

Christian M. Reiser\* et Michel Valticos\*\*

## Conflit d'intérêts: L'autorité de surveillance des avocats est-elle fondée à intervenir préventivement?

**Mots clés :** Conflit d'intérêts, autorité de surveillance, mesures provisionnelles

La loi sur les avocats, LLCA, du 23 juin 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, veut notamment, au titre des règles professionnelles, que l'avocat exerce son activité en toute indépendance (art. 12 let. b LLCA) et qu'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 (art. 12 let. c LLCA).

Le Tribunal fédéral affirme quant à lui clairement que «l'interdiction de plaider en cas de conflits d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat, qui découle de l'obligation d'indépendance rappelée à l'art. 12 let. b LLCA» (ATF 1A.223/2002 du 18 mars 2003, consid. 5.2). Sous l'angle déontologique – auquel les autorités de surveillance peuvent se référer pour interpréter le droit fédéral – le Code suisse de déontologie édicte plusieurs dispositions (art. 11–14) arrêtant les principes que l'avocat doit respecter pour éviter les situations de conflits d'intérêts.

La toute récente jurisprudence du Tribunal fédéral statuant sur l'étendue des compétences des autorités cantonales de surveillance des avocats en matière de conflits d'intérêts ne pouvait que susciter l'intérêt et, comme il se doit, réflexions et commentaires, en particulier dans un canton où la solution donnée à cette problématique se révèle différente de celle retenue par notre Cour suprême.

### I. L'arrêt du Tribunal fédéral (2A.447/2005, 2A.604/2004)

#### 1. L'état de fait

En septembre 2000, le Dr. X. et deux cliniques ont passé un accord au terme duquel le premier était engagé comme médecin disposant d'un secteur privé au Centre de compétence de chirurgie maxillaire et faciale de ces deux établissements. Etant de nationalité allemande, avec un diplôme allemand, le Dr. X., suite au retard pris dans la ratification des accords de libre circulation entre la Suisse et l'Union européenne, ne s'est vu reconnaître qu'un statut de médecin-assistant par la Direction de la santé du canton de Zurich. Il renonça alors à l'accord passé avec les deux cliniques et rechercha en lieu et place une nomination comme professeur auprès de l'Université de Zurich. En avril 2003, les deux cliniques assignent en justice le Dr. X. en dommages-inté-

rêts pour un montant de Fr. 3 500 000.–. Dans cette procédure, les cliniques sont représentées par l'avocat B., lequel était associé à l'avocat A. qui avait, sur mandat des cliniques, préparé les accords passés avec le Dr. X. En janvier 2004, l'avocat B. quittait l'Etude et renonçait à son mandat, lequel était repris par l'avocat C., qui était déjà actif dans la même Etude. Ce dernier avait toutefois par le passé conseillé le Dr. X. et trois autres médecins, à l'époque où ils négociaient une association relative à une possible activité commune au Centre de compétence maxillaire et faciale; l'avocat A. était aussi intervenu dans le cadre de ces travaux.

#### 2. La dénonciation disciplinaire

Le Dr. X. saisit l'autorité de surveillance des avocats du canton de Zurich d'une dénonciation contre les trois avocats pour «double représentation, respectivement exercice d'un mandat en situation de conflit d'intérêts». L'autorité de surveillance, après avoir ouvert une instruction disciplinaire, prononçait un non lieu, mettait les frais en Fr. 2 622.– à charge du dénonciateur, ainsi qu'une indemnité globale de Fr. 1 800.– en faveur des avocats dénoncés. L'autorité de surveillance a retenu que l'avocat A. était intervenu dans les accords de septembre 2000 comme mandataire des cliniques et qu'il pouvait ainsi que ses associés, représenter ces dernières dans l'action en dommages-intérêts contre le Dr. X.; si les avocats dénoncés ont certes aussi été actifs pour le Dr. X, cette activité s'inscrivait uniquement dans les rapports internes que les médecins concernés envisageaient pour leur association, mais en aucune manière dans une connexité factuelle ou juridique entre le Dr. X. et les cliniques.

L'autorité de recours cantonale n'est pas entrée en matière sur le recours du Dr. X., confirmant dès lors la décision de première instance avec suite de frais et dépens.

#### 3. La recevabilité du recours au Tribunal fédéral

Le Dr. X. a saisi le Tribunal fédéral qui examine son recours sous l'angle du recours de droit administratif, l'action en dommage intérêts intentée contre le Dr. X. ayant été initiée à un moment où la LLCA était déjà en vigueur.

Le Tribunal fédéral (consid. 4.1. et 4.2.) retient d'entrée de cause que la seule question que pose le cas qui lui est soumis touche à la légitimation du recourant, soulignant les strictes exigences des art. 88 et 103 let. a OJ relatives à la qualité pour recourir sous l'angle de l'existence d'une atteinte à ses droits par la décision attaquée et d'un intérêt digne de protection à ce

\* Christian M. Reiser, président de la Commission du Barreau, avocat au barreau de Genève.

\*\* Michel Valticos, ancien président de la Commission du Barreau, avocat au barreau de Genève.

qu'elle soit annulée ou modifiée. Le Tribunal fédéral rappelle que la jurisprudence a déjà retenu qu'un particulier ne peut se plaindre par la voie du recours de droit administratif du fait que l'autorité de surveillance ouvre ou classe une procédure disciplinaire contre un avocat (ATF 129 II 927 consid. 3.1.) mais qu'elle a toutefois retenu qu'en matière de surveillance des fonds de placement, un porteur de parts pouvait se voir reconnaître la qualité de partie au sens de l'art. 6 de la loi fédérale sur la procédure administrative et, partant, solliciter une mesure, une prestation ou une décision formatrice de l'autorité de surveillance (en l'espèce la Commission fédérale des banques) s'il justifiait d'un intérêt digne de protection, juridique ou de fait, pour autant qu'il soit particulier, direct et actuel (ATF 120 Ib 351 consid. 3a et 3b).

#### 4. Les conclusions en injonction de rétablissement de l'ordre légal

Dans sa dénonciation, le Dr. X. demande que soient prises les mesures propres à ce que la double représentation alléguée soit empêchée. L'autorité cantonale de dernière instance a retenu que le droit disciplinaire applicable aux avocats ne lui donne pas de compétence pour imposer à l'avocat un comportement donné dans la manière d'exercer son mandat, mais exclusivement celle de prononcer rétrospectivement des sanctions disciplinaires en cas de violation des règles professionnelles.

Le Tribunal fédéral rappelle que la LLCA régit de manière exhaustive le droit disciplinaire et qu'elle ne prévoit que les sanctions prévues en son art. 17, tout en relevant que le droit cantonal peut mettre d'autres moyens de contrôle à disposition de l'autorité de surveillance des avocats. Le Tribunal fédéral renonce toutefois à examiner si et dans quelle mesure une norme cantonale donnant compétence à l'autorité de surveillance d'imposer un comportement à l'avocat serait admissible, le droit cantonal zurichois n'apparaissant pas connaître une telle règle et le moyen n'ayant pas été invoqué par le Dr. X.

#### 5. Les limites de la compétence de l'autorité de surveillance

Fort de ce constat, le Tribunal fédéral retient qu'en pareil cas l'autorité de surveillance ne peut examiner qu'indirectement le comportement de l'avocat, lequel pourra être sanctionné ultérieurement selon l'art. 17 LLCA pour les infractions disciplinaires commises. Le rôle de l'autorité de surveillance des avocats est ainsi, selon le Tribunal fédéral, fondamentalement différent de celui de la Commission fédérale des banques qui, en cas de violation de la loi, ne doit pas se soucier seulement de prononcer des sanctions, mais également du rétablissement de l'ordre légal, dont elle est investie par l'art. 23<sup>ter</sup> al. 1 LB qui lui donne compétence de prendre les mesures nécessaires (consid. 4.3.1).

Constatant l'absence d'un intérêt digne de protection du dénonciateur, le Tribunal fédéral retient également que si l'existence du cas de double représentation allégué à l'encontre de l'avocat C. perdure ainsi, l'autorité de surveillance n'en a pas pour

autant la possibilité d'intervenir directement dans la conduite du mandat par l'avocat (consid. 4.3.2).

Le Tribunal fédéral précise encore qu'il reste loisible au dénonciateur d'agir sur le plan civil ou pénal, lorsque l'autorité de surveillance renonce à ouvrir une instruction disciplinaire ou à prononcer une sanction. Comme le droit disciplinaire applicable aux avocats doit servir l'intérêt public à l'exercice correct de la profession, non pas la défense d'intérêts personnels et privés, le dénonciateur ne saurait exiger par voie de procédure une intervention de l'autorité de surveillance (consid. 4.4.).

#### 6. Référence à l'arrêt 1A.223/2002

Il n'est pas inutile de faire ici référence à une décision plus ancienne, mais qui reste récente, de notre Haute Cour, décision faisant suite à la décision d'un juge d'instruction de dénier à un avocat le pouvoir de représenter une partie en justice.

Dans son arrêt du 18 mars 2003 (1A.223/2002), la 1<sup>ère</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral, statuant sur recours de droit administratif dans une procédure valaisanne touchant à l'admissibilité de restrictions au libre choix d'un défenseur, a tout d'abord constaté que la loi d'application cantonale ne désignait pas l'autorité habilitée à empêcher de plaider l'avocat confronté à un conflit d'intérêts, relevant toutefois (consid. 3.2) que dans la pratique valaisanne de telles décisions émanent du Tribunal saisi au fond ou du Juge d'instruction chargé de l'enquête (l'existence d'une telle pratique n'est en revanche pas établie à Genève où le juge renvoie le plus souvent l'avocat à régler une possible situation de conflit d'intérêts sous l'autorité du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats ou de la Commission du Barreau). Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral attire l'attention des autorités cantonales (consid. 3.3.) sur la nécessité de prévoir procéduralement une voie de recours contre les décisions interdisant aux avocats de plaider à raison d'un conflit d'intérêts, l'autorité saisie devant alors disposer d'un plein pouvoir d'examen.

Le Tribunal fédéral a ainsi clairement admis qu'il est en soi possible de faire interdiction à un avocat de représenter une partie en justice pour cause de conflit d'intérêts, une voie de recours cantonale devant toutefois être ouverte contre une telle injonction.

## II. La jurisprudence de la Commission du Barreau à Genève

Depuis l'entrée en vigueur de la LLCA le 1<sup>er</sup> juin 2002, la Commission du Barreau exerce à Genève les compétences dévolues à l'autorité de surveillance des avocats par la LLCA, ainsi que celles qui lui sont attribuées par le droit cantonal. Depuis la date précitée, elle a ainsi été saisie, à quelques reprises de requêtes tendant à ce qu'il soit fait interdiction à un avocat de représenter un client pour cause de conflit d'intérêts. A ce jour, trois décisions ont été rendues, lesquelles n'ont pas fait l'objet de recours au Tribunal administratif. L'autorité de surveillance genevoise a adopté une approche sensiblement différente de celle retenue

par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, s'agissant de sa compétence pour entrer en matière.

### 1. Le droit cantonal

La loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAv/Ge) en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juin 2002 a été actualisée par le législateur cantonal pour satisfaire aux exigences résultant de l'entrée en vigueur de la LLCA. La loi cantonale ne contient pas de disposition spécifique relative à l'interdiction de conflit d'intérêts, si ce n'est par référence aux exigences d'indépendance et de fidélité contenues dans le serment de l'avocat édicté par l'art. 27 LPAv/Ge. Le droit cantonal réserve à la Commission du Barreau, outre les tâches imposées par le droit fédéral, certaines compétences spécifiques dont la désignation d'un suppléant à l'avocat empêché, absent, gravement malade, décédé ou interdit, la levée du secret professionnel de l'avocat, ou encore le prononcé de l'interdiction temporaire d'un avocat (art. 9, 12 al. 3 et 44 LPAv/Ge). La législation genevoise, qu'il s'agisse des lois de procédure civile, pénale et administrative, de la loi d'organisation judiciaire ou encore de la loi sur la profession d'avocat, ne contient pas de disposition désignant l'autorité habilitée à empêcher de plaider un avocat confronté à un conflit d'intérêts. Il sied encore de relever que la LPAv/Ge ne confère pas au dénonciateur la qualité de partie à la procédure; le dénonciateur n'a en particulier pas accès au dossier (art. 48 LPAv/Ge).

### 2. Les cas dont a été saisie la Commission du Barreau

La Commission du Barreau a statué en 2005 sur trois situations distinctes, en étant saisie de «conclusions» du dénonciateur tendant à ce qu'il soit fait interdiction à un avocat de continuer à représenter une partie en justice.

Dans le premier cas, qui a conduit la Commission du Barreau à rendre sa première décision de principe, une banque dénonçait un avocat qui avait été son conseil jusqu'en janvier 2004 dans une longue procédure d'entraide (après avoir été brièvement, quatre ans plutôt, membre de son conseil d'administration) et qui s'était constitué contre elle en mars 2004 pour représenter les intérêts de son directeur général qui venait d'être licencié. La Commission du Barreau a «fait l'interdiction» à l'avocat concerné de représenter son client dans le litige l'opposant à son ancien employeur (Décision du 14 février 2005/dossier 47/04, non encore publiée).

La deuxième décision ne visait pas un problème de conflit d'intérêts proprement dit, mais l'existence d'une situation où l'indépendance de l'avocat était en cause. Dans le cadre d'une procédure judiciaire en modification d'un jugement de divorce à laquelle elle était partie, la dénonciatrice demandait à la Commission du Barreau que l'avocate de son ex-mari soit «recusée» par l'autorité de surveillance en raison des liens de parenté existant entre elle et son mandant dont elle se trouve être la nièce de sang ainsi qu'envers les deux enfants qu'a eu le couple dont les intérêts sont également en cause dans la procédure pendante. Dans un contexte de lourd conflit familial dans lequel

l'avocate se trouvait émotionnellement elle-même prise à partie, la Commission du Barreau a considéré que sous l'angle des normes relatives à l'indépendance de l'avocat, il se justifiait «d'inviter» l'avocate concernée à cesser d'occuper. Aucune sanction disciplinaire n'a pour le surplus été prononcée à son encontre (Décision du 30 mai 2005/Dossier 26/05 non publiée).

Dans le troisième cas, la Commission du Barreau était saisie d'une dénonciation disciplinaire assortie d'une demande d'injonction de cesser d'occuper à l'encontre d'un avocat qui s'était constitué dans une procédure judiciaire pour un client plaident contre une société dont l'actionnaire unique avait été représenté plus de dix ans auparavant par l'ancien associé de l'avocat dénoncé, ce dernier étant ponctuellement intervenu dans ce litige pénal largement médiatisé, sans être lui-même le dominus litis. En raison de l'écoulement du temps, de l'absence de connexité entre les procédures et d'éléments permettant de percevoir que l'avocat dénoncé puisse utilement bénéficier des connaissances acquises à l'époque, la Commission du Barreau a considéré que, sous l'angle des règles professionnelles en vigueur, une situation de conflit d'intérêts n'était pas avérée; elle a néanmoins rappelé l'obligation de l'avocat dénoncé de préserver scrupuleusement le secret professionnel qui s'attache au mandat qu'il a partiellement exercé à l'époque (Décision du 7 novembre 2005/Dossier 34/05, non encore publiée).

Ces trois décisions illustrent d'une part la volonté de l'autorité de surveillance genevoise d'entrer en matière sur les requêtes tendant à examiner préventivement l'existence d'un empêchement d'agir de l'avocat, respectivement de pouvoir prononcer, cas échéant, une mesure propre à empêcher sa perpétuation, d'autre part la portée des décisions qu'elle rend à ce titre, lesquelles vont du rejet de la requête à l'injonction de cesser d'occuper, en passant par la simple invite à renoncer au mandat, cette dernière constituant néanmoins un signal non équivoque donné à l'avocat sous l'angle du droit disciplinaire.

### 3. La justification de sa compétence par la Commission du Barreau

Tout comme le Tribunal fédéral, mais plus modestement, la Commission du Barreau (Décision du 14 février 2005, Dossier 47/04 non encore publiée) s'est interrogée sur sa compétence pour entrer en matière sur des requêtes tendant à ce qu'il soit fait interdiction à un avocat de représenter une partie en justice. Constatant que ni la LLCA, ni la loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAv/Ge) ne confère expressément une telle compétence à l'autorité de surveillance des avocats en cas de conflit d'intérêts, la Commission du Barreau s'est interrogée sur l'existence d'une éventuelle lacune de la loi. Faisant sienne l'analyse du Tribunal fédéral selon laquelle «l'interdiction de plaider en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat, qui découle de l'obligation d'indépendance rappelée à l'art. 12 let. b LLCA» (ATF 1A.223 du 18 mars 2003, consid. 5.2.), elle a considéré qu'il existe un intérêt public évident ainsi qu'un intérêt privé légitime du justiciable à permettre le prononcé d'une injonction préventive. Retenant l'existence d'une lacune propre-

ment dite de la LPAv/Ge, la Commission du Barreau a estimé pouvoir la combler par interprétation des dispositions légales applicables en la matière. Elle a ainsi retenu l'analyse suivante:

«Si les lois de procédure genevoises confèrent au juge en charge d'un dossier certains pouvoirs disciplinaires envers l'avocat (en particulier les contraventions de procédure visées aux art. 40 et 43 LPC, voire 88 LPA), le garant du respect des règles professionnelles des avocats demeure clairement l'autorité cantonale de surveillance instituée par l'art. 14 LLCA, soit à Genève, la Commission du Barreau (art. 14 LPAv). La surveillance des avocats voulue par le droit fédéral ne se limite pas à la tenue du registre cantonal et au prononcé de sanctions disciplinaires. La surveillance de la profession s'exerce également par d'autres compétences dans des domaines qui touchent tant l'intérêt public que l'intérêt du client: il en va ainsi de la levée, ou non, du secret professionnel (art. 12 al. 3 et 4 LPAv) et de la désignation d'un suppléant en cas d'empêchement de l'avocat (art. 9 LPAv). Ces décisions préventives et préalables sont, à Genève, de la compétence de la Commission du Barreau. L'interdiction faite à un avocat de représenter une partie s'inscrit dans le même concept, sans constituer une sanction disciplinaire (ATF 2A.560/2004 du 1<sup>er</sup> février 2005, consid. 8).

L'obligation d'éviter les conflits d'intérêts touche aussi au secret professionnel, que le conflit d'intérêts s'inscrive dans une problématique de double représentation ou du respect du devoir de fidélité envers un ancien client. La règle procédurale de l'art. 12 al. 3 LPAv semble ainsi adéquate, mutatis mutandis, comme règle de compétence et de procédure pour prononcer une éventuelle injonction faite à l'avocat de cesser d'occuper. En effet, une procédure permettant une première décision rapide du bureau de la Commission du Barreau, puis cas échéant de la Commission plénière, tout en garantissant une voie de recours au Tribunal administratif avec plein pouvoir de cognition, apparaît appropriée pour l'examen de ces litiges. Une solution similaire peut en outre être trouvée sous l'angle de l'art. 44 LPAv qui permet au bureau de la Commission de prononcer une interdiction temporaire de pratiquer, sous réserve du réexamen de la Commission plénière; l'injonction de cesser d'occuper faite à l'avocat peut être considérée comme une interdiction ciblée de pratiquer dont le traitement procédural n'as pas de raison d'être différent de celui de l'interdiction temporaire visée à l'art. 44 LPAv.»

La solution ainsi retenue par la Commission du Barreau permet à l'avocat faisant l'objet d'une telle décision – au contraire du dénonciateur – de saisir le Tribunal administratif, lequel aura un plein pouvoir de cognition, puis – cas échéant – le Tribunal fédéral. Les voies de recours exigées par ce dernier apparaissant ainsi garanties.

Il convient enfin de relever – ce que n'a pas fait la Commission du Barreau dans sa décision précitée – que l'art. 49 LPAv/Ge prévoit que la loi genevoise sur la procédure administrative est applicable à la LPAv; en application de l'art. 21 de la loi sur la procédure administrative, la Commission du Barreau apparaît

fondée à ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles.

### III. Quelques observations finales

#### 1. Autres sources de réflexions

Un bref et restreint détour par d'autres lois cantonales d'application de la LLCA illustre de manière assourdissante les silences sur la compétence de l'autorité de surveillance des avocats d'interdire préventivement à un avocat d'exercer son ministère pour cause de conflit d'intérêts; il en va ainsi pour la plupart des cantons romands (Valais, Vaud, Neuchâtel et Fribourg). Par contre, la loi jurassienne concernant la profession d'avocat du 3 septembre 2003 consacre l'interdiction de conflits d'intérêts (art. 6 al. 3) et attribue à la Chambre des avocats une compétence générale lui permettant d'ordonner des mesures provisionnelles (art. 19 al. 2). Une règle similaire se retrouve dans la législation de Bâle-Ville où le président de l'autorité de surveillance dispose de la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles en cas d'urgence (art. 22 al. 1 let. e Advokaturgesetz vom 15. Mai 2002; cf. aussi art. 25 de la même loi). La doctrine la plus récente admet au demeurant que les cantons puissent donner des compétences préventives aux autorités de surveillance qu'ils instituent (Poledna, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, Art. 14 N 9).

En droit procédural genevois, il doit aussi être relevé que sous l'empire de l'ancienne Loi sur la profession d'avocat de 1985 (soit avant l'entrée en vigueur de la LLCA), le Tribunal administratif avait été amené à examiner (Arrêt du Tribunal Administratif du 28 septembre 1988, cause 87.JP.773) une décision de la Commission du Barreau qui, tout en ayant renoncé à prononcer des sanctions disciplinaires, avait prononcé une injonction à l'égard des avocats concernés; à cette occasion, le Tribunal administratif n'a aucunement remis en cause le principe même d'une injonction faite par l'autorité de surveillance à des avocats en vue de rétablir une situation conforme au droit (consid. 2), quand bien même, sur le fond, l'injonction a été annulée (en l'espèce, «l'invite faite aux avocats mis en cause de supprimer toute référence à une permanence juridique dans leurs rapports avec la clientèle et à cesser de faire paraître des annonces dans la presse»). La LPAv/Ge de 1985 n'étant procéduralement pas fondamentalement différente de celle aujourd'hui en vigueur, il y a lieu de considérer que l'intervention préventive de la Commission du Barreau est reconnue de longue date par le droit public genevois.

#### 2. De lege ferenda

Si la compétence que s'est reconnue la Commission du Barreau en comblant une possible lacune du droit de procédure cantonal permet en l'état, sauf décision contraire du Tribunal administratif ou du Tribunal fédéral, de prononcer une injonction de cesser d'occuper, il apparaît souhaitable que le législateur genevois se saisisse rapidement de cette question pour ancrer cette faculté dans la loi elle-même; il devra aussi examiner la mesure dans laquelle un

droit de recours au Tribunal administratif devrait être reconnu au dénonciateur établissant un intérêt particulier, direct et actuel.

Une réflexion similaire pourrait intervenir au plan fédéral au moment où il peut être constaté que le projet de loi fédérale sur les professions médicales récemment adopté par les Chambres fédérales présente des similitudes évidentes avec la LLCA et donne à l'autorité chargée de la surveillance la compétence de prendre des mesures nécessaires pour faire respecter les devoirs professionnels (art. 41 al. 2 du projet de loi).

L'actualité de cette problématique va en effet croissante à l'heure où de grands cabinets d'avocats imposent à leurs man-

dants des conditions générales incluant une quasi autorisation de conflits d'intérêts sous couvert d'une prétendue protection du client en forme de «Chinese walls» (cf. à ce sujet not. Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, Art. 12 N 89). A Genève, l'autorité de surveillance des avocats a d'ores et déjà été amenée à émettre des réserves explicites sur la validité de telles clauses (Décision du 23 décembre 2005, Dossier 49/05, non encore publiée) qui ne peuvent que faire naître chez le client la crainte apparente d'une possible trahison de l'avocat, laquelle constituerait une sévère violation de la mission dont il est en charge. ■