

# CONFLIT D'INTÉRÊTS OU DILIGENCE DE L'AVOCAT: DU PAREIL AU MÊME!

**JEAN-LOUIS COLLART**

Avocat, MENTHA Avocats, Genève

Mots-clés: droit de la profession d'avocat, conflit d'intérêts, diligence de l'avocat, avocat auxiliaire de l'exécuteur testamentaire

Dans un arrêt 2C\_933/2018 du 25 mars 2019, le Tribunal fédéral analyse en détail les situations dans lesquelles un avocat qui agit comme auxiliaire d'un exécuteur testamentaire, respectivement comme représentant de celui-ci en procédure contre un héritier, pourrait se trouver dans une situation de conflit d'intérêts prohibée par l'art. 12 let. c LLCA, respectivement viole son devoir de soin et diligence dans l'exercice de la profession au sens de l'art. 12 let. a LLCA.

## I. Les faits à l'origine de l'arrêt<sup>1</sup>

### 1. Situation de faits

Me A est titulaire du brevet d'avocat délivré par le canton de Zurich et est inscrit au registre des avocats de ce canton. Durant la vie de Monsieur D, Me A a agi en tant que conseiller et avocat à son service. Il a par ailleurs acquis de Monsieur D un immeuble à Zurich. Monsieur D est décédé le 7.9.2013. Il a laissé comme héritières deux filles et sa seconde épouse. Par testament public du 21.4.2010, il a réduit ses filles à leur réserve et hormis quelques dispositions particulières concernant sa participation dans F AG, un appartement à l'étranger et sa maison à G, a attribué la quotité disponible à sa seconde épouse. Il a désigné H comme exécuteur testamentaire. Ce dernier était le beau-frère de la seconde épouse de D et le père adoptif du fils de celle-ci. Me A était la personne de contact pour toutes les questions juridiques concernant la succession. Toutes les communications entre les deux filles et l'exécuteur testamentaire passaient par Me A en sa qualité d'auxiliaire de H pour l'exécution du partage. Me A agissait également en qualité d'avocat dans deux procédures devant deux tribunaux de district que l'exécuteur testamentaire menait pour le compte de la succession non partagée aux frais des héritières. Une de ces actions avait déjà été déposée du vivant du testateur. Depuis la fin du mois de mai 2013, Me A était également actif au sein du conseil de la fondation I avec signature collective à deux avec la présidente, soit la seconde épouse de D. L'exécuteur testamentaire était l'un des plus anciens clients de Me A et était également son ami. Le 20.3.2014, l'une des filles a déposé une plainte pénale auprès du Ministère public contre, entre autres, l'exécuteur testamentaire pour abus de confiance, gestion déloyale etc. Me A s'est constitué pour la défense

des intérêts de l'exécuteur testamentaire dans cette procédure.

### 2. Procédure disciplinaire

Le 26.8.2016, les deux filles du défunt ont dénoncé Me A à la Commission de surveillance des avocates et avocats du canton de Zurich pour violation des règles professionnelles au sens de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA<sup>2</sup>).

Le 3.11.2016, la Commission de surveillance a ouvert une procédure disciplinaire contre Me A. Par décision du 6.7.2017, la Commission de surveillance a sanctionné Me A pour violation de l'art. 12 let. c LLCA d'une amende de CHF 1500.-. Un émoluments de procédure de CHF 1500.- a été prononcé et la moitié mise à la charge de Me A.

Me A a fait recours contre cette décision le 29.8.2017 auprès du Tribunal administratif du canton de Zurich demandant l'annulation de la décision de la Commission de surveillance du 6.7.2017 avec suite de frais et dépens. La Commission de surveillance ne s'est pas déterminée.

Par décision présidentielle du 7.6.2018, Me A a été invité à formuler ses observations quant à une éventuelle violation de l'art. 12 let. a LLCA dès lors que, d'après les premières analyses du Tribunal administratif, son comportement pouvait également être considéré sous cet angle et qu'il existait ainsi une possibilité que le Tribunal

<sup>1</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_933/2018 du 25.3.2019.

<sup>2</sup> Loi fédérale du 23.6.2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61).

administratif décide sur la base d'une disposition légale, qui n'avait pas été prise en compte dans la décision attaquée, la décision de première instance s'étant limitée à l'analyse de l'art. 12 let. c LLCA. Me A a fait parvenir sa détermination le 11. 7. 2018.

Par décision du 23. 8. 2018<sup>3</sup>, le Tribunal administratif du canton de Zurich a rejeté le recours. Dans la motivation de sa décision, le Tribunal administratif a retenu que le comportement de Me A violait l'obligation d'exercer sa profession avec soin et diligence telle que prévue par l'art. 12 let. a LLCA. Par acte du 17. 10. 2018, Me A a déposé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Il sollicite l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du 23. 8. 2018 et de la décision de la Commission de surveillance du 6. 7. 2017. Il demande également qu'il soit constaté qu'il n'a pas violé l'art. 12 let. a et let. c LLCA. Subsidièrement que la décision attaquée soit annulée et la procédure renvoyée à l'instance cantonale pour compléter les faits. La Commission de surveillance a renoncé à se déterminer et le Tribunal administratif a conclu au rejet du recours.

## II. L'arrêt du Tribunal fédéral

### 1. Quelques considérations de procédure

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral procède préalablement à quelques rappels sur la question de la violation du droit d'être entendu dont se plaint le recourant. Ce dernier se fonde à cet égard sur les articles 6 al. 3 let. a CEDH et 29 al. 2 Cst. Il prétend que s'il a bien été interpellé par ordonnance présidentielle sur le fait que son comportement pourrait être considéré sous l'angle d'une autre disposition et qu'il était invité à se déterminer sous cet angle, il ne pouvait pas s'attendre à ce que la violation de ses devoirs professionnels ne serait plus examinée sous l'angle du conflit d'intérêts au détriment des deux héritières, mais pour un manque d'indépendance à l'égard des deux filles héritières qui avait pour conséquence qu'il n'était pas en situation de pouvoir défendre les intérêts de l'exécuteur testamentaire. Il ne pouvait pas compter sur une telle subsumption sur laquelle il n'a de ce fait pas pu se déterminer.

En réponse à cette argumentation, le Tribunal fédéral rappelle que l'article 6 al. 3 let. a CEDH, selon lequel tout accusé a droit notamment à être informé dans le plus bref délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, ne s'applique pas à une amende disciplinaire qui ne constitue pas une accusation pénale au sens de l'article 6 CEDH. Le montant de l'amende disciplinaire ne permet pas non plus en l'espèce de considérer à titre exceptionnel qu'il s'agirait d'une accusation pénale.

Quant à l'article 29 al. 2 Cst., il ne donne pas un droit général à être entendu sur les questions d'application du droit. L'autorité n'a en particulier pas à soumettre à l'avance aux parties sa motivation. Il suffit que les parties soient en mesure de s'exprimer sur les fondements de la décision, en particulier les faits et les dispositions légales applicables. Dès lors que le recourant a été informé par la

juridiction inférieure que son comportement pourrait également être analysé sous l'angle de l'art. 12 let. a LLCA et qu'il existait ainsi la possibilité que le Tribunal administratif prenne en compte une autre disposition légale, qui n'avait pas été retenue par l'autorité de surveillance, il lui a été donné la possibilité de prendre position, ce qu'il a fait. Ceci exclut toute violation du droit d'être entendu prévu par l'art. 29. al. 2 Cst.

### 2. Sur le conflit d'intérêts

Le Tribunal fédéral développe dans un premier temps les règles applicables au conflit d'intérêts prohibé par l'art. 12 let. c LLCA qui prévoit que l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé.

Cette disposition est liée à l'obligation générale de diligence conformément à l'art. 12 let. a et à l'art. 12 let. b LLCA qui oblige les avocats à exercer leur profession de manière indépendante.

L'avocat doit exercer son mandat uniquement dans l'intérêt de son client. Il ne peut pas s'acquitter de son devoir de protéger les intérêts de son client si en même temps des devoirs de loyauté divergents s'imposent à lui, respectivement s'il doit prendre en compte les intérêts de tiers. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans le texte, l'art. 12 let. c LLCA vise également tout conflit entre les intérêts propres de l'avocat et ceux de sa clientèle.

Un conflit d'intérêts prohibé par la LLCA existe donc lorsque l'avocat s'est engagé à défendre les intérêts d'un client et doit prendre des décisions qui pourraient potentiellement entrer en conflit avec ses propres intérêts ou ceux de tiers qui lui auraient été confiés. Un conflit d'intérêts peut également résulter d'intérêts qui ne sont pas uniquement liés à l'exercice de la profession d'avocat. Des obligations qui veulent que l'avocat prenne en compte les intérêts de tiers dans son activité professionnelle peuvent entraver la sauvegarde inconditionnelle des intérêts du client. Un conflit d'intérêts personnel survient lorsque l'avocat assume la défense des intérêts de tiers dans une affaire, qui vont à l'encontre de ses propres intérêts, ce qui est par exemple le cas s'il a un intérêt personnel direct ou indirect dans l'issue de l'affaire en cause.

De plus, l'avocat est tenu de manière générale d'être indépendant aussi vis-à-vis de son client. Il devrait être en mesure d'assister son client avec un jugement objectif de la situation de faits. Cela suppose qu'il évalue de manière indépendante la façon de conduire la procédure et tente lorsque c'est nécessaire de convaincre le client de son point de vue ou de le décourager d'agir de manière inappropriée. L'indépendance de l'avocat vis-à-vis du client est une condition préalable à la sauvegarde efficace de ses in-

<sup>3</sup> Décision VB.00552 du Verwaltungsgericht des Kantons Zürich du 23. 8. 2018.

térêts et à l'exercice de la fonction de l'avocat dans l'ordre juridique. Une défense efficace nécessite également une distance critique: si l'avocat n'a pas suffisamment de distance factuelle et personnelle, il n'est plus en mesure d'exercer son mandat avec l'objectivité et l'impartialité nécessaires.

Ces principes rappelés, le Tribunal fédéral analyse les décisions des autorités inférieures.

Dans sa décision du 6.7.2017, la Commission de surveillance avait retenu que le recourant, en tant que représentant de l'exécuteur testamentaire, avait également assumé ses obligations envers les héritiers, même si les héritiers n'étaient pas formellement représentés par Me A. Dans le cadre de son mandat de défenseur de l'exécuteur testamentaire pour lequel il agit personnellement contre les griefs qui lui sont faits par les héritières tant du point de vue civil que pénal et disciplinaire, le recourant doit défendre exclusivement les intérêts personnels de son client. Un conflit d'intérêts devrait donc être admis au moins dans la mesure où une représentation indépendante ne semble plus possible dans chacune des procédures respectives. Les intérêts personnels de l'exécuteur testamentaire que le recourant doit défendre en tant que son représentant sont en effet en conflit avec ses devoirs d'exécuteur testamentaire.

La Commission de surveillance a retenu de cet état de fait une violation de l'art. 12 let. c LLCA.

Le Tribunal administratif quant à lui a pour l'essentiel confirmé la décision de la commission de surveillance. Il a d'abord indiqué que Me A n'était mandaté que par l'exécuteur testamentaire, raison pour laquelle il ne représentait pas formellement les intérêts des héritières. Les conseils juridiques donnés à l'exécuteur testamentaire par le recourant dans le cadre du partage successoral ne conduisaient pas encore à un conflit d'intérêts. Il a en outre retenu que l'exécuteur testamentaire agissait de manière indépendante conformément aux prescriptions du testateur et, d'un point de vue objectif, dans l'intérêt des héritiers, légataires et créanciers. La défense des intérêts de ces derniers signifiait que l'exécuteur testamentaire ne devait pas se trouver dans une situation de conflit d'intérêts qui nuirait à la conduite de sa mission. Les obligations liées à cette mission devaient également être respectées par l'avocat qui représente l'exécuteur testamentaire vis-à-vis des héritières. L'exécuteur testamentaire a la compétence de mener des procédures, de sorte qu'il peut agir ou défendre dans des procédures de la succession indépendamment et en son propre nom, mais pour le compte de la succession. Si l'exécuteur testamentaire ou un représentant désigné par lui agit en tant que conseil à la procédure, cela a un impact sur la succession, qui est la propriété commune des héritiers et affecte ainsi leurs intérêts. Par conséquent, les actions du recourant ont eu un impact direct sur la propriété des héritières dénonciatrices, bien qu'il n'ait eu aucun lien contractuel avec elles. Une relation avec les héritières existait dans le fait que la rémunération de l'exécuteur testamentaire et le remboursement de ses dépenses – et donc aussi la rémunération des auxiliaires

qu'il avait mandatés – sont des dettes successorales et que, outre la succession, les héritiers en sont personnellement responsables. La juridiction inférieure en a conclu que le recourant et les héritiers sont ainsi dans une relation particulièrement étroite. Comme défenseur de l'exécuteur testamentaire, le recourant devait contester les allégations des héritières dans l'intérêt de son client. En raison de son devoir de loyauté, il devait pleinement conseiller l'exécuteur testamentaire, ce qui a modifié son mandat de simple auxiliaire de l'exécuteur testamentaire en un mandat de défenseur actif. Cela signifiait que Me A traitait désormais le mandat d'exécuteur de manière partielle dans la mesure où son exercice était attaqué par les deux héritières. Dans ces conditions, le recourant ne disposait pas de l'indépendance nécessaire pour représenter l'exécuteur testamentaire contre deux des trois héritières. Cela est d'autant plus vrai que selon la plainte pénale déposée par les héritières, les agissements du recourant ont eu un effet sur la succession.

Contrairement à la commission de surveillance, la juridiction inférieure est arrivée à la conclusion que ce comportement ne violait pas l'art. 12 let. c LLCA, parce qu'il manquait une relation contractuelle entre l'avocat et les dénonciatrices. Le recourant n'était pas non plus tenu de protéger les intérêts des deux héritières dans la mesure où ils allaient au-delà de son mandat de simple auxiliaire de l'exécuteur testamentaire. Cependant, la juridiction inférieure a considéré ce comportement comme une violation de l'obligation d'exercer la profession avec soin et diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA. La faute devait être qualifiée de grave dès lors qu'elle était susceptible de remettre en cause la confiance dans la personne de l'avocat ou dans la profession d'avocat.

Le Tribunal fédéral ne trouve pas de raison de critiquer la décision de l'instance inférieure.

### 3. Sur la diligence

Au contraire, selon le Tribunal fédéral, comme le souligne à juste titre le Tribunal administratif du canton de Zurich, l'exécution testamentaire (art. 517 et 518 CC) est une institution *sui generis* de droit privé. L'exécuteur testamentaire n'est ni un représentant ni un fiduciaire du testateur ou des héritiers, mais a une tâche objective qui est déterminée par les dernières volontés du testateur et par l'ordre juridique. L'exécuteur testamentaire agit de manière indépendante et en son propre nom, mais pour le compte de la succession, conformément aux dispositions du testateur et d'un point de vue objectif dans l'intérêt des héritiers, légataires et créanciers. Il dispose également de pouvoirs étendus en matière de contentieux. Si nécessaire, l'exécuteur testamentaire peut ou doit faire appel à des auxiliaires, en particulier des spécialistes ayant des connaissances particulières (par exemple des avocats). Bien entendu, cela s'applique également dans le cadre de la conduite d'un procès pour le compte de la succession. Enfin, l'exécuteur doit être autorisé à se défendre contre les reproches formulés par les héritiers et à cet effet se faire représenter par des avocats.

Il n'est pas contesté en l'espèce qu'une relation de mandat n'existait qu'entre le recourant et l'exécuteur testamentaire. Cela concerne autant les actions de Me A en tant qu'auxiliaire de l'exécuteur testamentaire dans le cadre de la succession que la représentation de l'exécuteur dans la procédure initiée par l'une des héritières. Il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que le recourant entretenait avec les héritières une relation allant au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution des tâches qui lui étaient confiées par l'exécuteur testamentaire. Pour sa part, le recourant conteste l'existence de liens tant juridiques qu'émotionnels entre lui et les filles du testateur. Il n'y a aucune raison de douter de l'exactitude de ses déclarations.

Cependant, c'est dans la nature particulière de l'institution d'exécution testamentaire que les actions de l'exécuteur testamentaire affectent également les intérêts des héritiers. Cela vaut également pour les auxiliaires qu'il a recrutés. En tant qu'auxiliaire de l'exécuteur testamentaire, Me A était tenu d'accomplir les tâches qui lui étaient confiées, d'un point de vue objectif, dans l'intérêt des héritiers, des créanciers et du testateur. Par conséquent, la juridiction inférieure a eu raison de retenir qu'il existait une relation étroite entre le recourant et les héritières. Comme déjà indiqué, l'avocat est tenu de remplir son mandat uniquement dans l'intérêt de son client. Cela présuppose qu'il ne doit exister aucune relation qui pourrait nuire à la gestion du mandat. En particulier, l'avocat doit être indépendant de la partie adverse.

En l'espèce, la procédure pénale dans laquelle Me A représente l'exécuteur testamentaire est liée à l'administration de la succession et a été engagée par l'une des héritières, dont le recourant, en tant qu'auxiliaire de son client, devait également prendre en compte les intérêts. Dans ces conditions, il faut considérer avec la juridiction inférieure que le recourant n'avait pas l'indépendance requise vis-à-vis des filles du testateur pour représenter l'exécuteur testamentaire. En outre, on peut se demander si le recourant, qui avait déjà conseillé le testateur et qui avait agi comme auxiliaire de l'exécuteur testamentaire et le représentait dans la procédure pénale, avait la distance nécessaire pour assurer la défense de son client avec l'objectivité et l'impartialité requises. De plus, dans cette situation particulière, il ne peut être exclu que le recourant – en raison de sa position d'auxiliaire de l'exécuteur testamentaire – aurait eu un intérêt propre dans l'issue de la procédure pénale. Enfin, il aurait également été possible que l'enquête pénale lui soit étendue ou qu'il soit cité à comparaître comme témoin dans la procédure.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère que c'est à juste titre que la juridiction inférieure a retenu une violation grave de l'obligation d'exercer la profession avec soin et diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA, de nature à compromettre la confiance dans la profession d'avocat. Les allégations du recourant selon lesquelles il aurait assumé la défense de son client à sa demande expresse en raison de sa connaissance particulière des détails de l'affaire n'y changent rien. Même si cela peut sembler compréhensible

compte tenu de la longue relation avec l'exécuteur testamentaire, le recourant aurait dû identifier le risque de conflit et refuser de prendre en charge sa représentation dans le cadre de la procédure pénale.

### III. Commentaires

La conclusion à laquelle arrive le Tribunal fédéral semble évidente quant à son résultat, tant la situation dans laquelle s'est mis l'avocat est ubuesque et met en cause son indépendance.

Ce qui est moins évident, c'est le raisonnement qui exclut le conflit d'intérêts.

En effet, c'est l'absence d'une relation contractuelle entre l'avocat et les héritières qui ne permet pas de conclure à la violation de l'art. 12 let. c LLCA même s'il est admis que la relation entre l'avocat et les héritières est particulièrement étroite, à tel point qu'elle met en cause son indépendance pour défendre les intérêts de son client. Le fait que l'avocat ait agi comme auxiliaire de l'exécuteur testamentaire ne crée pas plus de rapports contractuels entre l'auxiliaire et les héritières.

Il faudrait donc en déduire *a contrario* que seule une relation contractuelle entre l'avocat et le tiers qui se plaint d'une situation de conflit d'intérêts permettrait l'application de l'art. 12 let. c LLCA, ce que ne prévoit toutefois pas expressément le texte légal.

Le Tribunal fédéral a souvent rappelé que si l'interdiction de plaider en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat<sup>4</sup>, 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 figurant à l'art. 12 let. b LLCA<sup>5</sup>. Il a de même martelé 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<sup>6</sup>, 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. Il y a violation de l'art. 12 let. c LLCA lorsqu'il existe un lien entre deux procédures et que l'avocat représente dans celles-ci des clients dont les intérêts ne sont pas identiques. Il importe peu en principe que la première des procédures soit déjà terminée ou encore pendante, dès lors que le devoir de fidélité de l'avocat n'est pas limité dans le temps<sup>7</sup>. Il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA dès que survient la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat, les connaissances acquises antérieurement sous couvert du secret profes-

4 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_688/2009 du 25.3.2010 consid. 3.1, in SJ 2010 I p. 433.

5 ATF 134 II 108 consid. 3 p. 110.

6 ATF 135 II 145 consid. 9.1 p. 154; 134 II 108 consid. 3 p. 110 et les références.

7 ATF 134 II 108 consid. 3 p. 110 et les références.

sionnel, dans l'exercice d'un premier mandat. Il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner un tel conflit d'intérêts<sup>8</sup>. Un risque purement abstrait ou théorique ne suffit pas, le risque doit être concret<sup>9</sup>.

Mais le risque de conflit d'intérêt existe aussi, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans l'arrêt ici en cause, lorsque l'avocat s'est engagé à défendre les intérêts d'un client et doit prendre des décisions qui pourraient potentiellement entrer en conflit avec ses propres intérêts. Le Tribunal fédéral considère que dans ce type de situation, l'objectivité de jugement de l'avocat est affectée, ce qui pourrait remettre en cause son indépendance dans la manière de conduire la procédure et de ce fait la distance qui lui est nécessaire pour assurer la bonne défense de son client.

Dans le cas d'espèce, il n'aurait pas été surprenant que le Tribunal fédéral admette ainsi non seulement la violation de la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA mais

également celle de la prohibition du conflit d'intérêts de l'art. 12 let. c LLCA non pas en raison de l'existence d'une relation de mandat entre les dénonciatrices et l'avocat, existante ou passée, mais en raison de l'existence d'intérêts propres de l'avocat qui vont à l'encontre de ceux de son client exécuteur testamentaire.

C'est peut-être plus compte tenu du résultat auquel est arrivée l'instance inférieure, qui se tient aussi, que le Tribunal fédéral n'a pas jugé utile de revenir à la motivation de l'autorité de surveillance, bien que celle-ci nous semble également parfaitement fondée.

<sup>8</sup> Arrêts 5A\_967/2014 du 27. 3. 2015 consid. 3.3.2; 2C\_885/2010 du 22. 2. 2011 consid. 3.1.

<sup>9</sup> Arrêt 2C\_688/2009 du 25. 3. 2010 consid. 3.1, in SJ 2010 I p. 433.

Micaela Vaerini, Guy Longchamp, José-Miguel Rubido (éditeurs)

## Le droit des personnes âgées

Aspects de droit civil suisse et international



- › Un domaine du droit qui gagne en importance
- › Analyse sous l'angle du droit suisse et international

Droit personne âgée, 244 pages, broché, juin 2019, CHF 62.–

978-3-7272-3458-3

Aussi disponible sous forme de **e-book**



Commandez directement en ligne:  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

**Stämpfli**  
Editions