

95. ATF 145 II 249-251 (2.7.2019/f; 2D_25/2018) – Critères d’aptitude. Moment du contrôle. Mention dans l’appel d’offres.

Régeste paru dans ATF. «*Les critères d’aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l’adjudicateur avant la décision d’adjudication, ce qui exclut que des éléments essentiels pour l’exécution du mandat ne soient acquis par l’adjudicataire que par la suite. Si l’adjudicateur estime qu’il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d’adjudication, qu’ils posséderont les éléments essentiels pour l’exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté, alors il doit le mentionner dans l’appel d’offres. S’il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d’une interprétation de l’appel d’offres, il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d’aptitude au moment de la décision d’adjudication (c. 3.3).*»

96. ATF 145 II 252-258 (29.8.2019/f; 2C_254/2018) – Actes de disposition visant un élément du patrimoine financier

Régeste paru dans ATF. «*Attribution à un particulier du mandat d’exploitation d’un hôtel et d’un restaurant propriétés de la Ville de Genève; droit cantonal des marchés publics; monopole communal au sens de l’art. 2 al. 7 LMI; patrimoine financier; droit à une décision.*

Demande d’un candidat éconduit, fondée sur le droit des marchés publics et sur la loi sur le marché intérieur, d’obtenir une décision en lien avec l’attribution à un particulier du mandat d’exploitation d’un hôtel et d’un restaurant propriétés de la Ville de Genève. Refus de la Ville de Genève, confirmé par la Cour de justice, qui a jugé que l’hôtel et le restaurant appartenaient au patrimoine financier (c. 3).

La Ville de Genève se trouvant dans le rôle d’offreur, l’opération d’attribution du mandat d’exploitation de l’hôtel et du restaurant ne peut être qualifiée de marché public (c. 4).

Un monopole de fait est fondé sur la maîtrise générale de la collectivité publique sur les biens publics que sont le domaine public et, sous certaines conditions, le patrimoine administratif, à l’exclusion toutefois du patrimoine financier, de sorte que la transmission de droits sur le patrimoine financier par la collectivité publique à une entreprise privée ne peut pas faire l’objet d’une concession au sens de l’art. 2 al. 7 LMI. Confirmation de l’appartenance de l’hôtel et du restaurant au patrimoine financier de la Ville de Genève (c. 5).»

6.9. Barreau

97. ATF 145 II 229-247 (4.6.2019/f; 2C_1083/2017) – Exigence d’indépendance.

Régeste paru dans ATF. «*Art. 27 Cst.; 5 al. 2 lit. d, 8 al. 1 lit. d et 13 LLCA; domiciliation d’un avocat à l’adresse d’une société anonyme fonctionnant comme plate-forme pour avocats; indépendance structurelle; risque de confusion; secret professionnel; notion d’auxiliaire; adresse professionnelle; nouvelles technologies.*

Domiciliation professionnelle d’un avocat à l’adresse d’une société anonyme dont le but est de fonctionner comme plate-forme pour avocats indépendants et de leur fournir à cet effet des services de domiciliation et/ou d’occupation des locaux. Examen de la compatibilité de cette manière d’exercer la profession d’avocat avec l’exigence d’indépendance structurelle (c. 6) et de garantie du secret professionnel (c. 7). Exigences relatives à l’adresse professionnelle, notamment au regard de l’absence de bureau dédié dans les locaux de la société (c. 8). Obligation de procéder en l’espèce à des aménagements préalables pour pouvoir exercer à l’adresse professionnelle souhaitée. Ces conditions constituent des restrictions à la liberté économique conformes aux exigences de l’art. 36 Cst. (c. 9).»

Note. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s’est penché pour la première fois sur l’utilisation d’un espace de *coworking* par une avocate. Il a estimé que son utilisation est conforme aux règles professionnelles, moyennant certains aménagements, lesquels n’étaient en l’occurrence pas réalisés, ce qui a conduit au rejet du recours. Selon une étude, on comptait 8900 espaces de *coworking* dans le monde en 2015, alors que ce chiffre est estimé à 26’300 en 2020; durant cette période, le nombre de membres a plus que quadruplé (chiffres issus de *Global Coworking Survey 2019* de Deskmag). Les avocats n’échappent pas à cette tendance: des espaces de *coworking* qui leur sont exclusivement dédiés ont vu le jour dans plusieurs grandes villes en Europe. L’utilisation d’un espace de *coworking* par un avocat aurait été inimaginable il y a encore quelques années. Comme l’ont relevé les auteurs d’un rapport sur le *coworking* pour avocats: «Il est impossible d’arriver avec des centaines de dossiers papier, une secrétaire et des collaborateurs pour recréer une équipe étanche dans des bureaux fermés» (Stanislas VAN WASSENHOVE/Olivier HAENECOUR/Adrien VAN DEN BRANDEN, *Le coworking: Une solution pour l’avocat du futur?*, Limal, 2018, p. 46). La digitalisation de l’avocat est un prérequis: il doit devenir presque *paperless* pour entrer dans un espace de *coworking* (*idem*, p. 49). En France, en 2017, un rapport sur l’avenir de la profession d’avocat recommandait de créer dans les Barreaux des espaces de travail collaboratifs s’inspirant des aménagements et de l’ergonomie rencontrés dans les jeunes entreprises innovantes (*Rapport* confié par Monsieur Jean-Jacques Urvoas, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, à Monsieur Kami HAERI, avocat au Barreau de Paris, *L’avenir de la profession d’avocat*, février 2017, p. 48). Avec la crise sanitaire

du Covid-19 fonctionnant comme un catalyseur de la transformation digitale (La crise sanitaire, catalyseur de la transformation digitale, in: *Finances News*, le 12 avril 2020, disponible sur: <https://fnh.ma/article/actualite-economique/la-crise-sanitaire-catalyseur-de-la-transformation-digitale> [<https://perma.cc/RUM4-QNUS>]), et les difficultés rencontrées par certains avocats pour couvrir leurs charges (voir Joëlle BECKER, Le revers de la médaille ou la difficulté de couvrir ses charges comme avocat indépendant, in: *La Lettre du Conseil*, N° 68, février 2020, p. 37 ss), en particulier celles liées aux locaux professionnels, un nombre croissant d'avocats pourrait se laisser tenter par le *coworking* à l'avenir. Si cet arrêt a été salué par la doctrine (voir p. ex. Tano BARTH/Grégoire GEISSBÜHLER, Domiciliation des avocats, arrêt 2C_1083/2017 du 4 juin 2017 [recte: 2019], in: *Revue de l'avocat* 2019, p. 382-385; plus critiques: Walter FELLMANN/Yvonne BURGER, Unabhängigkeit und Berufsgeheimnis bei Subdelegation durch Hilfsperson – BGer 2C_1083/2017 vom 4. Juni 2019, in: *Revue de l'avocat* 2019, p. 341 ss), il laisse comme nous le verrons de nombreuses questions ouvertes.

L'indépendance structurelle a joué un rôle décisif dans cet arrêt. Après avoir examiné les conditions générales pour la domiciliation et l'occupation des locaux imposées à l'avocate, le Tribunal fédéral a estimé qu'elles révèlent «un réel déséquilibre des rapports contractuels» en faveur de la société responsable de l'espace de *coworking* et placent l'avocate «dans une situation d'insécurité», ce qui n'est pas compatible avec l'exigence d'indépendance structurelle (c. 6.5). Cet examen des conditions générales sous l'angle de l'indépendance structurelle doit être approuvé (pour une critique: voir FELLMANN/BURGER, *op. cit.*, p. 345). Il devrait à notre avis s'étendre aux plateformes en ligne sur lesquelles les avocats s'inscrivent pour être mis en relation avec des clients (Débat sur l'innovation dans la profession d'avocat, in: *plaidoyer* 2/20, p. 6 ss). L'examen de ces conditions générales représente cependant une tâche fastidieuse. On peut craindre que les autorités de surveillance des avocats n'aient pas le temps de procéder à ces vérifications. Une solution serait que les Ordres professionnels créent des espaces de *coworking* pour leurs membres, en leur proposant des conditions générales conformes aux règles professionnelles. Une autre solution serait d'imposer l'utilisation d'un modèle de convention. C'est la solution prévue en France par le Barreau de Paris; le *Règlement Intérieur du Barreau de Paris* (ci-après: RIBP; dernière mise à jour le 17 février 2020), à l'annexe XVIII, prévoit un modèle de convention de domiciliation et un modèle de clauses devant impérativement figurer dans le contrat conclu entre un centre d'affaires et un avocat souhaitant y établir son domicile professionnel. Concernant la domiciliation, le modèle de convention exige qu'un espace de rangement personnel fermant à clé soit mis à la disposition du domicilié pendant la durée de sa présence au cabinet. Le domicilié s'oblige par ailleurs à limiter le nombre de domiciliations par salle de réunion ou bureau mis à disposition, à une occupation cumulée de 50 heures par semaine maximum et avertir immédiatement les services de l'Ordre de toute rupture de la convention et de l'absence ou de la disparition prolongée du domicilié. Le contrat est conclu pour une durée d'une année et le délai de préavis est d'un mois. S'agissant des espaces de *coworking*, le modèle de convention prévoit les clauses suivantes:

«**Bureau:** Le prestataire met à disposition de l'avocat un bureau complet, privatif, exclusif et fermant à clef. Il est permis au prestataire de modifier l'attribution du bureau de l'avocat en lui accordant un délai de préavis d'un mois minimum. Le bureau mis à disposition doit présenter une opacité de l'extérieur suffisante pour assurer le respect du secret professionnel et la confidentialité des travaux effectués au sein du bureau.

Salle d'attente (le cas échéant): Le prestataire garantit que des salles d'attente privées, ou offrant des conditions de discrétion suffisantes pour les clients, soient disponibles pour l'avocat, afin que ses clients soient reçus dans la plus grande confidentialité.

Salle de réunion (le cas échéant): La salle de réunion doit garantir le respect du secret professionnel et la confidentialité des échanges.

Services communs (le cas échéant):

- Imprimantes: Le prestataire met à disposition de l'avocat une imprimante sur laquelle les documents ne peuvent être édités qu'en présence de l'avocat après composition d'un code personnel;

- Serveur informatique: Le serveur informatique mis à disposition par le prestataire doit être strictement distinct de celui de l'avocat.

Clauses de déplacement du mobilier et d'accès du Prestataire au bureau:

- Le Prestataire ne pourra effectuer une visite dans le local qu'en présence de l'avocat concerné, après avoir pris rendez-vous avec ce dernier, hormis pour le ménage et les réparations urgentes;

- La disposition du bureau ne pourra être modifiée qu'en présence de l'avocat, après que ce dernier en ait été avisé;

- Le prestataire s'interdit toute intervention sur le matériel informatique de l'avocat;

Clauses sur la vidéosurveillance: La mise en place de caméras de sécurité au sein du centre d'affaires ne peut qu'être conçue restrictivement, conformément aux exigences de confidentialité et du respect du secret professionnel. L'emplacement précis de chaque caméra de sécurité doit être prévu expressément. Les caméras ne peuvent en aucun cas capter et/ou enregistrer d'images à l'intérieur des espaces à disposition de l'avocat. Les enregistrements ne peuvent être consultés qu'en présence du Bâtonnier ou de son délégué.

Clause d'arbitrage: Tout différend né à l'occasion de la présente convention sera soumis au Règlement d'Arbitrage du Centre de Règlement des Litiges Professionnels.

Clauses de résiliation: La faculté de résiliation doit être ouverte aux deux parties au contrat. Le prestataire ne saurait reprendre possession des locaux occupés qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suite à la mise en demeure infructueuse, en présence de l'avocat, et à défaut en l'ayant convoqué et en présence du Bâtonnier ou de son délégué.»

Les clauses précitées sont très détaillées; elles imposent au prestataire une série d'obligations concernant l'aménagement de leurs locaux. Il s'agit sans doute du prix à payer pour offrir et garantir des prestations minimales aux avocats et à leurs clients. Etant donné que les espaces de *coworking* seront principalement utilisés par de jeunes avocats en début de carrière et travaillant seuls, le risque qu'ils se voient imposer des conditions défavorables n'est pas négligeable. Une solution, moins contraignante et plus respectueuse de la liberté contractuelle, serait de proposer aux parties des modèles de convention approuvés par les Ordres professionnels.

Toujours sous l'angle de l'indépendance structurelle, le Tribunal fédéral a mis en évidence un risque de confusion: il faut éviter que le client soit amené à penser que l'avocat exerce son activité dans le cadre d'une étude d'avocats traditionnelle ou d'une société d'avocats. Les inquiétudes du Tribunal fédéral sont justifiées. Un client qui a rendez-vous avec un avocat dans les locaux luxueux d'un espace de *coworking*, à une adresse prestigieuse, pourrait penser

à tort qu'il confie ses intérêts à un grand cabinet d'avocats, alors que son mandataire travaille en réalité seul, et le plus souvent à son domicile. Cette situation doit être évitée. Il faut à notre avis limiter les références à l'espace de *coworking*, de préférence, à la seule adresse professionnelle, afin d'éviter que le client s'imagine qu'il s'agit d'une étude d'avocats. Chaque membre de l'espace de *coworking* devrait utiliser son propre papier à en-tête, sa propre adresse e-mail, ses propres cartes de visite, et un numéro de téléphone personnel. L'avocat devrait également expliquer à son client que les autres membres de l'espace de *coworking* ne sont ni ses collègues ni ses associés. L'avocat devrait aussi éviter d'apparaître comme un employé de la société qui gère l'espace de *coworking*: si tous les actionnaires ou associés de cette société ne sont pas des avocats inscrits dans un registre, l'avocat pourrait violer l'article 8 al. 1 lit. d LLCA. D'autres questions sont plus délicates. Une étude composée de plusieurs avocats pourrait-elle prendre domicile et travailler dans un espace de *coworking*? Le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question. A première vue, si les locaux peuvent être aménagés pour que les avocats «de la même étude» puissent collaborer entre eux sans violer leur secret professionnel, cela ne paraît pas inenvisageable. Cela pourrait cependant créer un risque de confusion supplémentaire: certains avocats devront faire un effort pour apparaître indépendants les uns des autres, alors que d'autres collaboreront entre eux. Vu de l'extérieur, il n'est pas certain que les clients y comprennent encore quelque chose. Or l'avocat ne doit pas seulement être indépendant, il doit aussi apparaître indépendant. D'autre part, un avocat indépendant membre de l'espace de *coworking* pourrait-il collaborer sur un dossier avec un autre avocat indépendant ou un autre professionnel membre du même espace de *coworking*? A notre avis, l'avocat violerait son secret professionnel en partageant des informations avec un tiers, même s'il s'agit d'un avocat, à moins que le client accepte de délier l'avocat de son secret professionnel à l'égard du tiers, et qu'il le fasse en toute connaissance de cause. Relevons encore que la possibilité pour un avocat inscrit dans un registre de partager ses locaux avec des tiers non-avocats contreviendrait à la loi cantonale genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (art. 10 al. 1 LPAV; E 6 10), ainsi qu'à certaines règles déontologiques cantonales (voir p. ex. l'art. 9 des *Usages* du Barreau vaudois et l'art. 14 des *Us et coutumes* de l'Ordre des avocats fribourgeois).

Cet arrêt apporte des clarifications importantes concernant le secret professionnel, en particulier s'agissant de la notion d'auxiliaire de l'article 13 al. 2 LLCA. Le Tribunal fédéral a précisé que le professionnel externe chargé de la conservation et de la protection à distance des données informatiques de l'avocat doit être considéré comme un auxiliaire (c. 7.3). Il n'est donc pas exclu d'après le Tribunal fédéral que l'auxiliaire soit une personne extérieure à l'étude, et que l'auxiliaire soit une personne morale et/ou qu'il emploie du personnel. En revanche, le Tribunal fédéral a estimé que «l'importance cardinale du secret professionnel de l'avocat [...] commande une limitation raisonnable du cercle des personnes qui ont accès aux informations secrètes et des mesures suffisantes pour sécuriser ces informations» (c. 7.4 et la réf. cit.). D'après le Tribunal fédéral, il n'est pas admissible qu'un avocat accepte qu'un auxiliaire puisse faire exécuter par un tiers tout ou partie des tâches qu'il s'est engagé à lui fournir (situation de sous-délégation). Enfin, l'auxiliaire doit également

prendre l'engagement par écrit de respecter et de faire respecter de manière générale par ses employés le secret professionnel de l'avocat (c. 7.5).

En résumé, si l'on comprend bien l'arrêt du Tribunal fédéral, la société de *coworking*, considérée comme un auxiliaire de l'avocat, ne pourrait pas offrir à l'avocat un service de *cloud* ou un accès à Internet en recourant à des prestataires tiers. En effet, les personnes ou les sociétés offrant ces services ne sont en principe pas des employés de la société de *coworking*, mais des mandataires indépendants de la société en question. Ces prestataires doivent être considérés comme des tiers par rapport à l'avocat, et non comme ses auxiliaires. Ainsi, s'il ne veut pas violer son secret professionnel, l'avocat devra conclure un contrat directement avec les prestataires en question, au lieu de passer par un intermédiaire. FELLMANN/BURGER (*op. cit.*, p. 345) estiment que le Tribunal fédéral a considérablement restreint le cercle des auxiliaires de l'avocat; ils se demandent si la profession d'avocat peut s'accommoder de cette solution dans la société de services moderne, où les spécialistes ont souvent besoin de spécialistes qui ne sont plus en relation contractuelle avec le mandant. Ce questionnement est légitime. Cependant, la solution du Tribunal fédéral est également compréhensible: il souhaite éviter que l'avocat ne soit plus en mesure de veiller à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel, étant rappelé qu'il s'agit d'une obligation légale (voir l'art. 13 al. 2 LLCA). En effet, l'avocat peut difficilement veiller à ce que le sous-délégué, qu'il ne connaît peut-être pas ou dont il ignore l'existence, respecte son secret professionnel, étant donné qu'il a été mandaté directement par l'auxiliaire de l'avocat, et non par l'avocat lui-même. Il aurait certes été possible d'élargir le cercle des auxiliaires de l'avocat en qualifiant le sous-délégué d'auxiliaire de l'avocat. Il fallait cependant poser une limite et le Tribunal fédéral a tranché.

Il faut par ailleurs avoir conscience que l'utilisation des nouvelles technologies peut fragiliser le secret professionnel de l'avocat (dans ce sens: Michel BÉNICHOU, Le secret professionnel soumis aux technologies nouvelles, in: *Dalloz Avocats*, N° 11, novembre 2018, p. 378 ss; sur les conséquences d'une atteinte à la cybersécurité et les recommandations pour réduire les risques, voir Jérôme GURTNER, Les nouvelles technologies et la responsabilité des avocats, in: Chr. Chappuis/B. Winiger (édit.), *Responsabilité civiles et nouvelles technologies*, Genève/Zurich, 2019, p. 49-63). L'utilisation d'un espace de *coworking* accentue cette fragilisation. Une étude d'avocats traditionnelle est conçue comme un espace délimité, une sorte de sanctuaire. En revanche, comme le relèvent les auteurs d'un rapport sur le *coworking*, «[l']image de l'espace de *coworking*, lieu de partage et d'émulation collective, semble bien éloigné de la discrétion feutrée qui sied au secret professionnel» (VAN WASSENHOVE/HAENECOUR/VAN DEN BRANDEN, *op. cit.*, p. 53). A notre sens, l'avocat membre d'un espace de *coworking* devra être plus vigilant que l'avocat travaillant dans une étude traditionnelle. Il devra s'assurer de pouvoir répondre aux appels téléphoniques dans une pièce fermée, afin d'éviter que d'autres personnes entendent ses conversations téléphoniques. Il devra également faire attention aux impressions qui ont été transmises à l'imprimante commune, mais qui n'ont pas été imprimées en raison d'un dysfonctionnement. Aux Etats-Unis, certains espaces de *coworking* exigent que les nouveaux membres signent des accords de confidentialité promettant que s'ils entendent un autre avocat ou voient des documents confidentiels, leurs lèvres resteront

scellées (Angela MORRIS, *The Coworking Frontier, Flexible Office Space Gains a Foothold in the Legal Industry, Thanks to Attorney-Exclusive Services*, in: *ABA Journal*, juin 2019, p. 34-35, p. 35).

Le Tribunal fédéral n'a pas examiné la question des conflits d'intérêts dans le cadre de l'espace de *coworking*. La société responsable de l'espace de *coworking* a expliqué qu'elle avait créé un système informatique destiné à parer à d'éventuels conflits d'intérêts: les avocats devaient accéder à un espace personnel au moyen d'un mot de passe et y entrer le nom de tous leurs nouveaux clients et de leur partie adverse, et le système détectait automatiquement un conflit d'intérêts. A notre sens, la première question à résoudre est de savoir si les règles sur les conflits d'intérêts s'appliquent de la même manière à un espace de *coworking* qu'à une étude d'avocats.

Le *Code suisse de déontologie* (CSD) précise que les dispositions relatives aux conflits d'intérêts s'appliquent tant à l'étude qu'à ses membres (art. 14 al. 1). Or l'espace de *coworking* n'est pas une étude d'avocats, mais un espace composé de plusieurs avocats indépendants. Dans ce cadre, si les avocats membres de l'espace de *coworking* sont indépendants les uns des autres, nous ne voyons pas pour quelles raisons les règles sur les conflits d'intérêts devraient s'appliquer à l'espace de *coworking*. Soit l'espace de *coworking* est considéré comme une étude d'avocats, et les membres doivent échanger entre eux pour détecter les conflits d'intérêts, soit il ne l'est pas, et les membres violeront leur secret professionnel s'ils partagent entre eux des informations soumises au secret professionnel, à moins qu'ils utilisent un système de détection automatique des conflits d'intérêts. Cependant, dans ce dernier cas, on peut s'interroger sur la nécessité de vérifier les conflits d'intérêts si les avocats sont indépendants les uns des autres.

Le *Code de déontologie* belge apporte une réponse plus précise à la question. La disposition est rédigée en ces termes (art. 5.48):

«Les avocats exerçant leurs activités en commun ou dont la communication vers le public les fait apparaître comme exerçant leurs activités en commun sont soumis entre eux aux mêmes règles de conflit d'intérêts que l'avocat exerçant individuellement sa profession.

Il en est de même pour les avocats exerçant leurs activités en utilisant la même organisation ou structure matérielle, telle que l'usage en commun de locaux, à moins que, d'une part, il ne puisse pas en être raisonnablement déduit qu'ils exercent leur profession en commun et que, d'autre part, l'étanchéité entre leurs dossiers respectifs soit assurée (mis en italique par l'auteur).»

En l'occurrence, si les deux conditions du second alinéa de l'article 5.48 sont remplies, le *coworking* n'entraîne *a priori* pas l'application des règles sur les conflits d'intérêts entre les membres de l'espace de *coworking* (dans ce sens: VAN WASSENHOF/HAEDECOUR/VAN DEN BRANDEN, *op. cit.*, p. 58). Cette solution est logique, sous réserve qu'il soit possible de vérifier «l'étanchéité» des dossiers des avocats. Cependant, l'application des règles sur les conflits d'intérêts entre les membres de l'espace de *coworking* pourrait être motivée par la crainte que les avocats partageant les mêmes locaux violent leur secret professionnel par inadvertance. Le commentaire 7 de l'art. 3.3-1 du *Code de déontologie* du Barreau de l'Alberta (état au 20 février 2020) va dans cette direction; il suggère d'appliquer les règles sur les conflits d'intérêts aux

avocats qui partagent les mêmes locaux, même s'ils sont indépendants les uns des autres:

«When lawyers share space, the risk of advertent or inadvertent disclosure of confidential information is significant even if the lawyers involved exert efforts to insulate their respective practices. Consequently, the definition of "law firm" includes lawyers practising law from the same premises but otherwise practising law independently of one another. To comply with Rule 3.4 regarding Conflicts, lawyers in space-sharing arrangements must share certain confidential client information with each other. For example, it will be necessary to know the identities of clients of the other lawyers to determine when conflicts exist. When a conflict check shows that a person against whom one of the lawyers wishes to act was previously represented by another of the lawyers, those lawyers may need to discuss the nature of any confidential information possessed by the previous lawyer. Accordingly, the implied consent to disclosure of information referred to in Rule 3.3-1 extends to all lawyers practising in such an arrangement».

Il faut espérer que le Tribunal fédéral clarifie la question de savoir si les règles sur l'interdiction des conflits d'intérêts s'appliquent à l'espace de *coworking*. Toutefois, si l'on s'en tient au texte de l'article 14 al. 1 CSD, la réponse devrait *a priori* être négative, ce qui signifie que les avocats partageant un espace de *coworking* ne devraient pas échanger entre eux pour détecter les conflits d'intérêts.

Le Tribunal fédéral a enfin examiné les exigences liées à l'adresse professionnelle de l'avocat (voir l'art. 5 al. 2 lit. d LLCA). Compte tenu des possibilités offertes par les nouvelles technologies, il s'est demandé dans quelle mesure l'exigence selon laquelle l'avocat doit pouvoir disposer d'un bureau physique au lieu de son adresse professionnelle est toujours justifiée (c. 8.3). Le Tribunal fédéral a précisé à ce sujet que l'admissibilité du recours à de nouvelles méthodes de travail pour exercer la profession d'avocat doit être examinée de cas en cas et sans schématisme excessif. Ce message est réjouissant: il signifie que le Tribunal fédéral est prêt à accompagner la mutation et la transformation de la profession d'avocat. A notre sens, les autorités de surveillance et les tribunaux pourraient parfois être tentés d'écarter trop rapidement de nouvelles méthodes de travail ou de nouveaux services proposés aux avocats. Dans un arrêt récent, le Tribunal cantonal fribourgeois a sanctionné un avocat qui avait mis en place et utilisé une plateforme pour avocats proposant des consultations juridiques téléphoniques de vingt minutes pour un montant de deux francs par appel (arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 7 octobre 2019, 601 2019 14). Le Tribunal cantonal a vu dans ce service une «contradiction insurmontable» entre les intentions de l'avocat partenaire – faire de l'appelant son mandant – et les attentes de l'appelant – la recherche d'une permanence juridique pour un prix symbolique de 2 francs. Ce raisonnement ne convainc guère. Les contradictions soulevées par le Tribunal cantonal existent de manière identique dans une permanence juridique organisée par un Ordre des avocats qui facture vingt minutes de consultation à 30 francs. Sur le principe, on ne voit pas en quoi un service public permettrait d'aligner parfaitement les intentions de l'avocat et les attentes du client, alors qu'un service privé, certes facturé à l'avocat, devrait être perçu comme un leurre visant l'obtention de nouveaux mandats. Dans les deux cas, les avocats sont soumis

aux mêmes règles professionnelles. De plus, les clients se rendent bien compte qu'il est impossible de régler tous les problèmes juridiques en vingt minutes, ce que les *avocats* auront de toute manière l'*obligation de leur rappeler* (pour un avis différent sur cet arrêt, voir Christian DELALOYE, *Plateforme juridique* en ligne: «t'as pas deux balles?», in: *Revue de l'avocat* 2020, p. 175 ss.).

En résumé, il ressort de l'arrêt du Tribunal fédéral que l'avocat doit disposer d'un local physique à son adresse professionnelle, étant toutefois précisé que ce local ne doit pas forcément être une étude d'avocats traditionnelle. En Suisse, il n'est pas (encore) possible pour un avocat de fournir des services juridiques exclusivement par le biais d'une étude d'avocats virtuelle (sur la question, voir Jérôme GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles aux États-Unis et en Suisse – Réalité ou fiction?* in: *RDS* 2014/1, p. 319-345). Aux États-Unis, cette possibilité est admise dans certains États, à certaines conditions (pour un avis récent, voir Ohio Board of Professional Conduct, *Opinion* 2017-05, le 9 juin 2017, «Virtual Law Office»). Relevons qu'une étude d'avocats virtuelle est souvent combinée avec des bureaux partagés ou un espace de *coworking* (*idem*, p. 4). Cette méthode de travail devrait être admise en Suisse. Le plus important est que l'avocat soit accessible pour ses clients, ses confrères, les autorités et les tribunaux. Dans une affaire récente, l'*Anwaltskammer* du canton de Saint-Gall a sanctionné d'une amende de 1000 francs pour violation de l'article 12 lit. a LLCA un avocat qui n'avait pas été disponible par téléphone ou par courriel pendant plusieurs mois (KGer SG, *Anwaltskammer*, AW.2019.24, du 19 septembre 2019; voir aussi David JENNY, *Anwaltliche Erreichbarkeit im digitalen Zeitalter*, in: *ius.focus*, mars 2020, N° 3). L'autorité a également estimé que les juridictions pénales et civiles n'étaient pas obligées de communiquer avec l'avocat par des moyens électroniques (*idem*, c. 2b).

(J.G.)

98. ATF 145 IV 218-227 (14.3.2019/f; 1B_510/2018) – Art. 12 lit. c LLCA. Interdiction de plaider; conflit d'intérêts en cas de changement d'étude d'un avocat collaborateur.

Régeste paru dans ATF. «*L'incapacité de représentation affectant un avocat en cas de conflit d'intérêts s'étend en principe à tous les avocats exerçant dans une même étude au moment de la constitution du mandat, peu importe leur statut (associés ou collaborateurs; c. 2.2).*

Un conflit d'intérêts peut également surgir lorsqu'un avocat collaborateur change d'étude (c. 2.2). La connaissance par ce dernier, en raison de son précédent emploi, d'un dossier traité par le nouvel employeur constitue l'élément déterminant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret qui doit être évité, ce que permet la résiliation du mandat par le nouvel employeur (c. 2.3). Tel n'est en revanche pas le cas de la mise en place de barrières ou de cloisonnements ("chinese walls") au sein de la nouvelle étude (c. 2.4).»

Note. Cette affaire concerne les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet par un avocat collaborateur. L'état de fait, bien que très peu détaillé, peut être résumé comme suit: une avocate G., employée auprès d'une étude d'avocats F., avait eu connaissance du dossier d'un client prévenu D. et avait rencontré celui-ci, avant de rejoindre une étude d'avocats E., dont les associés B. et C. représentaient la partie plaignante A. L'étude F. avait cessé de représenter le prévenu D. et un nouvel avocat lui avait succédé. Le prévenu D., agissant par son nouveau conseil, avait fait valoir l'existence d'un conflit d'intérêts, car G., qui travaillait désormais au sein de l'étude E., avait eu accès à son dossier auprès de son précédent employeur F. Les deux avocats de l'étude E. faisaient quant à eux valoir que l'avocate G. ne travaillait pas sur ce dossier, était active dans un autre département, ne leur avait jamais parlé de son activité préalable, ne faisait pas partie des cinq avocats de l'étude F. auxquels ils avaient été confrontés et n'avait pas d'accès informatique à ce dossier. En s'appuyant sur l'avis de la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral a estimé que la connaissance par l'avocate G. en raison de son précédent emploi d'un dossier traité par le nouvel employeur constitue l'élément déterminant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret qui doit être évité (c. 2.3). Il était ainsi justifié d'interdire aux avocats B. et C., respectivement aux autres avocats de l'étude E., de continuer de représenter la partie plaignante. L'arrêt a suscité de nombreuses critiques (de manière non exhaustive: voir Benoît CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflits d'intérêts – Réflexions sur la liberté économique de l'avocat-collaborateur, in: *Revue de l'avocat* 11-12/2019, p. 511-517; Jeremy BACHARACH, Changement d'étude et conflit d'intérêts, in: *Revue de l'avocat* 5/2019, p. 213-219; Tano BARTH/Michel José REYMOND/Maïkl GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018, in: *Jusletter* du 1^{er} juillet 2019). Il est notamment reproché au Tribunal fédéral de ne pas avoir recouru à une analyse comparatiste, d'entraver la faculté de mobilité des avocats collaborateurs d'une étude à l'autre, ou de ne pas avoir rendu une décision pouvant servir de modèle pour tous les changements d'étude des avocats collaborateurs. De plus, le conflit d'intérêts ne serait pas concret pour satisfaire aux conditions de l'article 12 lit. c LLCA.

Le cas tranché par le Tribunal fédéral n'est pas nouveau. La Cour suprême du Canada s'est penchée sur un état de fait similaire dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin* (3 R.C.S. 1235 [1990]; ci-après: l'arrêt *MacDonald*). Dans cette affaire, Kristin Dangerfield, avocate, avait représenté une partie dans un cabinet, avant d'entrer dans un second cabinet qui représentait la partie adverse. Dangerfield et les associés du second cabinet avaient déclaré sous serment que le dossier n'avait pas fait l'objet de discussions depuis que Dangerfield était entrée dans le cabinet et qu'il n'en ferait pas l'objet par la suite non plus. Le client du premier cabinet avait demandé de déclarer le second cabinet inhabile à continuer de représenter la partie adverse. D'après le juge SOPINKA de la Cour suprême du Canada, ce type d'affaires soulève d'ordinaire deux questions: «premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?» (arrêt *MacDonald*, p. 1260). Ces deux questions seront examinées successivement.

Première question: l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Dans l'arrêt *MacDonald*, le juge CORY a répondu par l'affirmative à cette question: «De l'aveu de tous, Kristin Dangerfield a travaillé activement au dossier à l'égard duquel le nouveau cabinet qui l'emploie agit contre son ancien client. Elle a donc appris des faits confidentiels pertinents» (arrêt *MacDonald*, p. 1264). Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a relevé que l'avocate avait eu «connaissance du dossier» du prévenu et l'avait rencontré, avant de rejoindre l'étude d'avocats représentant la partie plaignante. Il est vrai que l'état de fait est succinct: on ignore le degré de connaissance de l'avocate de ce dossier et son implication dans celui-ci. On ne peut cependant pas nier que des informations couvertes par le secret professionnel lui ont été communiquées lors de son précédent emploi. Il est pourtant nécessaire de se demander quel est le degré de connaissance que l'avocat doit avoir d'un dossier et si n'importe quelle information couverte par le secret professionnel est suffisante. En raison de la taille de certains cabinets, il n'est en effet pas exclu qu'un avocat travaille sur certaines questions procédurales et techniques dans des affaires impliquant un client, sans acquérir des connaissances factuelles spécifiques à propos de ce client (Geoffrey C. HAZARD *et al.*, *The Law of Lawyering*, Vol. 1, 4^e éd., 15-42/43, 2019, 2016-1 Supplement, citant *Silver Chrysler Plymouth, Inc. V. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 [1975]). Dans l'arrêt *MacDonald*, le juge SOPINKA a traduit et cité le passage suivant du jugement américain *Silver Chrysler Plymouth* précité (arrêt *MacDonald*, p. 1251-1252):

«[Traduction] Il est indéniablement vrai que dans le cadre de leur travail dans de grands cabinets d'avocats, les associés recueillent les confidences de certains de leurs clients. Toutefois, il serait absurde de conclure que dès leur entrée en fonction, ils connaissent le nom de tous les clients du cabinet, le contenu de tous les dossiers relatifs à ces clients ainsi que toutes les communications confidentielles faites par les dirigeants ou par les employés des clients à un avocat du cabinet. De toute évidence, une telle osmose juridique ne se produit pas. Le simple énoncé d'une telle proposition devrait se référer de lui-même [...].

Par conséquent, bien que notre cour de circuit ait reconnu que l'on puisse tirer la présomption qu'un avocat qui était associé dans un cabinet a lui-même reçu des renseignements confidentiels transmis par un client au cabinet, cette présomption est réfutable».

Ces remarques sont pertinentes. L'avocat devrait toujours pouvoir prouver qu'il ne possède aucune connaissance d'un dossier ou seulement des connaissances superficielles. S'il est certes compliqué d'apporter la preuve d'un fait négatif (voir BACHARACH, *op. cit.*, p. 216 et les réf. cit.), l'avocat pourra par exemple établir qu'il était absent le jour où le client s'est rendu au cabinet.

Comment aborder le cas d'un avocat qui n'aurait pas personnellement traité l'affaire d'un client avant de changer de cabinet, mais qui aurait partagé les mêmes locaux que ses anciens collègues responsables du dossier? La possibilité que les associés aient échangé de manière informelle sur le dossier serait-elle suffisante pour admettre que l'avocat connaît le dossier? En France, dans une affaire similaire, la Commission de déontologie de l'Ordre des avocats de Paris a estimé que se trouve en situation de conflits d'intérêts, du seul fait d'avoir appartenu au même groupement d'exercice ou mis leurs moyens en commun, l'avocat qui est opposé au client de ses anciens collaborateurs, à

l'époque où était élaborée la stratégie de défense de celui-ci, la circonstance qu'ils ne traitaient jamais les mêmes dossiers étant inopérante (avis du 2 juin 2012, dossier N° 230487). A l'inverse, dans une ancienne affaire (*Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831), les juges anglais ont admis qu'un *solicitor* pouvait représenter un client, alors que son unique associé avait au préalable été consulté par la partie adverse dans le même dossier. Il avait été établi que le *solicitor* en question n'avait jamais vu l'ancien client de son associé, qu'il était parti en vacances au moment où l'ancien client du cabinet avait consulté son associé, qu'il ne savait rien de ces consultations, et qu'il n'avait jamais vu des documents ou des procédures en lien avec ce dossier.

A notre avis, il serait excessif de retenir une présomption irréfragable de partage des connaissances entre les anciens associés du cabinet. Chaque situation doit être examinée individuellement. S'il est établi que l'avocat ne dispose d'aucune connaissance d'un dossier traité dans la première étude, aucun conflit d'intérêts ne doit être retenu et le raisonnement devrait s'arrêter là.

Deuxième question: y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Concernant l'avocate qui est entrée dans le second cabinet, la réponse est claire: elle ne peut pas représenter la partie adverse. L'article 13 du *Code suisse de déontologie* (CSD) 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».

La question est moins claire concernant les autres membres du second cabinet. Ces derniers sont-ils censés savoir ce que sait leur nouvelle collègue? En d'autres termes, l'incapacité de représentation affectant l'avocate qui entre dans une étude rejallit-elle sur ses nouveaux collègues? Le juge canadien SOPINKA, dans une opinion majoritaire à quatre juges, écrivait ce qui suit: «A mon avis, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué» (arrêt *MacDonald*, p. 1260). Il observait cependant que l'avocat aura de la difficulté à s'acquitter de ce fardeau. D'après lui, le point de vue de certains tribunaux – si l'un des membres d'un cabinet ne peut pas agir, aucun ne le peut – est une «présomption irréaliste à l'ère des mégacabinets» (arrêt *MacDonald*, p. 1261). Il ajoutait qu'il y a pourtant fort à «présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels» (arrêt *MacDonald*, p. 1262).

Le juge CORY, dans une opinion minoritaire concordante à trois juges, critiquait l'opinion majoritaire (arrêt *MacDonald*, p. 1265). Selon lui, quand un avocat qui s'est engagé substantiellement auprès d'un client dans une affaire contentieuse en cours se joint à un autre cabinet qui occupe pour une partie adverse, il existe une présomption irréfragable que ce qui est connu de cet avocat, y compris les renseignements confidentiels que lui a confiés l'ancien client, est désormais connu du nouveau cabinet. Il motivait sa position comme suit (arrêt *MacDonald*, p. 1265-1270):

«Mon collègue a affirmé que, pour statuer sur ce pourvoi, il fallait sopeser trois valeurs distinctes: la préservation de notre système judiciaire et de son intégrité; le droit des justiciables de ne pas être privés sans raison valable de la faculté de choisir leur avo-

cat; la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession d'avocat.

Le plus important de ces facteurs, le plus impérieux, est la préservation de l'intégrité de notre système judiciaire. La nécessité de choisir un autre avocat causera certainement des inconvénients au client, et entraînera des problèmes et des soucis. Les avocats jugeront peut-être importante la mobilité professionnelle. Mais l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale pour le pays, et en fait pour toutes les sociétés libres et démocratiques, qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif quand il s'agit de déterminer le poids relatif de ces trois valeurs.

Les avocats font partie intégrante de notre système judiciaire et y jouent un rôle absolument indispensable. C'est à eux qu'il incombe de préparer et de défendre les causes de leurs clients devant les tribunaux. En vue de l'audition d'une question litigieuse, le client doit souvent confier des renseignements confidentiels à l'avocat qu'il a mandaté. Il doit souvent, par nécessité, dévoiler à son avocat ses plans et ses desirs les plus secrets, ses craintes les plus vives. Le client doit avoir la certitude que l'avocat ne révélera pas ses confidences ni n'en tirera profit.

Sans cela, notre système judiciaire serait incapable de fonctionner. Si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être, le système ne peut pas fonctionner normalement.

Incontestablement, un tel doute naîtrait sûrement dans l'esprit du public s'il avait l'impression que les avocats se mettent dans une situation susceptible de donner lieu à un conflit d'intérêts, notamment en changeant de cabinet [...].

[...] Peu importe la taille du cabinet, l'avocat susceptible de se trouver en situation de conflit d'intérêts aura à d'innombrables reprises l'occasion de rencontrer les membres du cabinet qui se sont chargés des intérêts de son ancien client. Que ce soit aux réunions d'associés ou de comités, aux déjeuners ou au tournoi de golf du barreau, dans la salle du conseil ou aux toilettes, l'avocat qui avait été mandaté par l'ex-client rencontrera ceux qui représentent l'adversaire de ce client, et il conversera avec eux. Aux profanes, il doit sembler que les occasions de discussions privées sont tellement nombreuses que la divulgation de renseignements confidentiels, même par étourderie, est inévitable. Et il est peu probable que l'on sache jamais que des renseignements confidentiels ont été révélés. Au surplus, si un avocat divulgue même par inadvertance les points faibles de la position du client qu'il a ainsi appris, cela peut être suffisant pour donner à ses adversaires un avantage indu [...].

Le public tirerait la même conclusion, peu importe les limites que l'on aurait cherché à imposer aux avocats et aux cabinets en cause. Quelque soin que l'on ait apporté à la construction d'une muraille de Chine, on pourrait y faire une brèche sans que personne le sache, hormis les avocats en cause. Après tout, le droit dispose du précédent historique de Gengis Khan franchissant, grâce à un subterfuge, la Grande Muraille de Chine, la plus grande des fortifications chinoises. Un système quelconque de cônes de silence ne changerait rien non plus à l'impression de déloyauté qu'aurait le public. La réalité est incontournable: les avocats au sein d'un cabinet se rencontrent souvent et ils ont fréquemment la possibilité d'échanger des renseignements confidentiels. Le public resterait sceptique, à juste titre, sur l'efficacité du mécanisme de protection le plus perfectionné [...].

[...] [I] y aura apparence de déloyauté chaque fois que, comme en l'espèce, un ou plusieurs avocats qui ont un lien important avec un client entreront dans un cabinet qui occupe pour la partie adverse. Les occasions de violation du secret, même par inadvertance, sont trop nombreuses et la possibilité de découvrir cette divulgation trop faible pour justifier autre chose qu'une présomption irréfragable, selon laquelle tous les membres du cabinet sont censés connaître les renseignements. Si l'on veut s'assurer de la confiance du public dans l'administration de la justice, c'est le seul critère qu'il faut retenir».

Les propos du juge CORY, décrits par un auteur comme le commentaire le plus marquant qu'il ait probablement jamais écrit (Brent COTTER, Chapter 5: *The Duty of Loyalty and Conflicts of Interest*, in: Alice Woolley *et al.*, *Lawyers' Ethics and Professional Regulation*, 3^e éd., 2017, p. 302), montrent toute la complexité des conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet et les divergences qui existaient au sein de la Cour suprême du Canada. À la lumière de cet arrêt, il est légitime de se demander si notre Haute Cour a retenu une présomption réfragable ou irréfragable de partage des connaissances entre les avocats du second cabinet. Autrement dit, peut-on prouver que les membres du cabinet ne connaissent pas les informations détenues par l'avocat qui le rejoint? Intuitivement, si l'on peut prouver que les informations ne sont pas passées du client à l'avocat dans le premier cabinet, on devrait aussi pouvoir prouver qu'elles n'ont pas été transmises aux avocats dans le second. La réponse est cependant délicate. Contrairement à son homologue canadienne, notre Haute Cour n'a déduit aucune règle générale de cet arrêt. Nous pensons cependant qu'elle a retenu implicitement une présomption réfragable pour les raisons suivantes.

Elle a précisé que la solution retenue ne saurait pas «être remise en cause en l'espèce par les éventuelles mesures internes prises par les recourantes» (c. 2.4). Le terme «en l'espèce» indique que la question doit être tranchée individuellement, ce qui permet d'envisager un autre résultat dans un cas différent. Notre Haute Cour a par ailleurs examiné les mesures mises en place par le cabinet, ce qui serait inutile si elle avait retenu une présomption irréfragable de partage des connaissances. Elle a en effet estimé que l'appartenance de l'avocate G. au département «Employment, Pensions and Immigration», alors que c'était le département «Litigation» qui était saisi dans cette affaire, et le défaut d'accès informatique de cette avocate au dossier de la partie plaignante n'étaient pas suffisants dans le cas d'espèce pour contrer le conflit d'intérêts existant. Notre Haute Cour a également relevé que vu la nature du conflit à l'origine de la procédure pénale – en l'occurrence, un prétendu vol de données par le prévenu dans le cadre de son emploi pour la partie plaignante –, une consultation de ce département n'était «de loin pas irréaliste» (c. 2.4).

Doit-on en déduire, comme l'a fait remarquer Benoît CHAPPUIS (*op. cit.*, p. 514), que le fait qu'une consultation du département précité ne soit «de loin pas irréaliste» ne correspond pas à la notion de conflit concret? La question est intéressante. On peut en effet se demander si le conflit d'intérêts suppose une atteinte ou une potentialité d'atteinte à l'intérêt protégé. En France, Joël MORET-BAILLY est d'avis que les conflits d'intérêts existent indépendamment de l'atteinte réelle ou effective qu'ils pourraient porter à l'intérêt protégé (Définir les conflits d'intérêts, in: *Recueil Dalloz* 2011, N° 15 s.). L'article 4.1 al. 1 du *Règlement Intérieur National* (RIN) assimile en effet le risque de conflit au conflit d'intérêts (voir à ce sujet Thierry REVET *et al.*, *Déontologie de la profession d'Avocat*, 2^e éd., 2019, N 314). En Angleterre, Lord MILLETT avait jugé que le tribunal devrait intervenir, à moins qu'il ne soit convaincu qu'il n'y a aucun risque de divulgation, ledit risque devant être réel, et non simplement fantaisiste ou théorique (*Prince Jefri Bolkiah v. KPMG*, 2 AC 222, 237A [1999]). Au Canada, Catherine PICHE estime que les tribunaux devraient intervenir dès la présence d'un conflit d'intérêts potentiel, plutôt qu'uniquement devant un conflit réel ou manifeste (Définir, prévenir et sanctionner le

conflit d'intérêts, in: *RJTUM* 47, 2013, p. 497-532, p. 532). Aux Etats-Unis, la règle 1.7 des *Model Rules of Professional Conduct* précise qu'il y a un conflit d'intérêts s'il existe un risque **significatif** qu'une représentation se trouve fondamentalement limitée par les responsabilités de l'avocat à l'égard d'un autre client, d'un ancien client, d'un tiers ou de son propre intérêt personnel. D'après Richard EPSTEIN, le but des règles sur les conflits d'intérêts est de séparer l'avocat de la tentation, afin qu'il ne soit pas nécessaire de remédier à une violation après sa survenance (*The Legal Regulation of Lawyers' Conflicts of Interest*, in: *Fordham Law Review* Vol. 60, N° 4, 1992, p. 579, p. 582), ce qui suppose un risque d'atteinte. A notre sens, le risque de divulgation dans cette affaire était réel et suffisant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret qui devait être évité.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que la mesure consistant à interdire aux deux avocats d'évoquer ce mandat avec l'avocate concernée était dénuée de tout contrôle, argument que le juge CORY avait aussi retenu dans l'arrêt canadien. A notre avis, on ne peut pas reprocher au Tribunal fédéral de ne pas reconnaître l'efficacité de la mise en place de barrières à l'information ou de cloisonnements au sein d'une étude, alors que ces mécanismes sont critiqués par tous les auteurs cités dans son arrêt (c. 2.4 et les réf. cit.). Le juge SOPINKA avait relevé à propos de ces mécanismes qu'il est improbable qu'un tribunal les accepte comme preuve suffisante d'une protection efficace jusqu'à ce que les organes directeurs de la profession les aient approuvés et aient adopté les règles régissant leur fonctionnement (arrêt *MacDonald*, p. 1262). Cette remarque est pertinente. Il n'appartient sans doute pas au Tribunal fédéral de valider ces instruments, à défaut de base légale ou de concrétisation dans les règles déontologiques.

Faut-il assouplir les règles sur les conflits d'intérêts en Suisse? A notre avis, les valeurs qui consistent à préserver l'intégrité du système judiciaire et la confiance du public dans la profession d'avocat doivent être privilégiées. Cependant, si les conflits d'intérêts deviennent ingérables dans les grands cabinets d'avocats, des solutions pourraient être recherchées au niveau législatif ou déontologique. L'article 14 al. 2 du *Code suisse de déontologie* (CSD), qui dispose que «lorsqu'un avocat collaborateur change d'étude ou que des avocats s'associent, toutes mesures doivent être prises pour sauvegarder le secret professionnel et éviter les conflits d'intérêts», n'est pas d'une grande utilité, à moins d'être complété ou concrétisé. Le Tribunal fédéral ne l'a d'ailleurs pas mentionné dans son arrêt (à ce sujet, voir Benoît CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 513). Au Canada, après l'arrêt *MacDonald*, les Barreaux ont adopté de nouvelles règles. Le *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (état au 19 octobre 2019; disponible sur: <https://perma.cc/T365-ERCJ>; ci-après: Code type) consacre six règles aux «conflits découlant d'un changement de cabinet» (règles 3.4-17 à 3.4-22).

Sous le titre «inhabilité d'un cabinet», la règle 3.4-20 précise ce qui suit:

«Si le juriste qui change de cabinet possède effectivement des renseignements confidentiels pertinents au sujet d'une affaire qui concerne l'ancien client, lesquels renseignements pouvant causer un préjudice à l'ancien client s'ils sont divulgués à un membre du nouveau cabinet, le nouveau cabinet doit cesser de représenter son client dans cette affaire à moins que:

- (a) l'ancien client consente à ce que le nouveau cabinet continue de représenter son client; ou
- (b) le nouveau cabinet ait:
 - (i) pris des mesures raisonnables pour s'assurer qu'il n'y aura aucune divulgation des renseignements confidentiels de l'ancien client par le juriste changeant de cabinet à un membre du nouveau cabinet; et
 - (ii) avisé l'ancien client du juriste des mesures qui ont été prises s'il a été appelé à le faire par le client.»

Le *Code type* comprend des lignes directrices concernant la mise à l'écart d'un juriste et les mesures à prendre au sein du nouveau cabinet, ainsi qu'une procédure pour déterminer s'il existe un conflit d'intérêts avant d'engager une personne qui vient d'un autre cabinet (*Code type*, p. 56-57).

Deux règles traitent en outre de l'inhabilité du juriste qui change de cabinet (règles 3.4-21 et 3.4-22). Elles se réfèrent à la règle 3.3-7 qui dispose qu'un «juriste peut divulguer des renseignements confidentiels dans la mesure de ce qui est raisonnablement nécessaire pour détecter et régler des conflits d'intérêts découlant du changement d'emploi du juriste ou de changements apportés à la composition ou à la propriété d'un cabinet juridique, mais uniquement si les renseignements divulgués ne compromettent pas le privilège du secret professionnel ou ne portent pas autrement préjudice au client». Cette règle pourrait être utile en Suisse, afin d'encourager les avocats à détecter les conflits d'intérêts.

A la lecture de ces dispositions, on s'aperçoit que les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet sont réglés de manière très détaillée dans le *Code type*, apportant ainsi une grande sécurité juridique, non seulement pour les avocats, mais aussi pour les tribunaux. Les règles sur les conflits d'intérêts peuvent être assouplies de deux manières: soit l'ancien client consent au conflit d'intérêts, soit le nouveau cabinet prend des mesures pour mettre à l'écart l'avocat qui change de cabinet. Aux Etats-Unis, cette seconde possibilité, appelée «non-consensuel screening», ou mise à l'écart non consensuelle, est prévue depuis 2009 par la règle 1.10(a)(2) des *Model Rules of Professional Conduct*. Cependant, tous les Etats n'ont pas adopté cette disposition controversée (voir American Bar Association, *State Adoption of Lateral Screening Rule*, état au 8 décembre 2015, disponible sur: <https://perma.cc/F7H6-PSL6>; voir aussi Janine GRIFFITHS-BAKER/Nancy J. MOORE, *Regulating Conflicts of Interest in Global Law Firms: Peace in Our Time?*, in: *Fordham Law Review* Vol. 80, No 6, 2012, p. 2541-2567, p. 2552).

(J.G.)