

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Bern
Téléphone +41 31 635 48 05
Fax
anwaltsaufsicht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Décision

AA 17 218

Berne, le 7 janvier 2019

Composition

Juge d'appel Studiger (Président), Me Labbé (Rapporteur), Juge
d'appel Geiser, Président du Tribunal Zürcher, Me Matter
Greffière Spielmann

Participants à la procédure

Tribunal régional du Jura bernois-Seeland, Rue de l'Hôpital 14,
2501 Biel/Bienne

dénonciatrice

contre

A. _____

représenté par **B.** _____

dénoncé

Objet

procédure disciplinaire

dénonciation du 15 décembre 2017

Chapeau:

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

Le Tribunal régional Jura bernois-Seeland a interdit à un avocat de continuer de représenter son client dans une procédure de divorce (selon l'art. 112 CC) et a fait une annonce auprès de l'Autorité de surveillance des avocats. Celle-ci est également parvenue à la conclusion qu'il y avait conflit d'intérêts. L'avocat qui, sur mandat des deux époux, met sur pied une convention dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, et successivement ne représente que l'époux dans la procédure de divorce, commet une violation des règles professionnelles.



Considérants:

1. a)

Le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, par sa Présidente C._____, a saisi le 15 décembre 2017 l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Berne par la communication de sa décision (CIV 17 1662) du même jour rendue à l'encontre de Me A._____ (dossier, pp. 1-17).

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 précitée du 15 décembre 2017 du Tribunal régional Jura bernois-Seeland. Par cette décision, le Tribunal régional a constaté l'incapacité de postuler du dénoncé, lui a interdit de représenter son client dans le cadre d'un litige matrimonial (procédure de divorce avec accord partiel selon l'art. 112 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), lui a imparti un délai de 10 jours pour se départir de son mandat, et a imparti au mari un délai de 20 jours pour mandater un autre avocat ou indiquer qu'il renonce à être représenté par un mandataire professionnel.

Dans son jugement, le Tribunal régional a examiné si une violation de l'art. 12 let. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (Loi sur les avocats, LLCA; RS 935.61), qui commande à l'avocat d'éviter les conflits d'intérêts, 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

b)

Le 23 juin 2016, Me A._____ a adressé au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, au nom des deux époux, une requête en homologation d'une convention de séparation, et une requête d'assistance judiciaire pour les deux époux.

Par courrier du 24 juin 2016 au tribunal, le dénoncé s'est référé à un entretien téléphonique du même jour et a confirmé qu'il représentait les deux époux.

Informé par courrier du 4 juillet 2016 du Tribunal de la pratique bernoise constante fondée sur l'art. 12 lit. c LLCA consistant à ne pas autoriser la représentation de deux parties opposées dans une même procédure, et invité à indiquer quelle partie il représentait, le dénoncé a signifié au tribunal, par courrier du 14 juillet 2016, qu'il entendait représenter les deux parties, vu qu'il s'agissait d'une requête commune et qu'il détenait au surplus une procuration signée par les deux époux.

Par décision du 13 octobre 2016 (CIV 16 2787 et 2788), le Tribunal régional Jura bernois-Seeland a accordé l'assistance judiciaire aux deux époux, et a désigné le dénoncé avocat d'office des deux époux ; le tribunal a en outre homologué la convention de séparation signée le 7 juin 2016 par les époux.

c)

Le 3 avril 2017, Me D._____ a adressé au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, au nom et pour le compte de l'épouse, une requête commune de divorce selon l'art. 112 CC signée par les époux les 21 et 24 février 2017, ainsi qu'une requête d'assistance judiciaire pour l'épouse (CIV 17 1662).

Par courrier du 24 mai 2017, Me A._____ a déposé une copie de sa procuration et une requête d'assistance judiciaire pour l'époux, toutes deux datées du 14 mai 2017 ; il a également requis la production du dossier de la procédure de séparation.

Dans sa prise de position du 31 mai 2017 sur la requête d'assistance judiciaire de l'époux, Me D._____, pour l'épouse, a soulevé que Me A._____ avait été désigné avocat d'office des deux époux dans la procédure antérieure de séparation et a laissé au tribunal le soin de statuer d'office sur la question de savoir s'il est en droit de désigner Me A._____ avocat d'office dans cette procédure.

Par ordonnance du 2 juin 2017, Me A._____ a été invité à prendre position à ce sujet.

Par courrier du 5 juillet 2017, Me A._____ a contesté l'existence d'un conflit d'intérêts (« puisqu'il s'agit d'une requête commune en divorce »), respectivement d'une incapacité de postuler, dans le cadre de la procédure de divorce et a maintenu vouloir représenter l'époux.

Par décision du 15 septembre 2017, l'assistance judiciaire a été accordée à l'épouse et Me D._____ a été désigné comme son avocat d'office.

Par courrier du 20 septembre 2017, Me D._____ a pris acte du courrier du dénoncé du 5 juillet 2017, a fait valoir que le fait que le principe du divorce n'était pas litigieux n'autorisait pas Me A._____ à représenter l'époux contre sa cliente dont il a été le mandataire dans la procédure de mesures protectrices, et a prié le tribunal de nommer à l'époux un autre mandataire s'il devait mettre l'époux au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par décision du 25 octobre 2017, la requête d'assistance judiciaire de l'époux a été rejetée, l'indigence n'étant pas établie.

A sa demande, le Tribunal a ensuite été informé par le secrétariat de Me A._____ qu'il maintenait son mandat en tant que mandataire privé de l'époux (mention du 16 novembre 2017, dossier divorce p. 52).

d)

Dans sa décision du 15 décembre 2017, le Tribunal régional a dès lors examiné la capacité de postuler de Me A._____ dans la procédure de divorce, sous l'angle de l'art. 12 lit. c LLCA.

Le Tribunal régional s'est notamment référé à l'art. 13 CSD (Code suisse de déontologie), attendu que la notion de conflit d'intérêts n'est pas définie dans la LLCA, pour examiner l'hypothèse du conflit d'intérêts à raison de mandats simultanés « dans la même affaire » et à raison de mandats antérieurs. Selon l'art.

13 CSD, « 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 ».

Dans le cas particulier, Me A._____ entendait représenter l'époux dans la procédure de divorce (selon l'art. 112 CC), après avoir représenté les deux époux dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (CIV 16 2787 et 2788). Le Tribunal a ainsi considéré que l'hypothèse du conflit d'intérêts à raison de mandats antérieurs était réalisée et qu'il convenait d'examiner si, en acceptant de représenter l'époux dans la procédure de divorce, le dénoncé risquait de violer le secret des informations données par son ancienne cliente, ou par le fait d'en avoir connaissance, de lui porter préjudice.

Le Tribunal relève que les circonstances de la procédure de divorce sont totalement différentes de celles de la procédure de séparation dans laquelle il a accepté, à tort ou à raison, de donner suite à la demande de double représentation de Me A._____. Alors que la situation était non-conflictuelle dans la séparation, les époux ont déposé une requête commune de divorce selon l'art. 112 CC, soit une requête commune en divorce avec accord partiel, dans laquelle ils ont expressément déclaré confier au juge le soin de régler les effets du divorce sur lesquels subsiste un désaccord.

Les époux n'ont trouvé un accord que sur le principe du divorce ; par contre, ils n'ont trouvé aucun accord sur aucun effet du divorce. L'absence d'une situation non-conflictuelle se manifeste au surplus également par le fait que l'épouse a consulté un autre avocat pour la procédure de divorce. A défaut de conflit, les deux époux se seraient vraisemblablement adressés tous deux au même avocat, comme ils l'avaient fait pour la séparation.

Le Tribunal a estimé que Me A._____ avait conclu un nouveau mandat avec l'époux (procuration du 14 mai 2017) pour la procédure de divorce, alors qu'il avait été mandaté par les deux époux dans la procédure de séparation afin de rédiger une convention de séparation, puis la faire homologuer par le tribunal.

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 (GRODECKI/JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, dans SJ 2015 II, p. 107, 114).

Le Tribunal a ainsi retenu que la possibilité existait concrètement que Me A._____ soit tenté, consciemment ou non, d'utiliser les informations recueillies dans le cadre du premier mandat contre son ancienne cliente, dans la procédure en divorce contradictoire. Le Tribunal a dès lors considéré que Me A._____ avait ainsi violé l'art. 12 let. c LLCA, respectivement l'art. 13 CSD.

Le Tribunal a interdit à Me A._____ de représenter l'époux dans la procédure de divorce qui l'oppose à l'épouse et lui a imparti un délai de 10 jours pour se départir de ce mandat.

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 let. c LLCA, et si une faute professionnelle a été commise.

Invité par courrier du 21 décembre 2017 et ordonnances des 17 janvier et 1^{er} février 2018 de l'Autorité de surveillance des avocats à prendre position, Me A._____ a, par courrier du 7 février 2018 de son mandataire, Me B._____, (dossier, pp. 55-61), rappelé le déroulement de la procédure de divorce, notamment sa prise de position du 5 juillet 2017 adressée au tribunal (cf 1 c supra).

Me B._____ a également indiqué que le dénoncé contestait le fond de la décision du 15 décembre 2017, mais avait renoncé à recourir pour ne pas prolonger la procédure de divorce. Par son mandataire, le dénoncé fait au surplus valoir la violation du droit d'être entendu en invoquant qu'il aurait dû à nouveau être invité par le Tribunal à se prononcer avant que ce dernier ne rende sa décision du 15 décembre 2017, le téléphone du tribunal au secrétariat, permettant au tribunal de conclure que le dénoncé entendait poursuivre son mandat n'étant pas suffisant pour se déterminer sur la suite du mandat.

Le dénoncé fait aussi valoir que le Tribunal a, en sollicitant de sa part des documents complémentaires concernant l'assistance judiciaire, « créé une apparence que Me A._____ pouvait poursuivre son mandat en sollicitant des pièces de sa part tout en n'évoquant d'aucune manière dans les considérants sur l'assistance judiciaire le risque d'un éventuel conflit d'intérêts ».

Enfin, le dénoncé conteste tout conflit d'intérêts vis-à-vis de l'épouse de son client, avec laquelle il ne s'est jamais retrouvé « dans une position factuelle, procédurale ou juridique devenue incompatible ». En invoquant que son investissement dans le cadre de la procédure de divorce s'est limité à quelques brèves prises de position sur la question de l'assistance judiciaire et du mandat de représentation de son client, ceci sans aborder le fond de l'affaire et plus précisément les effets accessoires du divorce, le dénoncé nie tout conflit d'intérêts devenu concret, et partant toute infraction à l'art. 12 let. c LLCA ; il conclut dès lors à ce qu'il soit renoncé à ouvrir une procédure disciplinaire à son encontre, et que le dossier soit classé, sans frais.

3. Par ordonnance du 9 mars 2018 (dossier, pp. 69-71), l'Autorité de surveillance des avocats a pris acte de la prise de position du dénoncé du 7 février 2018, a ordonné l'ouverture d'une procédure disciplinaire pour violation éventuelle de l'art 12 let. c LLCA et a invité le dénoncé à une nouvelle prise de position sur les griefs dont il fait l'objet.

Dans sa prise de position du 16 avril 2018 (dossier, pp. 81-85), le dénoncé, par son mandataire B. _____, a complété ses remarques initiales du 7 février 2018.

Il a contesté tout conflit d'intérêts en démontrant que ses démarches dans le cadre du premier mandat étaient extrêmement modestes, comme le démontrait la courte durée de la procédure (4 mois), et les faibles honoraires réclamés.

Il a au surplus invoqué qu'aucune relation de confiance n'avait été tissée avec son ancienne cliente, ce qui était démontré par le fait qu'elle s'était adressée à un autre mandataire pour le divorce, et qu'il avait uniquement eu connaissance de la situation professionnelle et financière de l'épouse dans son premier mandat.

Le dénoncé a en outre nié un lien de connexité étroit entre les deux mandats.

Il a au surplus confirmé ne s'être jamais retrouvé vis-à-vis de l'épouse de son client dans une position, factuelle, procédurale ou juridique devenue incompatible et a insisté sur le fait que son investissement dans le cadre de la procédure de divorce s'était limité à quelques brèves prises de position sur la question de l'assistance judiciaire et du mandat de représentation de son client (avant le rejet de l'assistance judiciaire), ceci sans aborder le fond de l'affaire et plus précisément les effets accessoires du divorce. Selon le dénoncé, la procédure n'a ainsi jamais été contradictoire.

Enfin, le dénoncé a fait valoir que le mandataire de l'épouse n'a dans un premier temps émis aucune réserve concernant son mandat, de sorte qu'il en déduit que l'épouse n'avait de ce fait « strictement aucune objection à ce que Me A. _____ représente l'époux dans le cadre de la procédure de divorce et qu'elle ne considérerait pas que Me A. _____ était en possession d'informations à ce sujet qu'il pourrait utiliser à son détriment, même inconsciemment, malgré son mandat lors de la séparation ».

Le dénoncé a ainsi contesté s'être trouvé dans une situation de conflit d'intérêts et avoir contrevenu d'une quelconque manière à l'art. 12 let. c LLCA ; il a conclu à ce que la procédure disciplinaire soit classée sans frais.

4. L'Autorité de surveillance des avocats a demandé au Tribunal régional Jura bernois-Seeland l'édition des dossiers de la procédure de séparation et de divorce.
5. 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 du 28 mars 2006 (LA, RSB 168.11). Me A. _____ est certes inscrit au registre des avocats du canton de Neuchâtel, mais les éventuelles violations des règles professionnelles dénoncées concernent uniquement le canton de Berne.
6. 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 zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, note 5 ad art. 12 LLCA).

7. Selon l'art. 12 let. c LLCA, 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.

Il y a lieu d'examiner en l'espèce si les faits résumés ci-dessus 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, le plus souvent dans un contexte toutefois légèrement différent. L'avocat doit ainsi fréquemment se poser la question de savoir 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 LLCA, 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, dans La pratique contractuelle 3 : Symposium en droit des contrats, Genève, p. 78, TF,

2C_889/2008). Ainsi, le rôle de représentant des deux parties dans une procédure dans les faits non litigieuse, comme en l'espèce la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, consiste bien en une activité couverte par cette disposition. Pour cette procédure, le dénoncé disposait d'une procuration signée par les deux époux, et a insisté pour représenter les deux époux, malgré les remarques à ce sujet du tribunal et la pratique bernoise y relative. L'existence d'un premier mandat, conféré par l'épouse et l'époux, n'est pas contestable.

De même, l'existence d'un second mandat, confié au dénoncé par l'époux uniquement, dans une procédure de divorce, l'épouse étant représentée par un autre mandataire, est avérée.

La question qui se pose est de savoir si cette situation constitue un conflit d'intérêts à raison de mandats antérieurs prévue par l'art. 13 CSD. 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 ».

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 ses prises de position, le dénoncé fait valoir que la procédure de divorce n'était pas litigieuse. Or, tel n'est pas le cas. Comme relevé ci-dessus, il ressort du dossier de la procédure de divorce, dont l'édition a été requise, que les époux se sont entendus uniquement sur le principe du divorce ; par contre, aucun accord n'a été trouvé sur les effets du divorce, en particulier sur la réglementation relative à l'enfant mineur, E._____, né le F._____ (date) (prise en charge, relations personnelles, entretien), sur la liquidation du régime matrimonial, sur l'entretien après divorce (art. 125 CC) ou sur le partage des avoirs de prévoyance professionnelle. 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 (séparation) et du second (divorce) ne fait aucun doute ; le deuxième mandat apparaît comme la suite logique ou la continuation du premier mandat. De même, les connaissances acquises dans le premier mandat, notamment la situation financière et professionnelle de l'épouse, influencent des questions se posant également dans le second mandat (entretien, liquidation du régime matrimonial, ...). L'argumentation du dénoncé ne saurait être suivie ; la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale puis de divorce sont clairement connexes.

Même s'il a été possible de conclure une convention de séparation dans le premier mandat en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, la situation du couple a dû faire l'objet par le dénoncé d'un examen exhaustif afin de régler notamment la question de l'entretien de l'enfant ; le dénoncé a ainsi eu connaissance de la situation professionnelle et financière de l'épouse et du mode d'organisation familial pour la prise en charge de l'enfant né en F._____ (année).

Le dénoncé fait valoir que son activité pour le premier mandat commun a été réduite, et que son activité dans le second mandat n'a pas porté sur des questions litigieuses. Le dénoncé ne saurait être suivi ; la décision du Tribunal régional a fait que son intervention s'est limitée à la phase initiale de la procédure de divorce et qu'elle n'a pas porté sur les questions de fond. Pendant cette phase, aucun effet accessoire du divorce n'a été réglé. La poursuite du mandat aurait inévitablement conduit le dénoncé à traiter des questions litigieuses vu que les questions de fond n'ont pas été abordées et par conséquent réglées dans la phase initiale ; la lecture du dossier de la procédure de divorce, pour la phase postérieure à l'intervention du dénoncé, démontre clairement que la procédure est contradictoire.

Le dénoncé fait en outre valoir qu'aucune relation de confiance n'a été nouée entre lui et l'épouse, comme le démontre le fait qu'elle ait mandatée un autre avocat. Il existe de multiples raisons pour confier un mandat à un nouvel avocat, de sorte qu'on ne peut nullement en déduire l'absence d'une relation de confiance. Le fait de confier ensemble avec son époux un mandat commun dans le cadre de la séparation tend au contraire à démontrer l'existence d'une relation de confiance avec le dénoncé.

Contrairement à ce que prétend le dénoncé, l'avocat de l'épouse s'est clairement opposé au mandat du dénoncé et a expressément demandé au tribunal, par son courrier du 20 septembre 2017, de constater que Me A._____ n'était pas autorisé à représenter l'époux contre sa cliente. L'épouse s'est donc expressément

opposée à ce que son ancien avocat agisse contre elle dans la procédure de divorce.

Le premier mandat a été confié par les deux époux au dénoncé. La procédure de séparation a été clôturée le 13 octobre 2016 par la décision du tribunal.

Le second mandat a été confié par l'époux au dénoncé le 14 mai 2017 (selon procuration), soit 7 mois après le jugement, pour défendre les seuls intérêts de l'époux contre l'épouse, elle-même représentée par un autre avocat, en mettant tout en œuvre pour obtenir le meilleur résultat pour son client, comme l'exigent son obligation de fidélité et son devoir de diligence selon l'art. 398 al. 2 du Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO; RS 220).

A défaut d'accord sur les effets du divorce, ce second mandat consiste pour le dénoncé à tout mettre en œuvre pour éventuellement obtenir la garde de l'enfant et obtenir la meilleure contribution d'entretien possible, ou dans l'hypothèse d'une garde confiée à la mère d'obtenir une contribution d'entretien aussi faible que possible, à obtenir une liquidation avantageuse du régime matrimonial et un partage équitable des avoirs de prévoyance professionnelle.

Le dénoncé invoque au surplus la violation de son droit d'être entendu. Ce grief ne saurait être retenu, dans la mesure où le dénoncé a fait usage de son droit par sa prise de position du 5 juillet 2017. Même une violation de son droit d'être entendu dans la procédure de divorce, contestée en l'espèce, n'aurait aucune influence sur une éventuelle violation de l'art. 12 let. c LLCA.

Le dénoncé fait en outre valoir que le Tribunal a, en sollicitant des pièces relatives à la situation financière de son client pour statuer sur la requête d'assistance judiciaire, créé l'apparence qu'il pouvait poursuivre son mandat. A ce sujet, il convient de constater que c'est par la même ordonnance du 15 septembre 2017 que le tribunal a pris acte du courrier du dénoncé du 5 juillet 2017 et a réclamé les pièces non produites avec la requête d'assistance judiciaire. Il est bon de rappeler qu'une décision d'assistance judiciaire porte en premier lieu sur l'indigence du requérant, et que l'assistance judiciaire peut être accordée pour les frais judiciaires uniquement, soit également à un requérant qui n'est pas assisté par un avocat. L'assistance judiciaire a été rejetée, car l'indigence n'a pas été établie, de sorte que la question de la représentation par le dénoncé ne s'est logiquement pas posée dans cette décision. Le grief soulevé par le dénoncé ne saurait ainsi être retenu.

Enfin, le dénoncé avance qu'il faut, selon la jurisprudence précitée, que le risque de conflit ainsi suscité soit concret. Le Tribunal régional a admis à juste titre qu'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 ancienne cliente, dans la procédure matrimoniale de divorce.

Dans la configuration des mandats opposés ou antérieurs, « 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» (STEPHANE GROEDECKI ET NICOLAS JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, dans SJ 2015 II 114). Dans leur contribution, Stéphane Groesecki et Nicolas Jeandin 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 du mandat, 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 » (STEPHANE 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 ».

Comme l'a admis à juste titre le Tribunal régional, il ressort de ce qui précède qu'en acceptant de représenter l'époux dans la procédure de divorce, après avoir représenté l'épouse dans la précédente procédure, le dénoncé a assumé successivement deux mandats successifs et opposés, malgré la présente évidente d'un conflit d'intérêts.

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

8. 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 de la procédure de divorce 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'épouse ni 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 tenu compte de son premier mandat confié en commun par les deux époux, avant d'accepter le mandat confié par l'époux uniquement. Vu l'argumentation présentée par le dénoncé, il va de soi qu'il n'a nullement informé l'époux du possible conflit d'intérêts susceptible de se présenter. Après un premier mandat commun confié par les deux époux, il a accepté de ne défendre que l'époux dans une procédure potentiellement conflictuelle, alors même que certaines informations lui avaient été fournies dans le cadre du premier mandat par l'épouse.

La faute professionnelle étant objectivement incompréhensible, mais subjectivement d'une gravité relative, il y a lieu de prononcer un blâme à l'encontre du dénoncé.

9. Vu l'issue de la procédure, les frais de celle-ci sont mis à la charge du dénoncé (art. 35 al. 1 LA).
10. 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 Me A. _____ est sanctionné pour violation de l'art. 12 let. c LLCA par un blâme ;
2. **met** les frais de la procédure par CHF 2'000.00 à la charge du dénoncé ;
3. notifie la présente décision au dénoncé ;
4. communique à la dénonciatrice le sort donné à sa dénonciation, par courrier séparé (art. 32 al. 2 LA) dès l'entrée en force de la décision ;
5. communique la présente décision à l'Autorité surveillance des avocates et des avocats du Canton de Neuchâtel (art. 16 al. 3 LLCA) dès l'entrée en force de la décision.

Berne, le 7 janvier 2019
(Exemplaire du 10 janvier 2019)

Au nom de l'Autorité de surveillance des
avocats

Le Président:

Juge d'appel Studiger

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.be.ch/lois, ceux des lois fédérales sur www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html

Remarques:

Un recours a été déposé contre la décision auprès du Tribunal administratif du canton de Berne. Le recours a été rejeté par jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 8 juillet 2019 (100.2019.60).