

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 05
Autoritesurveillanceavocats.berne@justice.be.ch
www.justice.be.ch/coursupreme

Décision

AA 16 203

Berne, 11 septembre 2017

Composition de la chambre: M. le Juge d'appel J. Bähler (Président, e.r.), M. le Juge d'appel Geiser, M. le Juge d'appel D. Bähler, M^e Labbé (rapporteur), M^e Matter, ainsi que la Greffière Spielmann



Parties à la procédure

Tribunal régional Jura bernois-Seeland,
Président A._____, rue du Château 9, 2740 Moutier

Dénonciateur

contre

B._____

Dénoncé

Objet

Procédure disciplinaire

Communication du 6 octobre 2016

Chapeau:

Conflit d'intérêts (art. 12 let. c LLCA)

L'avocat ne peut représenter l'épouse dans une procédure de divorce si, durant la procédure de séparation, il représentait les deux époux, même si ce n'est que dans le rôle de médiateur/arbitre.

Considéranrs:

- 1.1. Le Tribunal régional Jura bernois-Seeland - par lettre envoyée par le Président A._____ - a saisi le 6 octobre 2016 l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Berne quant à une éventuelle violation de l'art. 12 let. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61) commise par M^e B._____, avocat à C._____ (lieu).

L'état de fait soumis à l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Berne est celui qui a été résumé dans la décision du 6 octobre 2016 du Tribunal régional Jura bernois-Seeland. Cet état de fait a été examiné par le Tribunal régional pour déterminer l'incapacité de postuler du dénoncé dans une procédure de divorce, soit le refus par l'autorité judiciaire d'accepter l'intervention de l'avocat dans ladite procédure. Dans son jugement, le Tribunal régional a examiné à cet effet si une violation de l'art. 12 LLCA avait été commise.

Le même état de fait est soumis à l'autorité de céans pour déterminer s'il constitue la violation d'une règle professionnelle justifiant une sanction disciplinaire.

L'état de fait exposé ci-dessous se fonde ainsi en bonne partie sur le résumé des faits très complet exposé dans la décision précitée du 6 octobre 2016. Cela se justifie d'autant plus que l'avocat dénoncé y fait référence dans ses prises de position à l'autorité de céans.

- 1.2. Le 15 juillet 2016, M^e B._____ a adressé au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, agence de Moutier, au nom de l'épouse, une requête commune de divorce avec accord partiel signée des époux, une procuration signée par l'épouse (datée du 21 juin 2016), une requête de mesures provisionnelles, une requête de provisio ad litem, subsidiairement d'assistance judiciaire gratuite.

M^e D._____, représentant de l'époux, a adressé le 25 juillet 2016 à la Présidente du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, une requête en constat de l'incapacité de postuler de M^e B._____, représentant de l'épouse. Il demandait que les procédures pendantes entre les parties depuis le 15 juillet 2016 soient suspendues jusqu'à droit connu au sujet de la capacité de postuler de son confrère.

Par ordonnance du 22 août 2016, les procédures civiles susmentionnées ont été suspendues jusqu'à droit connu dans la requête en constat d'incapacité de postuler.

- 1.3. Consulté par l'épouse, M^e B._____ avait adressé le 22 janvier 2016 un courrier à l'époux l'informant de la volonté de son épouse d'entreprendre une procédure de divorce. L'époux ayant fait part par un courriel du 5 février 2016 de sa volonté de divorcer, M^e B._____ a alors fixé rendez-vous aux

deux époux le 11 mars 2016 en leur demandant de présenter toutes les pièces justificatives relatives à leur situation financière. Le dénoncé aurait déclaré à cette occasion aux époux qu'il agissait en tant que médiateur mais qu'à défaut de solution amiable, il représenterait alors l'épouse, celle-ci l'ayant consulté en premier.

Les époux ont exposé leur situation professionnelle et financière respective lors de l'entretien et ils ont ensuite complété les informations manquantes par l'envoi des documents requis par M^e B._____.

Une nouvelle entrevue réunissant les deux époux a eu lieu le 27 avril 2016. A cette occasion, l'époux a signé un document présenté par le dénoncé comme étant usuel, pour permettre à l'avocat de s'adresser à la caisse de prévoyance de l'époux en vue du partage du 2^{ème} pilier.

Par courrier du 12 mai 2016 adressé aux deux parties, M^e B._____ a résumé les situations financières respectives des époux, calculées par celui-ci sur la base des documents fournis, en concluant qu'une pension mensuelle d'au moins CHF 2'000.00 devrait être versée par l'époux, en plus des primes d'assurance-maladie de l'enfant commun. Aucune autre explication ne figurait sur ce document permettant de savoir sur quelles bases les revenus et charges des parties avaient été estimés.

L'époux s'est alors adressé à M^e D._____, considérant que les montants précités étaient invérifiables et beaucoup plus élevés que ceux articulés oralement.

- 1.4. Par courrier du 23 mai 2016, M^e D._____ a informé M^e B._____ être mandaté par l'époux dans le cadre du conflit conjugal et souhaiter obtenir les documents sur lesquels il s'était fondé pour exécuter ses calculs par ailleurs contestés par l'époux; il demandait également le document signé par l'époux à propos du partage prévoyance professionnelle (PP).

Le 25 mai 2016, le dénoncé a répondu à M^e D._____ en déclarant révoquer, au nom de l'épouse, tant la présentation sommaire de la situation financière du 12 mai 2016 que la procuration signée par l'époux aux fins exclusives de requérir des renseignements relatifs à son 2^{ème} pilier. Constatant que l'époux ne versait pas de contribution alimentaire à son épouse, M^e B._____ a ajouté qu'il entendait déposer une requête en mesures protectrices de l'union conjugale. Aucun document n'était joint à sa réponse.

Le 1^{er} juin 2016, M^e D._____ a reproché à M^e B._____ de ne pas lui avoir transmis les documents requis, et lui a indiqué que sa manière de procéder consistant à présenter son rôle comme celui d'un « médiateur » tout en se réservant, en cas de désaccord, le droit de ne représenter que l'épouse était, selon lui, contraire aux règles professionnelles. Il a ajouté qu'il contesterait la capacité de postuler de M^e B._____ si celui-ci déposait

une requête en mesures protectrices ou provisionnelles tout en se déclarant d'accord à ce que M^e B._____ poursuive de conseiller l'épouse si des discussions transactionnelles pouvaient reprendre en vue de régler les effets accessoires du divorce.

M^e B._____ a répondu le 3 juin 2016 en transmettant la procuration signée par l'époux. Cette procuration est la formule officielle de l'Association des avocats bernois, datée et signée par l'époux. Le texte habituel a cependant été biffé pour ne laisser que la mention « Un double de la présente procuration est à la disposition du mandant. La procuration est résiliable en tout temps. » Il ressort de l'en-tête de la procuration les termes suivants (sont repris en italique ceux qui sont inscrits manuellement par M^e B._____, le reste étant pré-imprimé) :

« Le soussigné, ci-après désigné le mandant, E._____, donne, par les présentes avec faculté de substitution, charge et pouvoir à M^e B._____ avocat, membre de l'Association des avocats bernois, avec élection de domicile en son étude à C._____ (lieu) aux fins de *exclusivement requérir tous renseignements sur sa PP.* ».

M^e D._____ a répondu par courrier du 7 juin 2016 que son client avait le sentiment d'avoir été trompé quant au rôle de M^e B._____ et a confirmé son intention de contester sa capacité de postuler en cas d'ouverture d'une procédure judiciaire.

- 1.5. Le 9 juin 2016, M^e B._____ a adressé à M^e D._____ une requête partielle en divorce à faire signer par l'époux.

Par courrier du 27 juin 2016, M^e D._____ a retourné la requête partielle en divorce signée par son mandant en indiquant avoir pris bonne note qu'il n'était pas indiqué sur celle-ci que les époux étaient représentés en justice. Il a maintenu que son client contestait la capacité de postuler de M^e B._____.

M^e B._____ a répondu par courrier du 30 juin 2016 en précisant : « *Je vous rappelle tout de même qu'aucune proposition de convention réglant le litige à l'amiable n'a été proposée, qu'aucun accord n'est abouti, que votre mandant n'a assumé aucune partie de mes honoraires et qu'il a eu connaissance de toutes pièces relatives à la situation financière de son épouse sauf le contrat de crédit. Je n'ai d'ailleurs eu connaissance de ce document qu'après qu'il vous ait consulté. Par ailleurs, comme vous le relevez dans votre lettre du 1^{er} juin a.c., il a été clairement rendu attentif qu'en cas de litige, je représenterais son épouse.* ».

- 1.6. Dans sa prise de position du 6 septembre 2016 faisant suite à la requête de M^e D._____ de constater l'incapacité de postuler de M^e B._____, celui-ci a indiqué que ladite requête ne se fondait sur aucune base légale, qu'elle était totalement déplacée, qu'elle relevait de l'inconvenance et de

procédés téméraires au sens de l'art. 128 de la Code de procédure civile (CPC; RS 272) et violait de façon grave les règles les plus élémentaires de la confraternité de la profession d'avocat.

M^e B._____ s'est ainsi demandé quel était l'intérêt de cette intervention et a expliqué avoir toujours essayé de trouver des solutions amiables aux litiges conjugaux dont sont en particulier victimes les enfants. Il a en outre précisé : « *Il est exact que lorsque l'autre époux accepte cette façon de faire, il est informé que le soussigné agit comme « médiateur/conciliateur » pour autant qu'aucun effet accessoire de la séparation / divorce ne soit litigieux. Dans ce dernier cas, il demeure libre de consulter son propre avocat.* ».

M^e B._____ a démenti avoir commis une quelconque faute et a relevé ne pas voir en quoi le fait de faire signer une procuration exclusivement aux fins de requérir des informations relatives au 2^{ème} pilier à l'époux, ne serait pas possible.

- 1.7. Dans sa décision du 6 octobre 2016, le Tribunal régional a retenu que M^e B._____ avait reconnu avoir été approché par l'épouse qui avait l'intention de divorcer, avoir ensuite demandé à l'époux s'il souhaitait « divorcer à l'amiable », puis d'avoir indiqué, vu l'accord de l'époux, qu'il agissait comme médiateur et qu'en cas de mésentente, il ne représenterait que l'épouse.

M^e B._____ a encore indiqué qu'il ne proposait cette manière de procéder que pour autant qu'aucun effet accessoire de la séparation ou du divorce ne soit litigieux. Or, dans le cas particulier, le dénoncé écrivait dans sa requête de provisio ad litem: « la procédure s'annonce difficile. Les points litigieux concernent les contributions d'entretien pour l'enfant et pour l'épouse ainsi que la liquidation du régime matrimonial qui nécessitera une expertise de l'immeuble de l'époux. »

- 1.8. Le Tribunal régional a dès lors examiné la capacité de postuler de M^e B._____ sous l'angle de l'art. 12 LLCA.

Dans un premier temps, le Tribunal régional a examiné si M^e B._____ avait toujours agi, dans son rôle de médiateur/conciliateur, dans le cadre de sa profession d'avocat et s'il était soumis à l'art. 12 LLCA. Retenant que le rôle qui lui avait été confié par les parties en tant que médiateur, conciliateur ou conseiller ne l'avait été que parce que M^e B._____ était avocat, le Tribunal régional a estimé que ce dernier était donc soumis, dans le cadre de ce premier mandat aux règles professionnelles et déontologiques relatives à la profession d'avocat. Ce faisant, le Tribunal régional a retenu, toujours dans le cadre de ce premier mandat, que rien ne pouvait être reproché à M^e B._____ en terme de conflits d'intérêts; il avait alors agi pour les deux parties dans un rôle de médiateur.

Le Tribunal régional a ensuite examiné, notamment sous l'angle de l'art. 13 CSD (Code suisse de déontologie) qui interdit à l'avocat d'assumer successivement deux mandats contradictoires, si, malgré le fait que les parties avaient été informées qu'en cas de désaccord M^e B._____ représenterait l'épouse, il pouvait devenir le mandataire de l'une des parties contre l'autre.

Dès le mandat confié à M^e D._____ par l'époux, le dénoncé n'a plus que défendu les intérêts de l'épouse. Le Tribunal a estimé que M^e B._____ avait conclu un nouveau mandat avec l'épouse, son rôle n'étant alors plus de concilier les parties en vue de rédiger une convention complète sur les effets du divorce, mais de défendre les seuls intérêts de l'épouse afin d'obtenir la meilleure contribution d'entretien possible et une liquidation du régime matrimonial avantageuse pour l'épouse.

Le Tribunal régional a retenu que l'avocat ne peut accepter un nouveau mandat contre un ancien client que s'il peut exclure de devoir faire état de circonstances dont il a eu connaissance dans le cadre du précédent mandat et qui sont couvertes par le secret professionnel. Il a ajouté que, pour qu'il y ait conflit d'intérêts, la seule existence de la possibilité d'utiliser dans un nouveau mandat, consciemment ou non, les connaissances acquises dans le cadre du premier sous couvert du secret professionnel suffit, avec pour conséquence que l'avocat doit renoncer au nouveau mandat envisagé.

Par conséquent, le Tribunal a retenu que la possibilité existait concrètement que M^e B._____ soit tenté, consciemment ou non, d'utiliser les informations recueillies dans le cadre du premier mandat contre son ancien client, dans les procédures matrimoniales ouvertes contre lui au nom de l'épouse. Le Tribunal a dès lors considéré que M^e B._____ avait ainsi violé l'art. 12 let. c LLCA, respectivement l'art. 13 CSD.

Le Tribunal a interdit à M^e B._____ de représenter l'épouse dans le cadre du litige matrimonial qui l'oppose à l'époux et lui a imparti un délai de 10 jours pour se départir de ce mandat.

Un recours a été adressé à la Cour suprême contre cette décision le 19 octobre 2016 dont l'issue n'est pas encore connue à ce jour.

2. L'interdiction de postuler est la conséquence de l'existence d'un conflit d'intérêts. C'est cette même question que l'Autorité de surveillance a à examiner.

Plus précisément, il convient d'examiner si les faits résumés ci-dessus constituent un conflit d'intérêts pour l'avocat au sens de l'art. 12 LLCA, et si une faute professionnelle a été commise.

Appelé à prendre position par l'Autorité de surveillance des avocats, M^e B._____ a, par courrier du 2 novembre 2016, confirmé ses précédentes

déclarations, notamment la chronologie des faits rappelée ci-dessus, et contesté que les deux époux avaient été ses mandants et qu'il aurait agi ensuite contre l'un de ses anciens clients. Il a ensuite précisé qu'aucun projet de convention n'avait pu être ébauché et que seul un projet de calcul de contribution avait pu être proposé.

Il a conclu à ce qu'il soit renoncé à l'ouverture d'une procédure disciplinaire et que l'affaire soit classée, sous suite des frais et dépens.

Par ordonnance du 18 novembre 2016, l'Autorité de surveillance a informé avoir pris acte de la prise de position précitée et a décidé d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de M^e B._____, pour violation éventuelle de l'art. 12 let. c LLCA, lui accordant un nouveau délai pour une prise de position plus détaillée sur les griefs dont il fait l'objet.

Dans sa prise de position du 12 décembre 2016, le dénoncé a répété avoir expressément rendu l'époux attentif au fait qu'il représenterait exclusivement l'épouse au cas où un seul effet du divorce ne pouvait être réglé, s'agissant là de la pratique usuelle du dénoncé.

Il admet par contre avoir essayé de régler à l'amiable le litige « selon les instructions de sa cliente », avoir rencontré les époux à deux reprises, avoir sollicité, et partiellement obtenu, des deux époux des documents quant à leur situation financière, avoir fait signer à l'époux une procuration pour obtenir son décompte de prévoyance professionnelle et avoir formulé une proposition de contribution d'entretien à verser par l'époux à l'épouse.

Bien qu'il admette avoir cherché à régler à l'amiable le litige, le dénoncé conteste avoir agi comme « médiateur-conciliateur » et avoir travaillé dans le cadre d'un premier mandat pour les deux parties. Il fait valoir ne pas avoir utilisé des informations contre l'époux et précise que toutes les pièces recueillies auraient été demandées par le juge, conformément à la pratique des tribunaux. Il conteste ensuite avoir conclu un « nouveau mandat », conteste avoir expliqué aux époux que c'est parce l'épouse l'avait consulté en premier, qu'il était préférable de régler leur divorce à l'amiable pour des raisons de coûts, que si chaque époux avait son propre avocat, le divorce ne se faisait pas à l'amiable et que l'époux devrait payer une contribution globale durant un minimum de 5 ans de l'ordre de CHF 1'000.00 à 1'500.00. Il ajoute qu'il n'a pas pu avoir tenu de tels propos dans la mesure où il ne connaissait pas encore la situation financière respective des deux époux à ce moment-là.

M^e B._____ précise encore que la procuration signée par le requérant n'était pas une procuration générale et qu'elle n'était destinée qu'à obtenir des informations auprès de la caisse de pension de l'époux. Il ajoute que si la proposition du 12 mai 2016 ne contenait pas de pièces justificatives, l'urgence en était la cause.

Quant à la question de savoir si l'époux avait connaissance de toutes les pièces justificatives, M^e B._____ précise que tous les documents en sa possession avaient été soumis aux deux parties.

Le dénoncé relève qu'il n'a en aucun cas agi en qualité de médiateur/conciliateur, ce qu'il avait pourtant admis dans son courrier du 6 septembre 2016 adressé au Tribunal régional. Il conteste ainsi avoir été mandaté, dans le cadre d'un premier mandat, par les deux parties et d'avoir conclu un second mandat, ensuite, seulement avec l'épouse.

3. La compétence de l'Autorité de surveillance des avocats à raison de la matière et du lieu est donnée sur la base de l'art. 14 LLCA en relation avec l'art. 12 de la loi cantonale sur les avocats et les avocates (LA, RSB 168.11), M^e B._____ étant inscrit au registre des avocats du canton de Berne.
4. Depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, cette dernière définit les règles professionnelles de façon exhaustive, des dispositions cantonales divergentes n'ayant plus de raisons d'être (Message concernant la LLCA, FF 1999, p. 6039 et 6054 ; ATF 130 II 270). Dans une mesure limitée, il est possible de tenir compte des dispositions cantonales en matière d'us et coutumes appliquées antérieurement à l'entrée en vigueur de la LLCA pour concrétiser les règles professionnelles en vigueur dans les cantons. Cette aide à l'interprétation doit se faire en mettant au premier plan l'intérêt public, et non un intérêt corporatiste comme celui qui pouvait se dégager de certaines règles statutaires des associations cantonales regroupant les avocats (FELLMANN, dans FELLMANN/ZINDEL : Kommentar zur Anwalts-gesetz, Zürich 2011, note 5 ad art. 12 LLCA).
5. Selon l'art. 12 b LLCA, l'avocat exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité. Dans la pratique, le devoir d'indépendance est rarement discuté comme règle abstraite, mais il est généralement examiné en rapport avec le problème du conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA. Cette disposition stipule que 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 (FELLMANN, op. cit., note 59 ad art. 12 LLCA).

Une violation de l'art. 12 let. b LLCA n'est pas perceptible dans le procédé dénoncé. Il y a dès lors lieu d'examiner si ces faits sont constitutifs d'une violation de l'art. 12 let. c LLCA.

Un conflit d'intérêts prohibé existe lorsque l'avocat a accepté de défendre les intérêts d'un client et doit prendre des décisions qui le conduisent potentiellement dans un conflit avec ses intérêts propres ou ceux lui étant confiés dans le cadre d'un mandat. L'avocat ne peut pas non plus défendre les intérêts d'un tiers pouvant entraver ceux d'un client dans une quelconque manière (FELLMANN, op. cit., note 84 ad art. 12 LLCA). Ceci vaut en principe

également quant aux anciens clients étant précisé que seul est prohibé le fait de défendre d'abord l'une des parties puis la partie adverse dans le cadre du même litige (FELLMANN, op. cit., note 86 ad art. 12 LLCA).

La question de la double représentation se pose souvent dans les procédures de divorce. L'avocat doit se poser la question s'il est en droit d'élaborer une convention de divorce par mandat des deux époux. Il n'est pas autorisé à préparer une convention de divorce dans la phase précédant le procès et de représenter ensuite une des deux parties en justice. Il y aurait dans ce cas le risque certain que l'autre partie ait par la suite l'impression que ses intérêts n'étaient pas suffisamment sauvegardés (FELLMANN, op. cit., note 102 ad art. 12 LLCA). Par contre, il est généralement admis que, mandaté par les deux époux, lesquels se sont préalablement entendus, l'avocat peut les conseiller et établir une convention pour leur compte, mais n'en représenter qu'une seule dans le cadre de la procédure sur requête commune, à la condition qu'il ait invité l'autre partie à consulter un mandataire indépendant afin de s'assurer que le texte proposé sauvegarde suffisamment ses intérêts. Dans un pareil cas, l'avocat doit clairement indiquer aux parties qu'il n'est en aucune façon leur mandataire commun, mais uniquement de l'un d'eux, et que son rôle se limite à la mise en forme d'un accord qu'ils ont précédemment élaboré (COMMENTAIRE ROMAND LOI SUR LES AVOCATS, édition Helbing Lichtenhahn 2010, ad 12 LLCA, page 120, note 169).

L'art. 12 LLCA vise non seulement les activités typiques de l'avocat (représentation en justice et conseil juridique) mais également l'entier des activités professionnelles de ce dernier, pour autant qu'elles aient un lien direct avec la profession d'avocat (BENOÎT CHAPPUIS, Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récente, in La pratique contractuelle 3 : Symposium en droit des contrats, Genève, p. 78, TF, 2C_889/2008). Ainsi, le rôle de « médiateur-conciliateur », entre deux personnes qui entendent entreprendre une procédure de divorce, consiste bien en une activité couverte par cette disposition. Que le dénoncé conteste aujourd'hui avoir tenu le rôle de « médiateur-conciliateur » n'y change rien : un mandat a bien existé et une procuration signée, quand bien même elle n'aurait concerné qu'un acte isolé, à savoir l'obtention d'un extrait de la caisse de pension d'un des clients. De même, le dénoncé n'a jamais prétendu avoir invité l'époux à consulter un mandataire indépendant afin de s'assurer que les démarches entreprises par le dénoncé sauvegardent suffisamment ses intérêts ni informé l'époux de cette possibilité. C'est donc à tort que le dénoncé affirme « qu'il n'a jamais travaillé dans le cadre d'un premier mandat pour les deux parties ».

La question qui se pose est de savoir si cette situation constitue un conflit de mandats opposés, à savoir si le dénoncé a successivement accepté des mandats contradictoires. Le conflit ne doit pas être que théorique. S'il doit

être concret, il n'est cependant pas nécessaire qu'il se soit matérialisé (TF, 2C_885/2010). Le Tribunal fédéral précise dans cet arrêt que « il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA dès que survient la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat les connaissances acquises antérieurement sous couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un premier mandat ». Que l'époux ait consenti, selon le dénoncé, à cette situation n'y change rien non plus : il est en effet généralement admis qu'on ne peut empêcher le client, que ce soit en matière judiciaire ou dans le domaine du conseil juridique, qu'il ne ressente un sentiment de trahison de la part de son mandataire (TF, 1B_7/2009).

Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur l'admissibilité de la double représentation dans le cadre d'une requête commune de divorce et la doctrine est partagée sur ce point. Il est cependant généralement admis que « la prudence reste de mise en tout état de cause : des conjoints en procédure de divorce, même s'ils manifestent un accord sur tous les aspects de leur séparation, sont des personnes qui ont des intérêts fondamentalement divergents par nature. Des questions difficiles se posent pour l'avocat lorsqu'il s'agit d'apprécier les risques ainsi que les avantages et inconvénients liés aux arrangements que les époux veulent souscrire en vue de leur séparation et divorce. On songe tout particulièrement ici au partage de la prestation de sortie de la prévoyance professionnelle instituée par l'art. 122 CC et à la renonciation à laquelle un époux peut procéder « pour autant qu'il puisse bénéficier d'une autre manière d'une prévoyance vieillesse et invalidité équivalente (art. 123 al. 1 CC) » (Op. cit. BENOÎT CHAPPUIS, p. 92).

Dans le cas particulier, le dénoncé lui-même écrit dans sa requête de provisio ad litem: « la procédure s'annonce difficile. Les points litigieux concernent les contributions d'entretien, pour l'enfant et pour l'épouse ainsi que la liquidation du régime matrimonial qui nécessite une expertise de l'immeuble de l'époux ». Comme relevé ci-dessus, un avocat commun est possible dans une situation peu conflictuelle. Il est cependant également généralement admis qu'il est plus adapté d'inviter les époux qui consultent communément un avocat à choisir lequel d'entre eux il représentera en justice dans la procédure de divorce sur requête commune. Cette question n'a cependant pas lieu d'être tranchée ici, dans la mesure où c'est bien plutôt la question d'agir contre un ancien client qui est en cause.

Le Tribunal fédéral a posé un certain nombre de principes, non cumulatifs, qui précisent dans quelles situations un avocat peut agir contre un ancien client. Ainsi, il faut tenir compte de la connexité entre l'objet de l'ancien et du nouveau mandat, de l'importance et la durée de l'activité déployée lors de l'ancien mandat, des connaissances que l'avocat a acquises sur son ancien mandant, de la relation de confiance persistant avec l'ancien mandant ou encore du laps de temps écoulé depuis la fin du premier mandat (SJ 2007 II 282, ATF 134 II 108). Le Tribunal fédéral a toutefois relevé que l'obligation

de ne pas représenter plusieurs parties dont les intérêts peuvent s'opposer relève de « l'obligation de délicatesse », tout en précisant « voire du devoir de fidélité envers le client, tout comme le secret professionnel, qui perdure après la fin du mandat » (TF, 1B_7/2009).

En l'occurrence, la connexité entre l'objet de l'ancien mandat et du second ne fait aucun doute, de même que les connaissances acquises. A ce sujet, le Tribunal régional Jura bernois-Seeland a retenu à juste titre qu'il y avait bien eu deux mandats successifs : le premier consistant en un mandat de « conciliation-médiation » en vue d'une procédure fondée sur l'art. 111 de la Code civil suisse (CC; RS 210) et le deuxième pour défendre les intérêts de l'épouse « en mettant tout en œuvre pour obtenir la meilleure contribution d'entretien possible et une liquidation du régime matrimonial avantageuse pour sa cliente. ».

Encore faut-il, selon la jurisprudence précitée, que le risque de conflit ainsi suscité soit concret. Selon le Tribunal régional, « il est en l'espèce manifeste que la possibilité existe concrètement que l'avocat soit tenté (consciemment ou non) d'utiliser les informations recueillies dans le cadre de son premier mandat contre son ancien client, dans les procédures matrimoniales ouvertes contre lui au nom de la requise. » Il a ainsi retenu une violation de l'art. 12 let. c LLCA.

Dans la configuration des mandats opposés, « l'avocat ne peut accepter le nouveau mandat que s'il peut exclure de devoir faire état de circonstances dont il a eu connaissance dans le cadre du précédent et qui sont couvertes par le secret professionnel » (STÉPHANE GROEDECKI ET NICOLAS JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, in SJ 2015 II 114). Ces auteurs critiquent la jurisprudence du Tribunal fédéral en ce qu'elle exige un risque concret de conflit d'intérêts. Selon ces derniers, « tout contrôle du respect par l'avocat de ses obligations de soins et de diligence à ce stade, soit précisément avant que le conflit ne se matérialise, est délicat. Or, si le conflit d'intérêts devait se réaliser, contraignant alors l'avocat à se dessaisir des deux mandats, l'ancien client pourrait légitimement ressentir une impression de trahison de la part de son ancien conseil, toutes situations susceptibles de mettre en péril la crédibilité de l'avocat et de sa fonction » (STÉPHANE GROEDECKI ET NICOLAS JEANDIN, op. cit., p. 116). Ils ajoutent qu'« il ne s'agit pas de savoir ce que coûte ou non l'intervention d'un avocat supplémentaire à la procédure, mais de tenir compte du droit de tout plaideur à bénéficier de l'assistance d'un conseil indépendant apte à agir conformément à l'art. 12 let. a et c LLCA ».

Il n'y a pas lieu de s'écarter du raisonnement du Tribunal régional. La double représentation dans le cadre d'une requête commune de divorce est en soi vivement contestée par une partie de la doctrine. Ne défendre ensuite que l'un des deux époux quand la procédure devient conflictuelle est à plus forte

raison contestable. Dans sa décision AA 15 24, l'Autorité de céans a eu à se prononcer sur un cas similaire. Elle n'a cependant, à cette occasion, pas constaté de violation de l'art. 12 LLCA retenant que l'avocat avait toujours été clair sur son rôle, avait à plusieurs occasions rappelé au dénonciateur qu'il représentait son épouse et qu'il pouvait s'adresser à un autre avocat et n'avait répondu qu'à des questions d'ordre général du dénonciateur. La situation est différente en l'espèce : aucun des courriers ou des courriels du dénoncé à l'époux ne mentionne qu'il n'agit qu'au nom de l'épouse ou que l'époux peut en tout temps s'adresser à un autre avocat, le dénoncé connaissait la situation financière de l'époux dès l'instant où il a reçu les pièces justificatives de ce dernier (le 22 avril 2016), une procuration a été signée par l'époux pour permettre à l'avocat d'agir en son nom et l'époux s'est finalement senti trahi par ce qu'il considérait comme son avocat quand, par courrier du 12 mai 2016, il lui demande une contribution alimentaire de CHF 2'000.00, sans explication de la base de calcul.

Les faits dénoncés constituent dès lors une violation de l'art. 12 let. c LLCA.

6. En cas de violation de la LLCA, l'art. 17 stipule que l'autorité de surveillance peut prononcer des mesures disciplinaires suivantes : l'avertissement, le blâme, une amende de CHF 20'000.00 au plus et l'interdiction temporaire ou définitive de pratiquer.

L'exclusion de l'avocat des débats n'est que la résultante du défaut de capacité de postuler de l'avocat et ne constitue pas une mesure disciplinaire au sens de l'art. 17 LLCA. Cela ressort de la lecture de l'art. 17 LLCA qui ne mentionne pas cette sanction au titre des mesures disciplinaires (ATF 138 II 162).

La violation de l'art. 12 let. c LLCA reprochée au dénoncé n'a pas eu de graves conséquences pour l'époux qui a pu s'adresser rapidement à un autre avocat. La profession d'avocat doit cependant être protégée de façon à ce que tout un chacun puisse s'adresser à ce dernier avec confiance, en sachant qu'il va être correctement informé de ses droits et qu'aucune information recueillie dans le cadre du mandat conclu ne sera ensuite utilisée à ses dépens. Il en va de la sécurité des rapports client-avocat. En l'occurrence, le dénoncé n'a pas informé clairement l'époux ni de son rôle ni du possible conflit d'intérêts susceptible de se présenter. Après un premier mandat commun aux deux époux, il a accepté de ne défendre que l'épouse dans une procédure potentiellement conflictuelle, alors même que certaines informations lui avaient été fournies dans le cadre du premier mandat.

La faute professionnelle n'étant pas grave, il y a lieu de prononcer un avertissement à l'encontre du dénoncé.

7. Vu l'issue de la procédure, les frais de celle-ci sont mis à la charge du dénoncé (art. 35 al. 1 LA).

8. Il sera communiqué à la dénonciatrice le sort donné à sa dénonciation, par courrier séparé (art. 32 al. 2 LA).

Pour ces motifs,

l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Berne

1. **dit** que M^e B. _____ est sanctionné pour violation de l'art. 12 let. c LLCA par un avertissement;
2. **met** les frais de la procédure par CHF 1'500.00 à la charge du dénoncé;
3. a notifier au dénoncé;
4. il sera communiqué à la dénonciatrice le sort donné à sa dénonciation, par courrier séparé (art. 32 al. 2 LA).

Berne, 11 septembre 2017
(Exemplaire du 12 septembre 2017)

Au nom de l'Autorité de surveillance
des avocats

Le Président, e.r.:

J. Bähler, Juge d'appel

La Greffière:

Spielmann

Voies de recours

La présente décision peut faire l'objet d'un recours dans les 30 jours à compter de sa notification auprès du Tribunal administratif du canton de Berne selon l'art. 22 de la loi sur les avocats et les avocates du 28 mars 2006 (LA; RSB 168.11) en corrélation avec les art. 74 ss de la loi sur la procédure et la justice administratives du 23 mai 1989 (LPJA; RJB 155.21).

Les textes de lois cantonales sont disponibles sur internet à l'adresse www.belex.sites.be.ch, ceux des lois fédérales sur <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html>.

Remarques:

Un recours a été déposé contre la décision auprès du Tribunal administratif du canton de Berne. Suite au retrait du recours, le Tribunal administratif a, par jugement du 11 décembre 2017 (100.2017.281), rayé la procédure de recours du rôle.