à son client, voire après la fin de cette relation. S'ils peuvent naturellement résulter d'une décision volontaire et non conforme au droit d'un avocat

54 ATF 135 II 145 c. 9.1 ; 134 II 108 c. 3 et 5.2 = JdT 2009 I 333 ; TF, 1A.223/2002 c. 5.2 ; FRANZ WERRO (note 11), p. 232 ; PIERRE TERCIER, PASCAL G. FAVRE, DAMIEN CONUS (note 11), N 5150.

55 TF, 2P.297/2005 ; 2A.292/2003 ; art. 14 CSD.

56 Dans ce sens, cf. International Bar Association, *International Principles on Conduct for the Legal Profession*, ch. 3.2.

qui accepterait de se charger de deux mandats contradictoires, ils sont cependant le plus souvent provoqués par un concours de circonstances inévitables et partiellement prévisibles. On peut par exemple songer aux cas suivants :

– Un regroupement de sociétés amène un avocat à se trouver engagé dans un procès contre une société qui est devenue la propriété de l'un de ses clients.

– La fusion de deux études conduit à la réunion dans une seule et même structure d'avocats de parties adverses qui, jusque-là, étaient représentées par des avocats indépendants les uns des autres.

– Deux clients du même avocat, sans lien préalable l'un avec l'autre, entrent en conflit dans le cadre d'activités commerciales qu'ils nouent l'un avec l'autre et souhaitent chacun confier la défense de leurs intérêts à leur avocat habituel.

– Des membres d'une communauté de personnes ayant des intérêts communs – des créanciers solidaires, des responsables solidaires, un groupe d'héritiers, des membres d'une société de personnes – qui ne présentaient qu'un conflit d'intérêts théorique voient leurs intérêts diverger de façon effective au cours de l'évolution de l'affaire.

– Les activités accessoires de l'avocat connaissent une évolution qui l'expose à des prétentions de l'un de ses clients : à l'instar de l'avocat administrateur d'une société anonyme qui, après la faillite de cette dernière, risquerait de faire l'objet d'une action en responsabilité de divers créanciers au nombre desquels se trouve l'un de ses propres clients.

On pourrait multiplier à l'envi les exemples de situations dans lesquelles l'avocat se trouve placé face à un conflit d'intérêts. On l'a vu, l'abondance de la jurisprudence récente montre qu'il s'agit d'un des problèmes les plus fréquents auxquels les clients sont confrontés[57]. L'augmentation de la taille des études qui va de pair avec la diminution du nombre d'acteurs économiques au gré des fusions et des regroupements d'entreprises, dans un marché aussi exigu que celui de la Suisse, explique sans doute partiellement cette situation.

3. Les types de conflits

a. La double représentation

Le cas le plus évident de conflit d'intérêts est celui de la double représentation : l'avocat est simultanément chargé de mandats qui sont contradictoires. Une telle contradiction ne se limite pas à la représentation simultanée de personnes dans le cadre de procédures judiciaires mais concerne toutes les situations où l'avocat est chargé simultanément d'intérêts contradictoires[58].

57 Cf. note 1.

58 ATF 135 II 145 c. 9.1 ; 134 II 108 c. 3 = JdT 2009 I 333 ; TF, 2C_885/2010 c. 3.1 ; 1A.223/2002 c. 5.1.

b. Les mandats opposés

Le cas des mandats opposés se distingue de la situation précédente en ce que l'avocat ne se charge pas simultanément de mandats contradictoires, mais bien successivement. Il n'en demeure pas moins que les mandats sont contradictoires de sorte que le second d'entre eux ne peut être accepté par l'avocat dont le devoir de fidélité n'est pas limité dans le temps[59]. Une telle situation se présente par exemple lorsque, dans le cadre d'une procédure judiciaire, un avocat représente des intérêts juridiques et des moyens de défenses communs de plusieurs parties débitrices solidaires et qu'il est amené, subséquemment, à représenter l'une d'entre elles dans le cadre des actions récursoires les opposant les unes aux autres[60]. C'est dans ce contexte que s'inscrit la problématique de l'ancien client qui soulève des questions particulières qui seront examinées ci-après (infra III.A.2.a).

c. Les autres conflits : les intérêts propres de l'avocat

Les mandats confiés par les clients ne sont pas seuls à l'origine des conflits d'intérêts de l'avocat ; les intérêts propres de ce dernier peuvent également être la source de situations de conflit d'intérêts qui tombent sous le coup de l'art. 12 let. c LLCA, même si ce dernier ne vise pas expressément ce cas (supra II.A.1)[61] : des liens personnels – qu'ils soient financiers, commerciaux, contractuels ou familiaux –, un intéressement à une entreprise ou encore une appartenance à un groupe d'intérêts sont autant d'éléments qui sont de nature à placer l'avocat dans un conflit de loyauté si le mandat qu'un client veut lui confier est de nature à les mettre en péril d'une quelconque façon.

C. Le seuil de matérialité des différents conflits d'intérêts

1. Le concept de seuil de matérialité

En se chargeant de défendre à titre professionnel des intérêts de tiers, l'avocat peut facilement être confronté à des situations où des conflits d'intérêts sont susceptibles de survenir, particulièrement lorsqu'il représente plusieurs personnes simultanément : le fait de défendre deux personnes implique en effet par définition un risque que ces dernières entrent un jour en conflit l'une avec l'autre.

La question qui se pose est celle de savoir à partir de quel moment il faut considérer que le conflit est suffisamment intense pour conduire l'avocat à renoncer au mandat, ce que l'on peut désigner comme étant le seuil de matérialité du conflit.

59 ATF 134 II 108 c. 3 = JdT 2009 I 333.
60 TF, 2C_688/2009 = SJ 2010 I 433.
61 TF, 2C_889/2008 c. 3.1.3 ; 2P.318/2006 c. 11.1.

Il faut faire la distinction entre le conflit qui ne serait que théorique de celui qui serait concret, sans forcément s'être déjà matérialisé.

2. Le conflit d'intérêts théorique ou abstrait

Le conflit d'intérêts peut n'être que théorique ou abstrait, en ce sens que, si les intérêts représentés par l'avocat sont susceptibles de s'opposer un jour, tel n'est pas le cas au moment où l'avocat accepte le mandat. Cette situation se rencontre tout particulièrement lorsqu'une communauté de personnes mandate un avocat : des cohéritiers, des codébiteurs, des cocréanciers ou encore des associés d'une société simple constituent autant d'exemples de groupes de personnes qui, en pratique, mandatent fréquemment un seul avocat pour défendre leurs intérêts communs. Des impératifs d'efficacité et d'économie commandent en effet que l'on ne multiplie pas le nombre d'avocats pour défendre des intérêts communs. Cependant, pour compréhensible qu'elle soit, cette façon de faire n'en crée pas moins une source théorique de conflits.

Premièrement, si la communauté d'intérêts existe dans les rapports externes, il n'en va pas forcément de même dans les rapports internes, par exemple au moment où il s'agira de déterminer les droits de recours entre les codébiteurs solidaires[62] ; les clients communs de l'avocat risquent de s'opposer à l'avenir.

Deuxièmement, la situation commune des clients peut cesser de l'être selon l'avancement de la procédure. Les créanciers d'une masse en faillite peuvent être amenés à s'opposer au dépôt de l'état de collocation si l'un d'entre eux entend contester la créance ou le rang d'un autre créancier (art. 148 LP). L'avocat ayant jusque-là représenté plusieurs créanciers dans la liquidation de la faillite ne pourra plus continuer sa mission dès l'instant où certains des créanciers s'opposeront les uns aux autres dans la procédure de contestation de l'état de collocation.

Troisièmement, les positions des parties peuvent se modifier en cours de procédure et finir par diverger de sorte que les intérêts ne sont plus communs : des prévenus dans une procédure pénale peuvent, en cours de procès, se rejeter la responsabilité l'un sur l'autre[63], une assurance et son assuré peuvent en cours de règlement d'un sinistre diverger sur la responsabilité de l'auteur de l'acte de dommageable et sur la question de l'indemnisation de la victime[64].

Aussi longtemps que ces divergences d'intérêts n'apparaissent pas de manière effective, le conflit d'intérêts n'est que théorique et n'est donc pas prohibé (infra III.A.a.i.).

62 TF, 2C_688/2009 = SJ 2010 I 433.

63 ATF 134 II 108 c. 4.2.3 = JdT 2009 I 333 ; TF, 1P.227/2005 c. 3.1.

64 ATF 134 II 108 c. 4.2.2 = JdT 2009 I 333.

3. Le conflit d'intérêts concret

Le conflit est concret lorsque qu'il ne résulte pas simplement d'une réflexion théorique sur les intérêts juridiques en présence. Il faut que les données du cas d'espèce fassent apparaître un risque réel de conflit. La notion est toutefois délicate à cerner puisque, selon la jurisprudence, il n'est pas nécessaire que le conflit se soit matérialisé, c'est-à-dire qu'il ait effectivement éclaté[65]. Le Tribunal fédéral précise à cet égard 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 ». Cette précision, quelque exacte qu'elle puisse être, n'en est pas moins malheureuse et n'aide pas véritablement à cerner la notion de conflit d'intérêts concret. Elle est en effet exclusivement reliée au secret professionnel et au risque que ce dernier soit violé par la coexistence de deux mandats en la personne du même avocat ou au sein de la même étude. Or il est fréquent que, dans sa pratique professionnelle, l'avocat dispose de connaissances dans un dossier qui pourraient lui être utiles dans un autre, sans pour autant que cela fasse naître un conflit d'intérêts. Le simple risque d'utilisation d'informations d'un dossier à l'autre n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts.

Il faut en réalité que les deux affaires soient proches ou interagissent l'une sur l'autre à un point tel que l'avocat ne puisse pas conduire l'une sans être inexorablement amené à devoir faire référence aux faits qu'il connait dans l'autre. Les relations entre les deux cas doivent placer l'avocat dans une situation qui l'empêche véritablement de les conduire tous les deux (supra II.A.1.c.iii).

De surcroît, le fondement de la prohibition des conflits d'intérêts résulte non seulement de la protection du secret professionnel mais également du principe d'indépendance (supra II.A.1.c.ii) et de l'obligation de diligence (supra II.A.1.c.i)[66]. Ce qui est essentiellement en cause est le fait pour l'avocat de ne pas pouvoir s'investir pleinement dans la défense de son client en raison d'un autre mandat et des intérêts qu'il implique. L'avocat ne doit pas être retenu dans son appréciation des moyens de défense d'un client par des considérations liées à ceux qu'il emploie pour la défense d'un autre.

L'appréciation du caractère concret demande donc une analyse précise du cas d'espèce. Pour illustrer le propos, on peut évoquer ici quelques situations typiques. Il est souvent considéré qu'un avocat peut défendre à la fois l'actionnaire majoritaire d'une société et cette dernière, les intérêts de ces deux personnes ne s'opposant pas. Cette affirmation toute générale est sujette à caution dans la mesure où les intérêts de la société ne se confondent pas toujours avec ceux de l'actionnaire majoritaire et que la protection de l'actionnaire

65 TF, 2C_885/2010 c 3.2.

66 ATF 134 II 108 c. 3 = JdT 2009 I 333 ; cf. également TF, 1B_420/2011 c. 1.2.2.

minoritaire – qui serait victime d'un abus de majorité[67] – pourrait souffrir de cette position ambiguë de l'avocat de la société. D'autre part, l'information que l'avocat de la société détient par le biais de la direction ou du conseil d'administration est beaucoup plus large que celle que reçoit l'avocat de l'actionnaire, ce dernier n'ayant droit qu'aux seules informations énumérées à l'art. 697 CO. L'avocat qui revêt cette double qualité risque de se trouver en porte-à-faux et d'avoir des difficultés à savoir quand il agit comme défenseur de la société et quand il agit pour le compte de l'actionnaire. Seul un examen du cas concret permettra de déterminer si cette double représentation est admissible. L'avocat tiendra notamment compte de la situation de l'actionnariat, des accords qui pourraient exister (convention d'actionnaires) ou des conflits qui opposent les actionnaires les uns aux autres[68].

La situation des groupes de sociétés peut également être problématique. Savoir si l'on peut agir pour une société membre d'un groupe et contre une autre société de ce même groupe dépend de la structure de ce dernier. Il est fréquent que la centralisation des services au sein d'un groupe – notamment le service juridique ou le service des ressources humaines – rende les diverses sociétés qui le composent fortement interdépendantes, ce qui exclut une représentation qui soit à la fois en faveur des unes et en défaveur des autres. Inversement, il peut arriver que le groupe, qui consisterait essentiellement dans des prises de participations dans des sociétés, n'ait pas une organisation centralisée, de sorte que, selon la nature des services à rendre par l'avocat, ce dernier puisse agir pour une société faisant partie de ce groupe et contre une autre, sans qu'il se place dans une situation de conflit d'intérêts.

On prendra enfin comme exemple le droit de la concurrence où la réglementation applicable rend le risque de conflit d'intérêts particulièrement élevé : lorsque plusieurs concurrents sont parties à une entente illicite, celui d'entre eux qui procéderait à une auto-dénonciation pourrait échapper à toute sanction (art. 49a al. 3 let. a LCart.), ce qui le place dans une situation hautement conflictuelle par rapport aux autres concurrents, notamment si ces derniers contestent l'existence même d'une entente illicite. Contacté par plusieurs concurrents placés dans une telle situation, l'avocat devra très rapidement évaluer si la position des divers concurrents ne représente qu'un risque théorique de conflit ou si l'attitude probable de l'un ou de plusieurs d'entre eux concernant une auto-dénonciation rend déjà le conflit concret et, partant, l'acceptation des différents mandats impossible.

---

67 Pour des exemples d'une telle situation, ROLAND RUEDIN, *Droit des sociétés*, 2ème éd., Berne 2007, N 275.

68 Dans ce sens, ALAIN LE FORT, Les conflits d'intérêts, in : *Défis de l'avocat au XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, 179-206, p. 192 ; CR-VALTICOS, LLCA 12 N 165 ; FRANZ WERRO (note 11), p. 249. Sur les conflits de l'avocat administrateur, HENRY PETER , L'avocat administrateur, in : *Défis de l'avocat au XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, 421-439, p. 431 ss ; MICHAEL PFEIFER, Der Umgang mit Interessenkonflikten bei der Wahrnehmung von Verwaltungsratsmandaten durch Anwälte, in Leo Staub, Christine Hehli Hidber (éds), *Management von Anwaltskanzleien*, Zurich, 2012, p. 767 ss.

D. La portée du consentement du client et des mesures organisationnelles

1. Le consentement du client

L'existence d'un conflit d'intérêts conduit fréquemment l'avocat à demander à son client s'il consent à cette situation. Cette démarche paraît généralement légitimée par le fait que ce sont les seuls intérêts du client qui sont en jeu : la protection du secret professionnel qui lui est dû ainsi que le respect du devoir de fidélité auquel il a droit. Il est donc tentant de considérer que le client pourrait renoncer à tout ou partie de ses droits, permettant de la sorte à l'avocat de continuer l'exécution de son mandat. Cette solution, facilement recherchée en pratique, ne trouve pourtant les faveurs ni de la jurisprudence[69] ni de la doctrine[70]. L'avocat agissant dans une situation de conflit d'intérêts ne peut pas se retrancher derrière le consentement de ses clients, en tout cas en matière de représentation en justice où l'interdiction de la double représentation est absolue. Pour ce qui est de l'activité de conseil juridique, certains auteurs seraient prêts à faire preuve de plus souplesse et autoriser la double représentation avec le consentement des clients[71] (supra III.B). Cette conception ne doit être accueillie que très restrictivement : en effet, que ce soit en matière judiciaire ou dans le domaine du conseil juridique, on ne peut empêcher que le client, parfois longtemps après qu'il aura donné son consentement, ne ressente un sentiment de trahison de la part de son mandataire. Alors qu'au moment où il accepte la situation conflictuelle dans laquelle son avocat se trouve, le client ne voit que les avantages de son assentiment – particulièrement, ne pas devoir renoncer aux services de l'avocat qu'il a choisi –, il peut en aller autrement par la suite, lorsque son affaire ne connaît pas les développements propices qu'il espérait. Ainsi, le client est souvent saisi par le doute de savoir si son avocat a véritablement mis tout son soin dans la conduite du mandat ou s'il n'en a pas été prévenu du fait du conflit de loyauté dans lequel il se trouvait. Pour le mandant, le souvenir du consentement donné fait place à la perplexité quant à la réelle diligence et la fidélité dont son avocat a fait preuve. C'est donc à raison que l'on considère que le consentement du client est en principe impropre à lever l'interdiction du conflit d'intérêts.

2. Les *chinese walls*

L'autre moyen pratique auquel il est fréquemment songé est celui de mesures organisationnelles destinées à empêcher, au sein de la même étude, la communication entre des avocats

69 TF, 1B_7/2009 c. 5.7 = SJ 2009 I 386 (considérant non reproduit dans la version publiée à l'ATF 135 I 261) ; TF, 1P.227/2005 c. 3.1 ; 1A.223/2002 c. 5.2.

70 VINCENZO AMBERG, *Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte*, in Revue de l›avocat, 3/2002 p. 11 ; WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zurich 2011, LLCA 12 N 101 ; FRANZ WERRO (note 11), p. 244.

71 WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 12 N 99.

chargés de mandats qui seraient en conflit. Ces mesures sont généralement désignées par l'expression anglaise de « *chinese walls* »[72]. Elles ne suffisent cependant pas à rendre possible la continuation des mandats en conflit[73]. Premièrement, leur impact principal est de limiter les risques liés à la violation du secret professionnel. Elles sont en revanche sans conséquence sur la perte d'indépendance du mandataire placé dans une situation de conflit d'intérêts. La mesure est donc impropre à éviter tous les inconvénients engendrés par une situation de conflit d'intérêts. Deuxièmement, il faut se souvenir que les *chinese walls* ont été élaborés dans les institutions financières, en tant que mesures permanentes instaurées entre différents services des banques, pour empêcher qu'un flux d'informations passe des uns aux autres[74]. De telles mesures ne peuvent en revanche que difficilement se concevoir au sein d'un même département ou d'un même bureau pour empêcher que les informations d'une affaire spécifique soit maintenues confidentielles à l'égard de certains des membres du personnel et ainsi éviter la concrétisation du conflit d'intérêts dans lequel ils se trouvent[75].

3. Les mesures d'organisation destinées à garantir l'indépendance structurelle

L'absence d'indépendance de l'avocat peut être une source de conflit d'intérêts. Lorsque c'est l'indépendance structurelle qui est en cause (au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, supra II.A.1.c.ii), certaines mesures d'organisation peuvent cependant être prises pour la renforcer. Cela est particulièrement vrai lorsque l'avocat exerce sa profession de manière indépendante mais, pour une part de son temps, pratique une autre activité en tant que salarié. La question s'est posée de savoir si ce mode de faire était compatible avec l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. Alors que d'aucuns estimaient que tel n'était pas le cas, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 8 al. 1 let. d LLCA devait être interprété de façon à ne pas empiéter de manière excessive sur la liberté du commerce dont l'avocat bénéficie : lorsqu'un avocat est employé d'une personne non inscrite au registre, il n'y a qu'une présomption réfragable de dépendance que l'avocat peut renverser pour demander son inscription. Il doit alors démontrer que ses clients n'ont aucun lien avec son employeur, que ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction sur les mandats d'avocat de

72 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 16 ; pour une opinion des tribunaux anglais quant à l'efficacité de telles mesures cf. arrêt de la House of Lords du 18 novembre 1998, *Prince Jefri Bolkiah v. KPMG*.

73 WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 12 N 89.

74 RASHID BAHAR, LUC THÉVENOZ (note 2), p. 16 ; arrêt de la House of Lords du 18 novembre 1998, *Prince Jefri Bolkiah v. KPMG*, in fine.

75 Dans ce sens, arrêt de la House of Lords du 18 novembre 1998 *Prince Jefri Bolkiah v. KPMG*., in fine. Dans un sens contraire, concernant l'efficacité des *chinese walls* en matière de conflits d'intérêts de l'avocat administrateur, MICHAEL PFEIFER (note 68), p. 774 N 15. Cf. également WERRO (note 11), 248, qui admet la possibilité de mettre en place des *chinese walls* dans le cas particulier de la fusion de deux études.

son employé ni de droit de regard. A cela s'ajoute que l'avocat ne peut pas accepter de mandats contre ou en faveur de son employeur dans un litige impliquant des clients de ce dernier. Enfin, il faut que les locaux dans lesquels l'avocat exerce sa profession soient séparés de ceux de l'employeur[76]. Si ces conditions organisationnelles sont remplies, l'avocat peut alors se charger de mandats en qualité d'indépendant, la source de conflit d'intérêts étant réputée écartée.

III. L'étendue de l'interdiction et ses conséquences

L'interdiction énoncée par l'art. 12 let. c LLCA ne paraît pas connaître, à rigueur du texte légal, de variations dans son étendue. La jurisprudence et la doctrine s'accordent cependant à considérer que des distinguos doivent être faits selon le type d'activités qu'exerce l'avocat et selon la juridiction devant laquelle le conflit d'intérêts survient. On oppose essentiellement le conseil juridique à l'activité judiciaire et, au sein de cette dernière, ce qui relève des juridictions civiles et ce qui appartient aux juridictions pénales.

A. Les conflits d'intérêts en matière judiciaire

a. Au civil

i. En général

Après avoir affirmé dans plusieurs décisions qu'un conflit d'intérêts abstrait suffisait à empêcher un avocat d'accepter un mandat[77], le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence pour affirmer désormais qu'un conflit concret était nécessaire pour que l'on considère que les conditions de l'art. 12 let. c LLCA sont réalisées[78]. Cet assouplissement de la jurisprudence est justifié et doit être mis en rapport avec le régime qui prévaut en matière de conflit d'intérêts de l'avocat. En effet, on l'a vu, contrairement aux règles s'appliquant à d'autres professions (médecins ou banquiers, supra I.B.2 et I.B.3) qui ont pour but d'aménager et de limiter l'impact des conflits d'intérêts, la règle de la LLCA, à l'instar des normes qui l'ont précédée, est celle de la stricte interdiction, sans exception possible. Il s'impose donc d'interpréter la norme de façon restrictive et d'exclure de son champ d'application les conflits qui ne sont qu'abstraits.

---

76 ATF 130 II 270 c. 6, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. également, TF, 2A.124/2005 concernant le cas d'un avocat employé d'une assurance de protection juridique, exerçant en même temps une activité d'avocat indépendant.

77 TF, 2P.297/2005 c. 4.1 ; 2A.293/2003 c. 4.2.

78 ATF 134 II 108 c. 4.2 = JdT 2009 I 333. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. FRANÇOIS BOHNET, *Conflits d'intérêts : seuls les risques concrets comptent*, in Revue de l'avocat 2008, p. 364 ss, passim. Cette conception nouvelle a été confirmée ultérieurement : ATF 135 II 145 c. 9.1 ; cf. également TF, 2C_900/2010 c. 1.3 ; 2C_26/2009.

ii. Le cas particulier du divorce

La procédure de divorce présente une particularité en ce que le droit de fond permet, lorsque les époux parviennent à s'entendre, de procéder par une requête commune, tout élément conflictuel étant alors absent de la procédure (art. 111 CC, divorce sur requête commune avec accord complet). La pratique qui consiste à avoir un seul avocat agissant pour les deux époux s'est largement développée. Une telle façon de faire, quoique répandue voire souhaitée par certains tribunaux, n'en semble pas moins en contradiction avec le principe de l'interdiction de la double représentation.

Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer expressément sur l'admissibilité de cette pratique. Il a cependant, à une occasion, laissé entendre que la double représentation dans une procédure de divorce pourrait être tenue pour admissible, en l'absence de conflit[79]. La doctrine est quant à elle partagée. Alors que certains sont opposés à toute double représentation[80], d'autres admettent une intervention de l'avocat même lorsqu'il s'agit de négocier la convention entre les époux[81], une position intermédiaire consistant à n'admettre une intervention commune d'un avocat que lorsqu'il s'agit de mettre en forme un accord auquel les époux sont parvenus[82].

Les recommandations des ordres des avocats sont variables. L'art. 9 al. 4 des Us et Coutumes de l'Ordre des avocats de Genève rejette l'idée de la représentation commune puisqu'il dispose que « si les parties sont d'accord, notamment en matière de divorce, et consultent ensemble un avocat, celui-ci invitera l'une d'elles à constituer un confrère choisi en dehors de son Etude ». L'article conclut qu'« en cas de refus, il ne pourra représenter que l'une d'entre elles ». Les règles vaudoises sont un peu plus souples puisqu'elles admettent cette double représentation à certaines conditions relativement restrictives[83].

Pour trancher, il faut d'abord se souvenir que la prudence reste de mise en tout état de cause : des conjoints en procédure de divorce, même s'ils manifestent un accord sur tous les aspects de leur séparation, sont des personnes qui ont des intérêts fondamentalement divergents par nature[84]. Des questions difficiles se posent pour l'avocat lorsqu'il s'agit d'apprécier les risques ainsi que les avantages et inconvénients liés aux arrangements que les époux veulent souscrire en vue de leur séparation. On songe tout particulièrement ici au partage de

---

79 TF, 2A.594/2004 c. 1.2.

80 FRANZ WERRO (note 11), p. 245 ; apparemment dans ce sens également, ALAIN LE FORT (note 68), p. 190.

81 FRANÇOIS BOHNET, VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1405-1406.

82 WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 12 N 102.

83 Interprétation du conseil de l'ordre des règles déontologiques concernant la défense des intérêts des deux époux en cas de divorce ou de séparation (mars 2009) : http://www.oav.ch/site/images/fichiers/interpretation0309.pdf.

84 CR-VALTICOS, LLCA 12 N 168.

la prestation de sortie de la prévoyance de professionnelle instituée par l'art. 122 CC et à la renonciation à laquelle un époux peut procéder pour autant qu'« il puisse bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente » (art. 123 al. 1 CC). Les enjeux sont considérables et des époux, encore éloignés de l'âge de la retraite, ne sont pas forcément à même de pleinement les apprécier. Le souci légitime des époux de mettre un terme rapide à leur différend matrimonial, à des coûts raisonnables, peut les conduire à consentir des concessions dont les conséquences à long terme pourraient être lourdes, particulièrement si les moyens de subsistance au moment de la retraite sont insuffisamment assurés par le mode de partage retenu. La responsabilité de l'avocat commun dans le conseil qu'il donne aux époux est particulièrement importante, d'autant que le juge ne pourra refuser le partage que si ce dernier est particulièrement inéquitable (art. 123 al. 2 CC).

Si l'on comprend bien l'utilité de l'avocat commun dans une situation peu conflictuelle entre les époux, il faut néanmoins lui préférer la solution qui consiste à inviter les époux qui consultent communément un avocat à choisir lequel d'entre eux le mandatera. Cela fait, l'avocat, sur instructions de son client, œuvrera autant que faire se peut pour le bien commun des époux dans la recherche d'une solution conventionnelle ; il gardera cependant sa liberté de n'agir que pour le compte de son client si des différends insurmontables devaient surgir entre les époux dans le cours de la procédure. On évitera ainsi les sentiments de trahison – qui ne sont pas rares en pratique – qui apparaissent parfois des années après le divorce, à un moment où l'un des époux constate que ses moyens financiers sont critiques. Ce dernier peut alors se demander si l'avocat a réellement pris en compte ses intérêts ou s'il n'a pas plutôt privilégié ceux de l'autre conjoint. Qu'ils soient fondés ou non, ces reproches résultent du fait que le partage d'un conseiller juridique avec sa partie adverse reste, par essence, un mode de faire contre nature.

iii. Les parties plaignantes en procédure pénale

L'art. 127 al. 3 CPP dispose que « dans les limites de la loi et des règles de sa profession, un conseil juridique peut défendre les intérêts de plusieurs participants à la procédure dans la même procédure ». La représentation multiple est donc autorisée par le code de procédure dans son principe mais est réglementée, pour les avocats, par leurs règles professionnelles. Alors que la jurisprudence a élaboré des règles strictes concernant la représentation des prévenus (infra III.A.b), elle n'en pas a fixé de spécifiques concernant les parties plaignantes. Il faut donc partir du principe que ce sont les règles applicables aux litiges civils (supra III.A.a.i) qui régissent la représentation des parties plaignantes de sorte que la représentation multiple est autorisée, sauf conflit d'intérêts concret.

b. La défense de prévenus en procédure pénale

Lorsqu'il s'agit de défendre des personnes prévenues d'une infraction dans le cadre d'une procédure pénale, les exigences sont plus strictes qu'elles ne le sont en procédure civile :

il y a lieu de partir du principe que, sauf circonstances particulières et exceptionnelles, la représentation de plusieurs personnes prévenues dans la même procédure pénale n'est pas possible[85]. Les considérations qui sont à la base de cette stricte interdiction résident dans le fait qu'il existe immanquablement le risque, qu'à tout moment de la procédure, du début de l'enquête jusqu'à la clôture du procès, un prévenu tente de rejeter la responsabilité sur un autre prévenu. Cela est vrai, ajoute le Tribunal fédéral, même lorsque l'avocat adopte une stratégie commune pour tous les prévenus et qu'il plaide l'acquittement pour l'ensemble d'entre eux ; cette circonstance ne fait en effet pas disparaître le risque que l'un ou l'autre des prévenus tente de reporter la culpabilité sur les autres[86].

2. La réglementation de quelques cas particuliers de conflits d'intérêts

a. L'ancien client

La question de l'ancien client soulève quelques difficultés et a connu des réponses diverses au gré du temps. Les anciennes conceptions déontologiques privilégiaient une interdiction quasi absolue au motif qu'agir contre un ancien client aurait été la manifestation d'une ingratitude et d'une inélégance inacceptables de la part de l'avocat. Ces conceptions ont aujourd'hui changé, d'une part sans doute parce que la relation entre l'avocat et son client s'est modifiée pour devenir plus fonctionnelle qu'elle ne le fut par le passé, à tout le moins en ce qui concerne les clients professionnels. D'autre part, les mandats qui sont confiés aux avocats présentent une grande variété, que ce soit dans leur durée ou que ce soit dans l'intensité de la relation qui s'établit avec le client. De cette variété naît la nécessité d'un traitement juridique différencié.

La LLCA est muette sur la question et c'est en vain qu'on y cherchera une réponse. Quant à l'art. 13 CSD, il dispose que « 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 ».

Le Tribunal fédéral s'est efforcé d'élaborer les critères qui font défaut dans le texte légal. Il a relevé tout d'abord que l'obligation de fidélité subsiste après la fin du mandat, de sorte que le mandataire doit éviter de plaider contre un ancien client[87]. Le Tribunal fédéral complète son raisonnement en constatant que, nonobstant l'usage de l'indicatif présent à l'art. 12 let. c LLCA (« […] il évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé »), cette

85 TF, 1B_7/2009 c. 5.5 = SJ 2009 I 386 (considérant non reproduit dans la version publiée à l'ATF 135 I 261).

86 TF, 1P.227/2005 c. 3.1.

87 TF, 2C_427/2009 c. 2.2.

disposition n'est pas limitée aux situations dans lesquelles l'avocat représente en même temps des intérêts opposés[88]. Cette affirmation toute générale est cependant excessive en ce sens qu'il ne faudrait pas en déduire que l'obligation de fidélité ne prend jamais fin. Il est vrai que le devoir de fidélité n'est pas limité dans le temps et qu'il survit à la fin des rapports contractuels[89]. Il résiste même à la mort du mandant[90]. Cette particularité – une obligation qui n'a pas de limite dans le temps – tient au contenu même de l'obligation de fidélité qui implique qu'elle ne prenne pas fin avec le mandat, sous peine d'être vidée de son sens. Cela dit, il faut observer que le devoir de fidélité peut s'estomper au fil des ans car, dans certaines situations, les raisons qui rendent impossible l'acceptation d'un mandat contre un ancien client disparaissent avec l'écoulement du temps. Pour apprécier la durée de cette obligation, différents critères ont été proposés. Le Tribunal fédéral a lui-même posé le principe que l'interdiction ne vaut que lorsque les deux causes – l'ancienne et l'actuelle – sont liées par un lien de connexité étroit[91]. Pour interpréter cette notion, la jurisprudence livre divers critères, au nombre desquels :

– la connexité entre l'objet de l'ancien et du nouveau mandat[92] ;

– l'importance et la durée de l'activité déployée lors de l'ancien mandat[93] ;

– les connaissances que l'avocat a acquises sur son ancien mandant[94] ;

– la relation de confiance persistant avec l'ancien mandant ;

– le laps de temps écoulé depuis la fin du premier mandat[95].

Une longue relation, poursuivie des années durant, pendant laquelle l'avocat a appris à connaître son client dans l'intimité de ses affaires et de sa psychologie, ne peut se comparer à une consultation ponctuelle sur une question purement juridique. Dans ce dernier cas, on peut concevoir, quelque temps après la fin de son mandat, que l'avocat puisse agir contre cet ancien client. La durée n'est cependant pas un critère déterminant car il peut exister des mandats relativement brefs mais dans l'accomplissement desquels l'avocat est amené à prendre connaissance des secrets essentiels d'une entreprise, situation qui l'empêchera d'agir contre ce client ultérieurement. On le voit, les différents critères dégagés par la jurisprudence ne sont pas cumulatifs – un seul d'entre eux pouvant suffire à empêcher l'avocat d'agir – et doivent être utilisés en étroite relation avec les circonstances du cas d'espèce.

---

88 TF, 2C_427/2009 c. 2.2.

89 PIERRE TERCIER, PASCAL G. FAVRE, DAMIEN CONUS (note 11), N 5158 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 77.

90 ATF 135 III 597 c. 3.3.

91 TF, 1B_7/2009 c. 5.6 = SJ 2009 I 386 (considérant non reproduit dans la version publiée à l'ATF 135 I 261).

92 Commission du barreau/GE, SJ 2007 II 282.

93 ATF 134 II 108 = JdT 2009 I 333.

94 ATF 134 II 108 = JdT 2009 I 333.

95 Commission du barreau/GE, SJ 2007 II 282.

Une précision s'impose cependant. Le Tribunal fédéral a relevé à une occasion que l'obligation de ne pas représenter plusieurs parties dont les intérêts peuvent s'opposer relève de « l'obligation de délicatesse », avant d'ajouter, « voire du devoir de fidélité envers le client, tout comme de l'obligation de secret professionnel, qui perdure après la fin du mandat »[96]. C'est cette dernière formulation qu'il faut préférer car on doit réserver celle du sentiment de délicatesse ou d'élégance aux cas où, même s'il n'y a pas de conflit d'intérêts au sens technique du terme, en vertu des principes qui viennent d'être exposés, l'avocat préfère ne pas agir contre un ancien client par souci d'élégance (supra II.B.1).

b. Les conflits avec d'autres activités de l'avocat

L'avocat n'est pas tenu de dédier tout son temps à sa profession[97] qu'il peut exercer à temps partiel. Il peut donc se consacrer à d'autres activités, notamment lucratives, pour autant que ces dernières ne mettent en péril ni son indépendance ni sa dignité[98]. Cela dit, de par les intérêts qu'il est amené à prendre en charge dans le cadre de ces autres activités, l'avocat peut se trouver placé en position de conflit d'intérêts avec les mandats qu'il accomplit pour l'un ou l'autre de ses clients. Ainsi, un avocat également notaire, qui a agi en cette dernière qualité pour des conjoints, viole la prohibition des conflits d'intérêts de l'art. 12 let. c LLCA s'il se constitue postérieurement comme avocat pour le mari contre l'épouse, dans le cadre d'une procédure de divorce[99].

Une des situations typiques est celle de l'avocat administrateur de société[100] qui se rencontre souvent en pratique. La LLCA pas plus que les règles du CO ne prohibent expressément ce cumul de fonctions. L'admissibilité d'un tel cumul revient essentiellement à apprécier l'indépendance que l'avocat conserve en cette dernière qualité, nonobstant le fait qu'il est administrateur de la société. Il se trouvera sans doute dans une situation d'indépendance suffisante pour représenter la société dans des affaires qui ne sont en rien susceptibles de le mettre personnellement en cause ou qui ne menacent pas l'existence de la société. Sous réserve de circonstances exceptionnelles, il en ira ainsi par exemple des litiges relatifs à des baux auxquels la société est partie sans que la survie de l'exploitation n'en dépende, de procédures administratives ou des litiges civils simples avec des clients de l'entreprise. En revanche, la situation sera tout autre si l'administrateur a lui-même pris part aux faits ou décisions litigieux ou si l'importance de l'affaire fait courir à la société un risque de

96 TF, 1B_7/2009 c. 5.6 = SJ 2009 I 386 (considérant non reproduit dans la version publiée à l'ATF 135 I 261).

97 CR-MEIER/REISER, LLCA 8 N 47 ; STAEHELIN/OETIKER in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 8 N 39 SS ; SCHILLER (note 13), N 1099.

98 TF, 2P.301/2005 ; TF, RDAF 1986 157.

99 TF, 2C_407/2008 c. 3.3.

100 Pour une présentation générale de la question des conflits possibles entre les fonctions d'administrateur et d'avocat, cf. HENRY PETER (note 68), passim et MICHAEL PFEIFER (note 68), particulièrement p. 771 ss.

faillite, circonstances qui exposent l'administrateur à une responsabilité personnelle. Dans ce cadre, on peut imaginer le cas de l'administrateur qui aurait participé à une décision du conseil de ne pas aviser le juge du surendettement de la société ainsi que l'art. 725 al. 2 CO lui en fait obligation. Il lui sera impossible de représenter la société dans une procédure d'assainissement ou de concordat subséquente puisque sa responsabilité personnelle (art. 754 CO) sera un des sujets qui devront y être abordés.

c. Les intérêts propres de l'avocat

On l'a vu, les intérêts propres de l'avocat peuvent être la source d'un conflit d'intérêts (supra II.B.3.c). Une telle situation suit le principe général applicable à tous les conflits d'intérêts : l'avocat doit renoncer à se charger de cette affaire, de la même façon qu'il le ferait en cas de contrariété entre deux mandats confiés par des clients. Autrement dit, si les activités privées de l'avocat n'entrent pas dans le champ de l'art. 12 LLCA (supra II.A.1 in fine) et, partant, ne sont pas en elles-mêmes soumises à la prohibition des conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA), elles peuvent créer des situations conflictuelles pour l'activité professionnelle de l'avocat[101], quant à elle soumise à cette prohibition, qui le conduiront à renoncer au mandat.

B. Les conflits d'intérêts hors de l'activité judiciaire

1. En matière de conseil juridique

La doctrine se montre habituellement plus large lorsqu'il s'agit d'apprécier les conflits d'intérêts en matière de conseil juridique, par opposition à ce qui prévaut en matière de représentation judiciaire. On admet le conseil commun lorsque les intérêts des parties sont convergents[102]. Certains auteurs jugent ainsi admissible la rédaction par un avocat d'un contrat d'entreprise pour le compte de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage[103]. Cette conception ne peut être suivie que d'une manière très restrictive. Les intérêts de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage sont en effet par nature opposés et la pratique enseigne que les relations entre ces deux parties au contrat peuvent être particulièrement âpres. En négociant un contrat, il est dans l'ordre des choses que chacun s'efforce de protéger au mieux ses propres intérêts et que, partant, il recherche les moyens juridiques les plus efficaces pour y parvenir. On peut songer à cet égard à la clause de garantie de l'ouvrage, aux limitations de responsabilité ou aux modalités de paiement, clauses qui, d'ordinaire, font l'objet de négociations serrées. On ne voit pas un avocat unique exposer aux parties les

101 Dans ce sens, FRANZ WERRO (note 11), p. 238.

102 FRANÇOIS BOHNET, VINCENT MARTENET (note 81), N 1408.

103 Dans ce sens WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 12 N 99.

différentes solutions concevables et, cela fait, proposer une rédaction commune. Ce n'est donc que très exceptionnellement qu'un avocat se chargera de la rédaction d'un contrat pour le compte de toutes les parties, après avoir pu s'assurer qu'il n'existe réellement aucun point de divergence entre elles sur le contenu du contrat et la façon de le rédiger.

2. Les rétrocessions et les conventions d'apporteur d'affaires

a. Le principe des rétrocessions

Un cas particulier de conflit d'intérêts mérite un développement spécial tant il est vrai qu'il demeure assez méconnu, même si son existence en pratique est aussi réelle que silencieuse. Alors que la jurisprudence abonde en matière de conflits d'intérêts liés à l'exécution du mandat d'avocat, il est un sujet qui n'a jamais donné matière à une décision du Tribunal fédéral : celui des rétrocessions et des contrats d'apporteur d'affaires. Il arrive en pratique que des avocats concluent avec des banques ou des gérants de fortune des contrats par lesquels ils sont rémunérés, selon des conditions qui peuvent varier, en fonction des clients qu'ils leur amènent. Cette façon de faire est source de conflits d'intérêts puisque, loin de choisir la banque ou le gérant selon le seul intérêt de son client, l'avocat va se laisser guider par la considération de la rémunération qu'il recevra de tel ou tel établissement. Il s'ensuit que la question de la légitimité de ce procédé se pose.

b. Les règles applicables

Le premier constat à faire est que la LLCA est muette sur la question des rétrocessions et que, partant, c'est sur la base de l'art. 12 let. a (devoir de diligence) et c (prohibition des conflits d'intérêts) qu'il faut raisonner. Pour interpréter ces dispositions, on peut se fonder sur les normes déontologiques édictées par les associations professionnelles d'avocats aux conditions qui ont été énumérées ci-dessus (supra II.A.2). Concernant les commissions d'apports et autres rétrocessions, les normes déontologiques sont aussi claires que restrictives : l'art. 22 CSD dispose que « l'avocat ne verse aucune commission à des tiers pour leur apport de mandats. De même, il n'accepte aucune commission s'il transmet un mandat à un tiers ». Cette interdiction stricte prononcée au niveau national rejoint certaines dispositions cantonales qui préexistaient. Ainsi l'art. 7 des Usages du barreau vaudois[104] qui dispose que « l'avocat ne peut promettre ou accorder aucune rémunération, commission ou participation quelconque à un tiers en récompense de la remise d'une affaire, ni recevoir aucun avantage de ce genre ». Quant au barreau genevois, il avait interdit cette pratique par une circulaire du mois de décembre 1990 déjà[105]. Le fondement de ces interdictions déontologiques réside essentiellement dans le fait – déjà relevé en introduction

104 Contrairement à la majorité des barreaux suisses, le barreau du canton de Vaud, comme celui de Genève, a maintenu un code de déontologie après l'entrée en vigueur du CSD.

105 Ordre des avocats de Genève, *Circulaire, Bulletin N°12,* décembre 1990.

de ce chapitre – que la pratique de la commission d'apport fait perdre son indépendance à l'avocat et l'expose à une situation de conflit d'intérêts, les siens propres et ceux de son client. Autrement dit, les règles déontologiques expriment, de façon largement répandue au niveau national, une règle qui poursuit un but d'intérêt public à savoir la protection du client. Tous les critères posés par la jurisprudence pour la prise en compte des normes déontologiques dans l'interprétation du devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA sont donc réunis : cette règle déontologique constitue donc l'un des aspects du devoir de diligence institué à l'art. 12 let. a LLCA et, partant, une règle professionnelle de droit public que l'avocat doit impérativement respecter.

Sur cette base et compte tenu de l'évolution des conceptions concernant les rétrocessions en matière bancaire[106], il faut retenir qu'une convention de rétrocession ou d'apporteur d'affaire n'est pas conforme aux devoirs professionnels de l'avocat, particulièrement à son devoir de diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA.

c. La portée du consentement du client et la validité du contrat de rétrocession

Seule subsiste la question de savoir si le consentement du client, dûment informé par l'avocat de l'existence de rétrocessions en faveur de ce dernier, pourrait rendre la situation conforme au droit. Pour répondre à cette question, il est intéressant de partir de l'arrêt du Tribunal fédéral par lequel ce dernier a posé les principes régissant les rétrocessions en matière de gestion de fortune[107]. Dans sa décision, le Tribunal fédéral a relevé que la doctrine majoritaire actuelle considérait que l'art. 400 CO était de droit dispositif de sorte que les parties pouvaient modifier le régime légal : le client peut ainsi renoncer à ce que son mandataire lui restitue ce qu'il en reçu dans l'accomplissement de son mandat, notamment des rétrocessions ou des commissions d'apport d'affaires. Cela implique toutefois que le client soit préalablement informé de manière complète et conforme à la vérité. Le Tribunal fédéral a souligné que les règles professionnelles peuvent servir à interpréter et compléter le contrat. Or les règles de l'Association suisse des gérants de fortune obligent le gérant à révéler à son client l'existence de rétrocessions et à régler le sort de ces dernières[108]. En d'autres termes, le gérant peut conserver les rétrocessions qu'il reçoit, dans la mesure convenue avec son client, ce dernier ayant été préalablement éclairé sur la situation. C'est ce que la doctrine appelle l'effet guérisseur de l'information et du consentement du client[109].

106 ATF 137 III 393 = JdT 2012 II 168.

107 ATF 132 III 460 = JdT 2008 I 59.

108 Art. 6 let. c et § 25 des Dispositions d'exécutions du *Code suisse de conduite relatif à l'exercice de la profession de gérant de fortune indépendant*.

109 CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, Les rétrocessions perçues par l'avocat, in : *Défis de l'avocat au XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, 207-222, p. 207 ss.

Si l'on applique ces principes à la profession d'avocat, il faut noter qu'il existe une différence de taille entre les règles de l'Association suisse des gérants de fortune auxquelles le Tribunal fédéral se réfère et les règles déontologiques des avocats. Alors que les premières obligent à une totale transparence envers le client avant de pouvoir conclure avec lui une convention sur le sort des rétrocessions, les secondent prohibent purement et simplement la conclusion d'un contrat de rétrocession. Il faut donc se demander si, en interprétant le contrat conclu avec un avocat, le Tribunal fédéral ferait application des règles déontologiques des avocats, tout particulièrement de l'art. 22 CSD interdisant le principe des rétrocessions.

Deux situations de fait peuvent se présenter :

– Le contrat passé entre l'avocat et son client est oral ou, bien qu'écrit, ne prévoit rien sur les rétrocessions. Le juge civil sera alors obligé d'interpréter le contrat et il est probable que, selon le mécanisme décrit dans l'arrêt susmentionné – soit la référence aux règles professionnelles –, il parvienne à la conclusion que le contrat oblige l'avocat, en vertu de l'art. 400 CO, à la restitution à son client des rétrocessions qu'il a reçues de tiers. Les autorités disciplinaires y verront, quant à elles, la violation du devoir de diligence de l'avocat découlant de l'art. 12 let. a LLCA.

– Le contrat traite de la question et prévoit que les rétrocessions sont acquises à l'avocat. La situation est alors plus délicate puisqu'il faut déterminer s'il y aurait une véritable interdiction faite spécifiquement l'avocat de convenir d'une telle solution avec son client, alors que le gérant de fortune le pourrait aux conditions qui ont été énoncées plus haut. A titre préliminaire, il faut rappeler que le Tribunal fédéral se montre strict concernant la portée du consentement du client de l'avocat (sur la question générale de la portée du consentement du client en matière de conflit d'intérêts, cf. supra II.D.1). Un tel consentement n'a aucune portée concernant l'interdiction absolue de la double représentation en justice[110]. Autrement dit, un client ne peut pas valablement délier son avocat de la prohibition des conflits d'intérêts en matière judiciaire. Il en va en revanche différemment en matière de conseil juridique où l'accord des clients peut, selon la doctrine majoritaire, rendre la situation conforme à la loi[111]. *Prima facie*, le consentement du client en matière de rétrocessions pourrait donc se concevoir puisqu'il ne s'agit pas d'une matière judiciaire. Il faut cependant garder à l'esprit que la règle déontologique régissant la question et qui, par le mécanisme décrit ci-dessus constitue l'expression du devoir de diligence de l'avocat au sens de l'art. 12 let. a LLCA, prohibe purement et simplement la conclusion et la conservation des rétrocessions. L'accord du client ne peut pas en modifier la teneur. En conséquence, en violant cette interdiction, l'avocat s'exposerait à des sanctions disciplinaires.

110 TF, 2A.560/2004 c. 5 ; FRANZ WERRO (note 11), p. 244 ; WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 12 N 101.

111 WALTER FELLMANN, in Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel (éds) (note 70), LLCA 12 N 99.

On peut enfin se demander si le contrat de rétrocession conclu entre l'avocat et la banque serait nul, dans l'hypothèse où l'on devrait considérer son objet comme totalement ou partiellement illicite parce que contraire aux exigences de l'art. 12 let. a LLCA. L'art. 20 CO énonce certes que le contrat dont l'objet est illicite est nul. La formulation de ce principe est cependant trop catégorique. Il est en effet admis, de manière constante, tant par la jurisprudence que par la doctrine, que le texte légal doit être nuancé et que le seul fait que l'objet d'un contrat soit illicite n'implique pas automatiquement la nullité de ce dernier. En effet, l'illicéité n'entraîne la nullité d'un contrat que si cette conséquence juridique est expressément prévue par la disposition violée ou que, à tout le moins, elle découle de l'esprit et du but de cette dernière[112]. Tel n'est sans doute pas le cas de l'art. 12 let. a LLCA qui ne fait qu'instituer une règle de comportement de l'avocat, contrairement la lettre e) du même article qui prohibe le *pactum des quota litis* et qui constitue une source de nullité du contrat passé entre l'avocat et son client[113].

C. Les droits procéduraux du dénonciateur

Au terme de cette brève analyse des conflits d'intérêts de l'avocat dans la jurisprudence récente, une mention particulière doit être faite à un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2011 : ce dernier a en effet procédé à un important changement de sa jurisprudence concernant le droit de recourir de la personne qui dénonce à l'autorité de surveillance un avocat à qui elle reproche d'être en situation de conflit d'intérêts[114].

En règle générale, le dénonciateur n'est pas partie à la procédure provoquée par sa dénonciation ni n'a de droit de recourir contre la décision finalement rendue[115]. Cela vaut en particulier en matière disciplinaire lorsqu'une personne dénonce des faits à une autorité de surveillance[116], notamment celle des avocats[117], des notaires[118], des médecins[119] ou des banques[120]. Le fondement de ce principe réside dans le fait que le dénonciateur ne recherche

112 ATF 134 III 52 c. 1.1 = JdT 2008 I 307 et SJ 2008 I 286 ; ATF 119 II 222, c. 2 ; 117 II 47 c. 2.a ; 102 II 401 c. 2 = JdT 1978 I 492 ; PETER GAUCH, WALTER R. SCHLUEP, JÖRG SCHMID et al., *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 9ème éd., N 684.

113 BENOÎT CHAPPUIS, Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des directives de la FINMA, in Pascal Pichonnaz, Franz Werro, (éds), *La pratique contractuelle 2. Symposium de droit des contrats*, Genève 2011, p. 109.

114 ATF 138 II 162.

115 THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève 2011, N 1442.

116 THIERRY TANQUEREL (note 115), N 1446 ss.

117 ATF 135 II 145 c. 6.1.

118 ATF 133 II 468 c. 2.

119 Cour de Justice, Chambre administrative/GE, ATA/171/2012 c. 4 et 5.

120 URS ZULAUF, DAVID WYSS, DANIEL ROTH, *Finanzmarktenforcement : eingreifende Verwaltungsverfahren der Eidg. Bankenkommission zur Durchsetzung des Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen- und Geldwäschereigesetzes und Ausblick auf das Finanzmarktaufsichtsgesetz*, Berne 2008, p. 123.

généralement pas la protection d'intérêts personnels juridiques ou de fait[121]. Selon les termes du Tribunal fédéral, « la procédure de surveillance disciplinaire des avocats a pour but d'assurer l'exercice correct de la profession par les avocats et de préserver la confiance du public à leur égard, et non de défendre les intérêts privés des particuliers »[122]. Il s'ensuit que le dénonciateur est dépourvu d'un droit de recours notamment devant le Tribunal fédéral. Tout au plus admet-on en doctrine[123] que le dénonciateur est tenu informé de la suite donnée à sa démarche, ce que certaines lois prévoient parfois expressément[124].

Le Tribunal fédéral vient donc de modifier sa jurisprudence pour constater que l'interdiction de postuler d'un avocat, pour cause de conflit d'intérêts dans un cas concret, ne relève en réalité pas du droit disciplinaire, mais bien du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat. Cette décision est susceptible de toucher le client de l'avocat de manière directe, soit qu'il doive renoncer aux services de l'avocat qu'il avait retenu soit, au contraire, qu'il doive tolérer que l'avocat qui agit contre lui soit dans une situation de conflit d'intérêts à son égard. Il faut donc reconnaître à ce client un intérêt digne de protection au sens de l'art. 89 let. c LTF[125].

Le Tribunal fédéral insiste cependant à juste titre sur le fait qu'il faut distinguer cette injonction faite à l'avocat de cesser de représenter une partie – destinée à assurer l'exercice correct de la profession – des décisions de suspension provisoire ou définitive qui, elles, sont de véritables sanctions disciplinaires (art. 17 al. 1 let. d et e LLCA) et, à ce titre, soumises à la jurisprudence antérieure relative au dénonciateur.

CONCLUSION

Nul ne le discute, la traque aux conflits d'intérêts et la recherche de la transparence sont dans l'esprit du temps[126]. La multiplication des règles et des interdits en sont la conséquence. Reste à se demander s'ils atteignent toujours leur but et répondent de la meilleure façon aux préoccupations qui ont présidé à leur élaboration. Dans un article récent, Me Christophe Piguet, bâtonnier de l'Ordre des avocats vaudois, appelait ses confrères à la retenue : « Le bâtonnier constate que la prohibition du conflit d'intérêts est de plus en plus

121 THIERRY TANQUEREL (note 115), N 1442.

122 ATF 138 II 162 c. 2.1.2.

123 PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, vol. 2, *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3ème édition, Berne 2011, p. 618 ; THIERRY TANQUEREL (note 115), N 1443.

124 LPAv/GE, art. 48.

125 ATF 138 II 162 c. 2.5.2.Pour un commentaire de l'arrêt et une analyse de ses conséquences, cf. BENOÎT CHAPPUIS, NICOLAS PELLATON, *Conflits d'intérêts : autorité compétente pour en juger et voies de recours*, in Revue de l'avocat 6-7/2012, p. 316 ss.

126 Pour une illustration, cf. Ordre des Avocats de Genève, Commission de formation permanente, *Transparence et secret dans l'ordre juridique. Liber Amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genève 2010.

fréquemment invoquée sans fondement sérieux, dans le seul but apparent de mettre hors de combat l'avocat adverse, ou de le désarçonner »[127]. L'observation est fondamentale et ne se limite évidemment pas au canton de Vaud. La technique consistant à déstabiliser l'adversaire en s'en prenant à son avocat se rencontre partout, y compris en arbitrage international où le mal s'étend à la récusation des arbitres au gré de conflits d'intérêts parfois artificiellement créés.

Un autre abus de la prohibition des conflits d'intérêts consiste, pour des sociétés largement implantées dans l'économie régionale ou nationale, à confier des mandats de faible importance à de nombreuses études de façon à créer chez ces dernières des conflits d'intérêts et, de la sorte, à littéralement assécher le marché, en empêchant un client voulant initier un procès de trouver un avocat spécialiste disponible.

Trouver le juste équilibre entre, d'une part, l'application stricte d'une norme essentielle et, d'autre part, le fait d'empêcher que la rigueur des principes ne permette de détourner ces derniers de leur véritable cible constitue l'un des enjeux importants de la réglementation des conflits d'intérêts de l'avocat. Nous l'avons vu, alors que les autres professions sont appelées à aménager les situations présentant des conflits d'intérêts de façon à en limiter l'impact et les risques, la profession d'avocat est régie par un régime de stricte interdiction que même le consentement du client ne parvient pas à lever.

Cela dit, il faudra se demander si ce régime de prohibition n'est pas trop rigoureux et qu'il ne conviendrait pas, à l'instar de ce qui se fait dans les réglementations récentes afférentes à d'autres professions, de passer à un système plus souple qui admette, dans une certaine mesure, des tempéraments à l'interdiction. Autant il se justifie de considérer que l'interdiction des conflits d'intérêts est une règle essentielle de la profession d'avocat et, partant, de lui consacrer une réglementation rigoureuse, autant il sied de limiter son champ d'application aux véritables conflits d'intérêts dont la définition ne doit pas être extensive.

A cet égard, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral va dans le bon sens : intransigeante dans les principes, elle a cependant exclu les conflits d'intérêts purement théoriques du champ des interdictions afin que le principe ne se transforme pas en carcan aussi nuisible pour les avocats que pour leurs clients.

Il serait ensuite nécessaire de réfléchir à la portée du consentement lorsqu'il est donné par un client professionnel. Sans doute serait-il possible de dégager des critères selon lesquels un tel consentement pourrait être valablement donné, afin que les règles professionnelles soient plus en phase avec les réalités du marché, sans pour autant sacrifier les fondements du principe. Nombre de clients professionnels attendent aujourd'hui de pouvoir changer

127 CHRISTOPHE PIGUET, *Appel à la retenue*, La Gazette de l'Ordre des avocats vaudois, N° 36, août 2012, p. 2. Cf. également sur cette question, NICOLAS PELLATON, *La recevabilité des recours au Tribunal fédéral portant sur la capacité de postuler de l'avocat – Un avocat évincé éconduit faussement par le Tribunal fédéral*, in Revue de l'avocat 01/2012, p. 50 ss.

aisément d'avocats, selon les besoins et les spécificités de la cause, et, partant, s'attendent à retrouver demain en face d'eux ceux qui les ont représentés hier. Tout est une question de mesure et d'intensité des intérêts en jeux.

Enfin, toujours s'agissant des clients professionnels, il faudrait se montrer large dans l'application des critères permettant de plaider contre un ancien client, notamment afin d'éviter qu'un certain nombre de grands acteurs économiques créent artificiellement des conflits d'intérêts, empêchant parfois leurs parties adverses de se défendre efficacement.