

Procédure civile - Capacité de postuler de l'avocat - ATC (Chambre civile) du 23 novembre 2020, X. SA contre Y. Sàrl - C3 20 164

Art. 12 let. c LLCA : conflits d'intérêts

- L'avocat doit éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (art. 12 let. c LLCA). Rappel des principes à ce sujet (consid. 4.3).
- L'avocat a notamment le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois. Le conseil en faveur de deux ou plusieurs parties est par contre admis lorsque leurs intérêts sont convergents, même s'ils sont potentiellement opposés (consid. 4.3).
- L'avocat qui a conseillé deux parties ne peut pas ensuite attaquer l'une d'elles, pour l'autre partie ou des tiers, dans une affaire en lien avec celle pour laquelle il a prodigué des conseils (consid. 4.3)
- Le fait que l'avocat puisse refuser de collaborer en invoquant le secret professionnel (cf. art. 166 al. 1 let. b CPC) est sans incidence sur son obligation de renoncer à son mandat lorsqu'il doit être entendu comme témoin dans la procédure (consid. 4.4.2).

Art. 12 lit. c BGFA: Interessenkonflikt

- Der Rechtsanwalt muss jeden Konflikt zwischen den Interessen seiner Klientschaft und Personen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, vermeiden (Art. 12 lit. c BGFA). Grundsätze hierzu (E. 4.3).
- Der Rechtsanwalt vermeidet namentlich die Doppelvertretung, das heisst den Fall, dass er gegensätzliche Standpunkte zweier Parteien gleichzeitig vertreten müsste. Die Beratung von zwei oder mehreren Parteien ist dagegen zulässig, solange ihre Interessen gleichgerichtet sind, selbst wenn sie in einen Gegensatz geraten könnten (E. 4.3).
- Wer als Rechtsanwalt zwei Parteien beraten hat, darf nicht gegen eine von Ihnen im Interesse der anderen oder eines Dritten in einer Angelegenheit vorgehen, welche mit dem Beratungsgegenstand zusammenhängt (E. 4.3).
- Dass der Rechtsanwalt seine Mitwirkung unter Geltendmachung des Berufsgeheimnisses verweigern kann (vgl. Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO), ist ohne Bedeutung für seine Pflicht, auf ein Mandat zu verzichten, wenn er im Verfahren als Zeuge einvernommen werden muss (E. 4.4.2).

Faits (résumé)

A. C. SA, qui fait partie du groupe D., et X. SA avaient pour projet d'acquérir un avion que la seconde société achèterait et revendrait immédiatement à la première ; X. SA devait également se charger de superviser l'exploitation de cet avion. Une lettre d'intention y relative a été signée par B., alors représentant de C. SA.

Me Z. a été mandaté par X. SA pour lui donner des conseils juridiques concernant l'acquisition de l'avion et son exploitation. Il a notamment

participé à la rédaction de la lettre d'intention. C. SA n'était quant à elle pas assistée d'un mandataire professionnel dans ses relations avec X. SA. Elle s'est uniquement adjoint les services d'hommes de loi en lien avec des questions spécifiques et ponctuelles, notamment d'ordre fiscal ou s'agissant de la constitution d'une société, soit Y. Sàrl.

Le 12 juillet 2017, Y. Sàrl, société détenue par C. SA, a été inscrite au registre du commerce. Me Z. a fourni des conseils en lien avec la constitution de cette société. C'est cette dernière qui a acquis l'avion.

Le 17 juillet suivant, Y. Sàrl a signé un contrat (« Aircraft management and brokerage agreement »), aux termes duquel elle chargeait X. SA de superviser la gestion et l'exploitation de l'avion, étant entendu qu'une entité tierce s'occuperait de l'exploitation. La propriétaire de l'avion (Y. Sàrl) s'engageait à verser à X. SA une avance mensuelle de 45 000 fr. pour couvrir les frais d'exploitation et d'entretien, plus 60 000 fr. par an pour les honoraires de gestion (management fee). Me Z. a activement participé à la négociation et à la rédaction de ce contrat.

Le 21 juillet 2017, Y. Sàrl a signé deux contrats avec M. GmbH portant d'une part sur la cession (« Aircraft Dry-Lease-Agreement ») et l'exploitation de l'avion (« Aircraft Operating Management Agreement »). Me Z. a également activement participé à la négociation et à la rédaction de ces conventions.

Par la suite, Me Z. a effectué un certain suivi des contrats précités. Il a notamment eu, dans ce cadre, de très nombreux échanges avec le directeur de C. SA, qui avait reçu de X. SA l'autorisation de lui demander toutes les informations dont il avait besoin.

Le 5 décembre 2019, Y. Sàrl a résilié avec effet immédiat le contrat conclu avec X. SA. Celle-ci a réclamé 176 714 fr. 60, somme comprenant deux avances de 45 000 fr. prétendument dues pour les mois de novembre et décembre 2019, plus les honoraires de gestion (60 000 fr.) et le remboursement de frais supplémentaires (26 714 fr. 60).

Me Z. a établi une note d'honoraires pour les activités déployées entre février 2017 et mars 2018, laquelle était supérieure au montant de 60 000 francs. Il l'a adressée successivement à X. SA qui ne l'a pas honorée, puis à C. SA qui, après contrôle, l'a entièrement payée.

B. Le 14 mai 2020, X. SA, représentée par Me Z. a ouvert action en paiement de la somme de 176 714 fr. 60 à l'encontre de Y. Sàrl.

Cette dernière a soulevé un incident relatif à la capacité de postuler de Me Z. Le juge de district a dénié une première fois à l'avocat la faculté de représenter X. SA. Cette décision a été annulée pour violation du droit d'être entendu par la Chambre civile du Tribunal cantonal. Statuant à nouveau, le juge de district a confirmé l'interdiction de postuler de Me Z.

X. SA et Me Z. ont déposé un recours à l'encontre de ce prononcé.

Considérants (extraits)

3. Le juge de district a dénié la capacité de postuler de Me Z. pour les motifs suivants, en substance.

Me Z. n'a certes pas été le conseil de Y. Sàrl. Si celle-ci a repris la dette d'honoraires de X. SA, elle n'est pas devenue sa cliente de ce seul fait. Cela étant, Y. Sàrl a transmis à l'avocat des informations nécessaires à la rédaction du contrat. Ce dernier peut utiliser ces informations et le contrat litigieux pour fonder la demande de X. SA. Sans être l'avocat de Y. Sàrl, il a conseillé les deux parties lors de la rédaction du contrat. Il ne peut ainsi ensuite attaquer l'une d'elles dans une affaire en lien avec cette convention. En outre, les intérêts personnels de Me Z. sont en conflit avec ceux de X. SA de même qu'avec ceux de Y. Sàrl, car la partie qui perdra le procès pourra éventuellement se retourner contre lui en raison de son activité lors de la rédaction du contrat. Enfin, il pourra être amené à témoigner dans la procédure au fond, son droit de refus de collaborer ne lui ôtant pas le statut de témoin.

4.1 Selon les recourants, le premier juge a correctement retenu que Y. Sàrl n'a pas été la cliente de Me Z. Contre toute attente, il a néanmoins considéré qu'il a conseillé les deux parties lors de la rédaction du contrat, de sorte qu'il ne peut attaquer l'une d'elles en lien avec ce contrat. Les recourants estiment que, ce faisant, le magistrat a violé l'art. 12 lit. c LLCA. Soit Me Z. n'a jamais été l'avocat de Y. Sàrl, de sorte que celle-ci ne peut se prévaloir d'un conflit d'intérêts. Soit il l'a été et la problématique d'un conflit d'intérêts peut se poser. Une troisième voie, soit celle envisagée dans la décision attaquée, n'est pas

possible. Au sens de l'art. 12 let. c LLCA, un conflit d'intérêts ne saurait exister lorsqu'un avocat représente un client dans le cadre de pourparlers contractuels avec une partie qui n'était pas représentée et se charge ensuite de représenter ce même client dans le cadre d'un litige survenant à propos de l'exécution du contrat. Lorsqu'il intervient dans une situation de ce type, l'avocat ne conclut aucun mandat avec le futur partenaire de son client. Il n'est dès lors tenu par aucune obligation de fidélité ou de secret à l'endroit dudit futur partenaire contractuel.

Les recourants soutiennent par ailleurs que la décision attaquée établit arbitrairement les faits en retenant que Me Z. a donné des conseils à Y. Sàrl et reçu de celle-ci des informations privilégiées dont X. SA pourrait faire usage. Selon eux, ces constatations ne reposent sur aucun élément au dossier.

4.2 L'intimée soutient pour sa part que, quoi qu'ait retenu le juge de district, Me Z. a bien été son mandataire dans le cadre de l'acquisition de l'avion, de sorte qu'il ne saurait représenter X. SA dans le procès que celle-ci a engagée contre elle. Le ferait-il qu'il violerait l'art. 12 LLCA, qui exige de l'avocat qu'il exerce son activité en toute indépendance (let. b), et lui impose d'éviter tout conflit d'intérêts (let. c).

4.3 Parmi les règles professionnelles que doit respecter l'avocat, l'art. 12 let. c LLCA prévoit que celui-ci doit éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (art. 12 let. c LLCA). L'obligation de renoncer à représenter un mandant en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat (ATF 138 II 162 consid. 2.4 et la référence). Elle est en lien avec la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA, selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence, de même qu'avec l'obligation d'indépendance rappelée à l'art. 12 let. b LLCA (ATF 134 II 108 consid. 3 ; arrêt 2C_688/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1).

Le Tribunal fédéral a souvent rappelé que l'avocat a notamment le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois, car il n'est alors plus en mesure de respecter pleinement son obligation de fidélité et son devoir de diligence envers chacun de ses clients (ATF 145 IV 218 consid. 2.1 ; 141 IV 257 consid. 2.1).

Les règles susmentionnées visent avant tout à protéger les intérêts des clients de l'avocat, en leur garantissant une défense exempte de conflit d'intérêts. Elles tendent également à garantir la bonne marche du procès, en particulier en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'un de ses clients - notamment en cas de défense multiple -, respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse acquises lors d'un mandat antérieur au détriment de celle-ci (ATF 141 IV 257 consid. 2.1). Les critères suivants peuvent permettre de déterminer l'existence ou non de mandats opposés dans un cas concret : l'écoulement du temps entre deux mandats, la connexité (factuelle et/ou juridique) de ceux-ci, la portée du premier mandat - à savoir son importance et sa durée -, les connaissances acquises par l'avocat dans l'exercice du premier mandat, ainsi que la persistance d'une relation de confiance avec l'ancien client (ATF 145 IV 218 consid. 2.1).

Il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner des conflits d'intérêts. Un risque purement abstrait ou théorique ne suffit pas, le risque doit être concret. Il n'est toutefois pas nécessaire que le danger concret se soit réalisé et que l'avocat ait déjà exécuté son mandat de façon critiquable ou en défaveur de son client (arrêts 1B_59/2018 du 31 mai 2018 consid. 2.4 ; 1B_20/2017 du 23 février 2017 consid. 3.1). Dès que le conflit d'intérêts survient, l'avocat doit mettre fin à la représentation (ATF 135 II 145 consid. 9.1 ; 134 II 108 consid. 4.2.1).

Le conseil en faveur de deux ou plusieurs parties est admis lorsque leurs intérêts sont convergents, même s'ils sont potentiellement opposés (Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, 2009, n° 1408). S'il a conseillé deux parties, il ne peut pas ensuite attaquer l'une d'elles, pour l'autre partie ou des tiers, dans une affaire en lien avec celle pour laquelle il a prodigué des conseils (Bohnet/Martenet, op. cit., n° 1411).

Il a été jugé que, sauf circonstances exceptionnelles, l'avocat qui, mandaté par un conjoint, propose une convention réglant le litige à l'amiable, se trouve, si cet accord aboutit et si l'autre partie assume une partie de ses honoraires, dans une situation qui l'empêche d'intervenir contre l'un des deux en cas de procédure contradictoire ultérieure si les faits dont il a eu connaissance dans le cadre du premier litige peuvent

avoir une incidence dans la résolution du suivant (Bohnet/Martenet, op. cit., n° 1407, et la référence à l'arrêt paru à la RJN 2008 p. 407 ss).

4.4.1 En l'occurrence, Me Z. a effectivement été mandaté par X. SA, étant précisé qu'aucune procuration ou convention précisant l'objet du mandat n'a été déposée. Lorsque A. (représentant de X. SA) a écrit à B., le 7 février 2017, que Me Z. était « notre » avocat, il sous-entendait vraisemblablement qu'il s'agissait de l'avocat de X. SA, et non de l'avocat commun de celle-ci et de C. SA (ou de toute société du groupe D.). Me Z. lui-même a précisé à B., dans un email du 9 février 2017 concernant le versement d'un acompte de 150 000 fr. dû par C. SA à X. SA, qu'il « intervenait comme avocat de X. SA, et non comme tiers séquestre ».

Cela étant, les recourants se trompent lorsqu'ils affirment qu'il ne ressort pas des actes de la cause que Me Z. a néanmoins fourni des conseils aux sociétés du groupe D. dans une mesure susceptible de l'empêcher de représenter X. SA dans le procès introduit contre Y. Sàrl.

La liste détaillée des prestations de l'avocat révèle que celui-ci, qui a activement participé à la rédaction/négociation, notamment, de la lettre d'intention du 20 février 2017, de l'« Aircraft management and brokerage agreement » du 17 juillet 2017, de l'« Aircraft Dry-Lease-Agreement » signé le 21 juillet 2017 et de l'« Aircraft Operating Management Agreement », a eu, à cet effet, des échanges très nombreux, par oral et par écrit, avec B., directeur de C. SA, auquel on a communiqué qu'il pouvait poser toute question à l'avocat (cf. le mail précité du 7 février 2017 de A. : « B., Me Z. est notre avocat ne te gene pas de lui demander tous les infos que tu as besoins ».). C. SA n'avait pas elle-même mandaté d'avocat pour la représenter, respectivement représenter toute société du groupe D., face à X. SA. Elle s'est certes, le 7 juillet 2017, assurée les services du cabinet E. (M^{es} F., G. et H.), mais seulement pour la constitution de [Y. Sàrl] (voir la procuration rédigée par E. et signée par B. : « We will provide legal assistance with regard to the incorporation of a xxxx private limited liability company, whose purpose will be to acquire and hold an aircraft. »). Y. Sàrl, fraîchement constituée, a bien, le 21 juillet 2017, confié à Me I., avocat au sein de l'Etude J., à xxxx, un mandat, mais celui-ci était limité à l'objet suivant : « Contacts avec l'Administration fédérale des douanes ainsi qu'avec l'Administration fédérale des contributions, Division principale de la TVA en relation avec l'aéronef xxxx, immatriculé xxxx ».

C'est dire que les hommes de loi formellement mandatés par les sociétés de D. l'ont été pour des questions particulières ne portant pas directement sur les relations contractuelles entre Y. Sàrl et X. SA. L'email du 25 juin 2020, rédigé par B. sur interpellation de Me Z. pour les besoins de la présente cause, ne démontre pas le contraire. Son auteur y écrit certes ce qui suit : « Pour ce qui est de ta question, en effet, tu as toujours été clair que tu défendais les intérêts de X. SA. Je ne comprends pas ce qu'ils peuvent te reprocher. De plus, Y. Sàrl a été constituée au xxxx et un avocat sur place m'a épaulé lors de la transaction (je crois un avocat de K. ou E. si ma mémoire est bonne) en plus de l'étude L. à xxxx. Ca ne me pose pas de problème de le confirmer au Tribunal si nécessaire ». On a vu toutefois la portée limitée du mandat confié à E. Quant à une intervention de l'Etude L., avocats à xxxx, même si elle est possible, elle ne ressort pas des actes de la cause. Si ces derniers avaient fourni une assistance substantielle aux sociétés du groupe D., pour s'assurer que les intérêts de celles-ci étaient préservés face à X. SA, B. n'aurait pas manqué de l'affirmer clairement. On relèvera que ce dernier semble, à teneur de son mail précité non intégralement reproduit, en conflit avec le groupe D., au sein duquel il n'œuvre plus. La force de conviction du contenu de son mail du 25 juin 2020 s'en trouve réduite.

Par ailleurs, Me Z. a assuré un certain suivi pour la constitution de la société Y. Sàrl (voir décompte détaillé ; notamment : prestations du 25 mai 2017 : « Suivi concernant constitution xxxx » ; prestations du 20 juin 2017 : « Revoir documents pour constitution Y. Sàrl ; message à E. et à B. ; vérifier offre domiciliaire et envoi à B. »), qui ne concernait pas directement X. SA. Il a en outre négocié et participé à la rédaction de l'« Aircraft Dry-Lease-Agreement » et de l'« Aircraft Operating Management Agreement », conclus entre Y. Sàrl et M. GmbH (voir décompte précité ; prestations, notamment, du 1^{er} mai 2017 : « Examen projet de contrats avec M. GmbH. (operation et dry lease) » ; prestations du 29 juin 2017 : « revoir et modifier projet de contrat avec M. GmbH »), auxquels, à nouveau, X. SA n'était pas immédiatement intéressée, n'y étant pas partie. L'avocat s'est, postérieurement, chargé d'un certain suivi de ces contrats (voir décompte précité ; prestations du 22 août 2017 : « Reprendre dossier, message à B. concernant Management Agreement ; entretien avec A. et M. GmbH concernant contrat d'entretien »).

4.4.2 Il ressort des considérations qui précèdent que l'activité déployée par l'avocat a excédé la fourniture de conseil à la seule X. SA. Puisque cette dernière a négocié pour Y. Sàrl, les contrats avec M. GmbH, elle a dû - ou, à tout le moins, devait - défendre les intérêts de la société [Y. Sàrl], et l'avocat qu'elle avait mandaté également. Comme on l'a vu, ce dernier a fourni en outre des conseils pour la constitution de Y. Sàrl. La confiance que les sociétés du groupe D. étaient, dans ce contexte, en droit de placer - et ont sans doute effectivement placée - en Me Z., qui n'était pas un employé de X. SA mais un avocat inscrit au registre, s'étendait à l'ensemble de l'activité déployée par ce dernier dans le cadre de l'acquisition et de l'exploitation de l'avion ; y compris, partant, pour l'établissement de l'« Aircraft management and brokerage agreement », au centre du procès introduit par X. SA. On voit mal que l'avocat pût travailler à défendre les intérêts des sociétés du groupe D. dans ses relations avec M. GmbH et les ignorer au profit de ceux exclusifs de X. SA pour la conclusion du contrat entre cette dernière et Y. Sàrl, respectivement que cette dernière pût s'accommoder de pareille situation. Les liens entre les contrats conclus par Y. Sàrl avec M. GmbH d'une part et avec X. SA d'autre part - cette dernière devant superviser, dans l'intérêt de la société propriétaire de l'avion, l'exploitation confiée par celle-ci à la tierce opératrice - empêchent d'isoler une activité de l'avocat qui concernerait X. SA d'une autre menée pour Y. Sàrl.

Me Z. a au reste, même s'il a dans un premier temps établi sa note d'honoraires au nom de X. SA, été payé intégralement par le groupe D., après contrôle, par celui-ci, que les prestations effectuées le concernaient et qu'elles étaient justifiées. Cette prise en charge, représentant plus de 60 000 fr., constituait à n'en pas douter une expression de la confiance placée en l'avocat et de la reconnaissance que son activité avait été exercée conformément aux intérêts du groupe. Dans le cas contraire, on comprendrait mal que celui-ci ait accepté de régler la facture émise par l'avocat, même si ce règlement ne relevait par hypothèse que d'une reprise de la dette de X. SA envers l'avocat.

La question, d'ailleurs, de savoir si un mandat a été conclu entre Me Z. et C. SA et/ou toute société de D., notamment Y. Sàrl - le cas échéant tacitement, éventuellement sous la forme d'un mandat confié conjointement avec X. SA -, auquel cas le paiement de ses honoraires est intervenu sur cette base, ou si ce paiement résulte d'une reprise de

dette, peut rester ouverte. Ce qui est déterminant, c'est que l'avocat a fourni une certaine assistance juridique aux sociétés du groupe D. dans le cadre de l'acquisition de l'avion et de son exploitation, assistance pour laquelle il a été intégralement payé (à quelque titre que ce soit) par ces sociétés directement. Il faut, conformément aux considérations émises *supra*, réserver à cet état de fait le même traitement que si les sociétés du groupe D. avaient elles-mêmes mandaté l'avocat.

Ainsi, l'activité de conseil que Me Z. a déployée tant dans l'intérêt de X. SA que dans celui des sociétés du groupe D. dans le cadre de l'acquisition et de l'exploitation de l'avion xxxx, immatriculé xxxx, en particulier sa participation déterminante à l'établissement de l'« Aircraft management and brokerage agreement », l'empêche de représenter la première dans le cadre du procès l'opposant à Y. Sàrl, les prétentions formulées reposant précisément sur ce contrat. Dans pareil contexte, il est superflu de déterminer si l'avocat a été nanti par les sociétés du groupe D. d'informations confidentielles qu'il aurait par hypothèse dû taire à X. SA.

Dès lors que Y. Sàrl semble remettre en question le bien-fondé de la rémunération due à X. SA selon l'art. 4 de l'« Aircraft management and brokerage agreement » (management fee de 60 000 fr.), ce au regard d'autres montants dus par elle en vertu de l'« Aircraft Operating Management Agreement » et couvrant, selon celle-ci, le même service, l'avocat, qui a participé à la rédaction ou à tout le moins négocié l'ensemble des contrats en cause, est d'autant moins apte à assister X. SA dans le procès, le montant recherché incluant notamment la rémunération en question. Il pourrait au demeurant être appelé à témoigner. Comme l'a relevé le juge de district, le fait qu'il puisse refuser de collaborer en invoquant le secret professionnel (cf. art. 166 al. 1 let. b CPC) est sans incidence sur son obligation de renoncer à son mandat lorsqu'il doit être entendu comme témoin dans la procédure (RVJ 2004 p. 263 consid. 6a/dd ; 1999 p. 199 consid. 2c).

C'est dire que le premier juge a dénié la capacité de postuler de Me Z. pour X. SA à juste titre, et qu'il convient de rejeter le recours, sans qu'il ne soit besoin d'examiner les autres griefs formés par les recourants.

Par arrêt du 12 octobre 2021 (4A_20/2021), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté par X. SA et Me Z. contre ce jugement.