

CHAMBRE DES AVOCATS

Décision du 8 avril 2019

Composition : Mme COURBAT, présidente
Mes Henny, Jornod et Amy, membres, Me Wellauer,
membre suppléant

Greffier : M. Hersch

* * * * *

La Chambre des avocats prend séance au Palais de justice de l'Hermitage, à Lausanne, pour statuer sur la requête déposée le 11 février 2019 par F._____ tendant à faire constater l'incapacité de postuler de l'avocat K._____ dans le cadre des mandats confiés à ce dernier par U._____.

Délibérant à huis clos, la Chambre des avocats retient ce qui suit :

En fait :

1. Le 17 décembre 2015, F._____ a déposé devant la Chambre patrimoniale cantonale une action contre V._____ SA, au pied de laquelle elle a conclu à l'annulation de décisions prises les 27 juin 2013, 17 octobre 2013 et 24 juin 2014 par l'assemblée générale de cette société. V._____ SA était alors représentée par Me K._____. U._____ était son administrateur président et F._____ une actionnaire minoritaire.

Le 5 juillet 2016, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé la faillite de V._____ SA.

Le 18 août 2016, l'action en annulation de décisions de l'assemblée générale pendante devant la Chambre patrimoniale cantonale a été suspendue en application de l'art. 207 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 ; RS 281.1) jusqu'à décision de la masse en faillite sur la continuation du procès.

2. L'état de collocation dans la faillite de V._____ SA en liquidation a été publié le 27 février 2018 dans la Feuille des avis officiels.

Le 19 mars 2018, F._____ a déposé une action en contestation de l'état de collocation à l'encontre d'U._____. Le même jour, U._____ en a fait de même à l'encontre de F._____. Dans ces deux procédures, U._____ est représenté par Me K._____.

Le 29 mars 2018, F._____ s'est fait céder les droits de la masse en faillite de V._____ SA en liquidation en vue d'intenter une action en responsabilité au sens des art. 752 ss CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) à l'encontre d'U._____ ainsi qu'une action révocatoire au sens des art. 285 ss LP à l'encontre du précité et deux actions révocatoires à l'encontre de la société [...] SA en liquidation concordataire.

3. Le 12 juin 2018, le Substitut de l'Office des faillites de l'Est vaudois a informé la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale que le créancier U._____, représenté par Me K._____, avait demandé la cession des droits de la masse en faillite de V._____ SA dans le cadre de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale de celle-ci.

Le 20 juin 2018, la procédure en annulation des décisions de l'assemblée générale a été reprise devant la Chambre patrimoniale cantonale.

4. Le 4 juillet 2018, F._____ a déposé une requête en interdiction de postuler de Me K._____ dans le cadre de la procédure en annulation des décisions de l'assemblée générale de V._____ SA en liquidation.

Par décision du 16 janvier 2019, la Chambre des avocats a rejeté la requête en interdiction de postuler déposée par F._____ et a constaté que Me K._____ pouvait continuer à représenter U._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite, dans le cadre du procès en annulation des décisions de l'assemblée générale de V._____ SA en liquidation qui l'opposait à F._____.

5. Le 23 janvier 2019, F._____ a déposé auprès de la Chambre patrimoniale cantonale une requête de conciliation dirigée contre U._____, [...], [...], [...], [...] SA, [...] SA et [...] SA en liquidation concordataire. Elle a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'U._____, [...], [...], [...], [...] SA et [...] SA soient condamnés, solidairement ou chacun dans la mesure que justice dirait, à lui verser la somme de 1'000'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 5 juillet 2016, toute augmentation étant réservée, à ce que la cession de 200 actions de [...] SA par V._____ SA en liquidation à U._____ soit déclarée inefficace avec effet au 12 janvier 2015 et à ce qu'il soit ordonné à ce dernier de lui restituer ces 200 actions, respectivement de lui verser la somme de 100'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 12 janvier 2015, toute

augmentation étant réservée, et à ce que la remise de dette accordée par les administrateurs de V. _____ SA en liquidation à [...] SA à concurrence de 1'300'000 fr. soit déclarée inefficace, [...] SA étant condamnée à rétablir cette créance au passif de sa comptabilité en faveur de F. _____ et à enregistrer cette dernière dans son état de collocation de la faillite en qualité de créancière à hauteur de ce montant et [...] SA, [...] SA et [...] SA étant condamnées, solidairement ou chacune dans la mesure que justice dirait, à verser à F. _____ la somme de 1'300'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 31 décembre 2012, respectivement le montant correspondant au dividende attribué à la créance du même montant, toute augmentation étant réservée.

Dans cette procédure également, U. _____ est représenté par Me K. _____.

6. Le 11 février 2019, F. _____ a requis qu'il soit fait interdiction à Me K. _____ de postuler dans le cadre des mandats en lien avec la faillite de V. _____ SA en liquidation confiés à ce dernier par U. _____.

Le 19 février 2019, Me K. _____ a conclu au rejet de cette requête.

En droit :

1.

1.1 Dans le canton de Vaud, la Chambre des avocats est l'autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice (art. 14 LLCA [loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats ; RS 935.61] ; art. 11 al. 1 LPAv [loi sur la profession d'avocat du 9 juin 2015 ; RSV 177.11]). Elle se saisit d'office, sur plainte ou sur dénonciation, de toute question concernant l'activité professionnelle d'un avocat (art. 11 al. 2 LPAv).

La LLCA ne précisant pas l'autorité compétente habilitée à empêcher l'avocat de plaider en matière civile, les cantons sont compétents pour la désigner. Dans le canton de Vaud, la Chambre des avocats admet sa compétence sur la base de l'art. 11 al. 2 LPAv (CAVO 5 avril 2017/4 ; CAVO 26 janvier 2016/1 ; CAVO 12 janvier 2015/2). Cette compétence a été confirmée par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP GE.2017.0082 du 7 décembre 2017 consid. 2).

1.2 En l'espèce, la Chambre de céans a été saisie d'une requête visant à constater l'incapacité de postuler de l'avocat K._____ dans le cadre des mandats en lien avec la faillite de la société V._____ SA en liquidation confiés à ce dernier par U._____. Elle est dès lors compétente.

2.

2.1 F._____ rappelle que dans le cadre du procès en annulation des décisions de l'assemblée générale de V._____ SA, Me K._____ a d'abord été mandaté par V._____ SA, avant de passer au service d'U._____, cessionnaire de la masse en faillite. Selon elle, la décision rendue le 16 janvier 2019 par la Chambre de céans occulterait le fait que dans le cadre du procès précité, l'administrateur cessionnaire des droits de la masse défendrait plus ses propres intérêts que ceux de la société en liquidation. Cette décision ne tiendrait pas non plus compte du secret professionnel auquel Me K._____ est tenu vis-à-vis de son ancienne mandante V._____ SA. Exposant qu'elle a à présent déposé une action révocatoire et en responsabilité des organes de la société à l'encontre d'U._____, la requérante fait valoir que le conflit d'intérêts entachant le mandat de Me K._____ serait désormais concret, celui-ci défendant d'une part l'administrateur cessionnaire des droits de la masse en faillite, et d'autre part l'administrateur contre une prétention de cette même masse. Me K._____ aurait en outre eu accès à l'ensemble du dossier de V._____ SA du temps où il la représentait et pourrait ainsi utiliser des informations lors du procès qui oppose son nouveau mandant à la

cessionnaire de la masse en faillite, en violation de son obligation d'indépendance et au risque de violer son secret professionnel.

Me K._____ s'étonne pour sa part que F._____ ait demandé la reconsidération d'une décision qui n'était pas encore entrée en force au moment de la seconde requête d'interdiction de postuler du 11 février 2019. Pour le surplus, les arguments soulevés par la requérante auraient déjà été traités par la Chambre des avocats dans sa décision du 16 janvier 2019. Me K._____ rappelle qu'il n'est pas le conseil de V._____ SA, celle-ci étant actuellement représentée par l'Office des faillites, de sorte qu'aucun conflit d'intérêts ne pourrait lui être reproché.

2.2 Parmi les règles professionnelles que doit respecter l'avocat, l'art. 12 let. c LLCA prévoit qu'il 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. L'interdiction de plaider en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat (TF 2C_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2). 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 -, avec l'obligation d'indépendance figurant à l'art. 12 let. b LLCA (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 ; ATF 134 II 108 consid. 3), ainsi qu'avec l'art. 13 LLCA relatif au secret professionnel (TF 2A.310/2006 du 21 novembre 2006 consid. 6.2 ; Chappuis, La profession d'avocat, tome I, 2^e éd., 2016, pp. 114 ss). Les règles susmentionnées visent avant tout à protéger les intérêts des clients de l'avocat, en leur garantissant une défense exempte de conflit d'intérêts. Elles tendent également à garantir la bonne marche du procès, en particulier en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'un de ses clients - notamment en cas de défense multiple -, respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse acquises lors d'un mandat antérieur au détriment de celle-ci (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 ; TF 1B_510/2018 du 14 mars 2019 consid. 2.1, destiné à la publication).

Un conflit d'intérêts peut survenir dans trois situations : la double représentation simultanée, les mandats opposés qui se succèdent dans le temps et les intérêts propres de l'avocat (Chappuis, La profession d'avocat, tome I, 2^e éd., 2016, p. 120 ; Grodecki/Jeandin, critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, SJ 2015 II 107, pp. 113-115).

Le Tribunal fédéral a souvent rappelé que l'avocat a notamment le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois, car il n'est alors plus en mesure de respecter pleinement son obligation de fidélité et son devoir de diligence envers chacun de ses clients (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 et les références citées ; TF 2C_898/2018 du 30 janvier 2019 consid. 5.2). Il y a notamment 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. Il y a aussi conflit d'intérêts au sens de la disposition susmentionnée 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 mandat antérieur (TF 1B_510/2018 du 14 mars 2019 consid. 2.1 et les réf. citées, destiné à la publication).

L'acceptation d'un mandat contre un ancien client pose une double problématique: le devoir de fidélité et le secret professionnel. Les critères suivants peuvent permettre de déterminer l'existence ou non de mandats opposés dans un cas concret : l'écoulement du temps entre deux mandats, la connexité (factuelle et/ou juridique) de ceux-ci, la portée du premier mandat - à savoir son importance et sa durée -, les connaissances acquises par l'avocat dans l'exercice du premier mandat, ainsi que la persistance d'une relation de confiance avec l'ancien client (TF 1B_510/2018 du 14 mars 2019 consid. 2.1 et les réf. citées, destiné à la publication).

Un risque purement abstrait ou théorique de conflit d'intérêts ne suffit pas, le risque doit être concret (TF 2C_688/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1, in SJ 2010 I p. 433). Le conflit d'intérêts est concret lorsqu'il ne résulte pas simplement d'une réflexion théorique sur les intérêts juridiques en présence. Il n'est toutefois pas nécessaire que le danger concret se soit réalisé et que l'avocat ait déjà exécuté son mandat de façon critiquable ou en défaveur de son client. Dès que le conflit d'intérêts survient, l'avocat doit mettre fin à la représentation (TF 1B_510/2018 du 14 mars 2019 consid. 2.1 et les réf. citées, destiné à la publication).

2.3 La cession selon l'art. 260 LP est une institution du droit de la faillite et du droit de procédure *sui generis* qui peut être considérée comme une sorte de « *Prozessstandschaft* », permettant au cessionnaire d'entamer un procès en son propre nom et pour son propre compte ou de reprendre celui-ci dans les mêmes conditions, sans qu'il devienne pour autant, par la cession, le titulaire de la prétention litigieuse ; ne lui est cédé que le droit d'agir à la place de la masse (ATF 144 III 552 consid. 4.1.1 ; ATF 140 IV 155 consid. 3.4.4 et les arrêts cités; ATF 139 III 391 consid. 5.1).

2.4 La présente cause soulève la question du conflit d'intérêts de l'avocat tant sous l'angle de la double représentation, que sous l'angle des mandats successifs opposés.

2.4.1 S'agissant de la problématique de la double représentation, la Chambre de céans a considéré dans sa décision du 16 janvier 2019 que Me K._____ pouvait continuer à représenter U._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite, dans le cadre de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale de V._____ SA en liquidation qui l'opposait à F._____ au motif que Me K._____ ne représentait alors pas aussi bien U._____ que V._____ SA en liquidation. Cet avocat représentait U._____ dans deux procédures en contestation de l'état de collocation, tandis que dans le cadre de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, il représentait également U._____, ce

dernier s'étant fait céder les droits de la masse au sens de l'art. 260 LP. La Chambre de céans a encore expressément précisé que l'action révocatoire et en responsabilité des organes de la société évoquée par F._____ n'avait pas encore été intentée, de sorte qu'en l'état, aucun conflit d'intérêt concret n'affectait le mandat de Me K._____ en faveur d'U._____.

La situation est désormais différente. F._____, agissant en qualité de cessionnaire de la masse en faillite, a déposé une action en responsabilité des organes de la société au sens des art. 752 ss CO et en révocation au sens des art. 285 ss LP à l'encontre d'U._____. Cela signifie que dans la procédure en annulation des décisions de l'assemblée générale, Me K._____ défend les intérêts d'U._____ en tant que cessionnaire de la masse en faillite de V._____ SA, alors que dans la procédure révocatoire et en responsabilité des organes de la société, il défend les intérêts d'U._____ contre F._____ qui fait valoir une créance de cette même masse en faillite. Or, dans ces deux procès, Me K._____ est amené à défendre des intérêts opposés. Dans le premier procès, U._____ fait valoir en son nom propre une créance dont la masse est titulaire, alors que dans le second, il se défend contre une créance de cette même masse. Dans le premier procès, Me K._____ sera ainsi amené à défendre l'action des organes de la société afin que les décisions prises par son assemblée générales ne soient pas annulées, tandis que dans le second, il sera amené à se montrer critique vis-à-vis de cette même société afin que la créance en responsabilité que celle-ci fait valoir contre U._____ par l'intermédiaire de la cessionnaire F._____ ne soit pas reconnue.

Dans ces circonstances, il n'est pas possible pour Me K._____ de défendre diligemment et fidèlement son client dans les deux procès à la fois. Me K._____ pratique donc une double représentation qui l'amène à défendre des intérêts opposés, ce qui l'empêche de plaider au nom d'U._____. La requête de F._____ doit dès lors être admise pour ce motif déjà.

2.4.2 Par surabondance, il sied également d'examiner la situation sous l'angle des mandats successifs opposés.

Avant que V._____ SA ne tombe en faillite, elle était représentée par Me K._____. A présent, F._____ s'est fait céder les droits de la masse en faillite de V._____ SA en liquidation, afin de déposer une action révocatoire et en responsabilité des organes de la société contre U._____. En tant que cessionnaire, F._____ fait valoir, en son propre nom et pour son propre compte, des prétentions dont la masse en faillite de V._____ SA en liquidation est titulaire. Or, dans le cadre de l'action révocatoire et en responsabilité déposée, U._____ est représenté par Me K._____. Cela signifie que Me K._____ défend désormais U._____ contre des prétentions dont une ancienne cliente, soit V._____ SA, est titulaire. Il convient ainsi de déterminer si, au vu des circonstances du cas d'espèce, Me K._____ peut représenter U._____ contre des prétentions dont son ancienne cliente est titulaire.

La date du début du mandat de Me K._____ pour le compte de V._____ SA n'est pas connue. A tout le moins, le mandat a duré du 17 décembre 2015, date du dépôt de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, au 5 juin 2016, date du prononcé de la faillite de cette société, soit six mois. L'ampleur de ce mandat n'est pas non plus connue. On peut raisonnablement considérer que Me K._____ a acquis d'importantes connaissances sur la société V._____ SA, puisqu'il l'a défendue dans le cadre d'une action en annulation des décisions de l'assemblée générale, ce qui l'a amené à prendre connaissance de l'organisation et du fonctionnement de celle-ci. L'action en responsabilité dirigée contre U._____ a été intentée le 23 janvier 2019, soit deux ans et demi après le prononcé de faillite du 5 juillet 2016. On notera par ailleurs qu'ensuite de la faillite précitée, Me K._____ a représenté U._____ dans le cadre d'actions en contestation de l'état de collocation dès le 19 mars 2018 au plus tard, soit moins de deux ans après la faillite. Ainsi, il faut constater que Me K._____ a représenté des clients dont les prétentions étaient opposées dans un laps de temps court. Le lien de

connexité entre les deux procédures est très étroite, puisqu'il s'agit tant dans l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale que dans l'action révocatoire et en responsabilité de juger la façon dont la société V._____ SA a été gérée par ses organes.

En définitive, les deux mandats sont très rapprochés temporellement et s'inscrivent dans un complexe de faits identiques, soit la gestion de la société V._____ SA. Dans ces circonstances, il existe un risque que Me K._____ utilise des connaissances acquises lors de son mandat antérieur pour V._____ SA dans le cadre du procès en responsabilité et en révocation qui oppose désormais F._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite de cette société, à son nouveau client U._____, au risque de violer son secret professionnel.

Compte tenu des éléments qui précèdent, il faut considérer que le mandat de Me K._____ pour le compte d'U._____ est également affecté d'un conflit d'intérêts concret sous l'angle des mandats successifs opposés. Pour ce motif également, il convient d'admettre la requête de F._____.

2.5 Se pose ensuite la question de l'ampleur de l'interdiction de postuler, Me K._____ représentant U._____ dans différentes procédures.

Il a été déterminé au considérant 2.4.2 *supra* que le respect du secret professionnel de Me K._____ l'empêchait de postuler dans le cadre de l'action révocatoire et en responsabilité des organes de la société l'opposant à F._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite de V._____ SA.

S'agissant du procès en annulation des décisions de l'assemblée générale, Me K._____ n'est plus en mesure d'exercer son mandat de façon diligente, puisqu'il y fait valoir une créance de la masse en faillite alors que dans l'action révocatoire et en responsabilité des

organes de la société, il défend la partie opposée à cette même masse (cf. consid. 2.4.1 *supra*).

Enfin, s'agissant des actions en contestation de l'état de collocation déposées par F._____ et par U._____ l'un contre l'autre, Me K._____ n'apparaît également pas en mesure d'exercer son mandat avec diligence. En effet, dans l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, il fait valoir au nom de son client une créance de la masse en faillite de V._____ SA, alors que dans les actions en contestation de l'état de collocation, il défend les seuls intérêts d'U._____. Or, ceux-ci s'opposent aux intérêts de la masse, puisque l'action en contestation de l'état de collocation déposée par U._____ tend à y faire inscrire une créance de ce dernier, ce qui aurait pour effet d'augmenter les dettes de la masse.

En définitive, il convient d'interdire à Me K._____ de postuler pour U._____ dans l'ensemble des procédures qui concernent la faillite de la société V._____ SA en liquidation.

3. Il découle des considérants qui précèdent qu'il doit être fait interdiction à Me K._____ de postuler pour U._____ dans l'action révocatoire et en responsabilité des organes de la société l'opposant à F._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite, dans l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale de la société l'opposant en qualité de cessionnaire des droits de la masse en faillite à F._____ et dans les des deux actions en contestation de l'état de collocation de V._____ SA en liquidation l'opposant à F._____

Les frais de la présente décision, par 1'500 fr., seront mis à la charge de Me K._____ (art. 59 al. 1 LPAv).

F._____, qui obtient gain de cause et qui a fait appel aux services de Me [...], a droit à des dépens (art. 55 al. 1 LPA VD [loi vaudoise

du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36] par analogie). Au vu de l'activité déployée, ceux-ci seront fixés à 2'000 francs.

**Par ces motifs,
la Chambre des avocats,
statuant à huis clos :**

- I.** Admet la requête d'interdiction de postuler déposée le 11 février 2019 par F._____.
- II.** Interdit à Me K._____ de postuler pour U._____ dans les affaires suivantes :
- F._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite de V._____ SA en liquidation, contre U._____ et consorts (action révocatoire et en responsabilité des organes de la société) ;
 - F._____ contre U._____, cessionnaire des droits de la masse en faillite de V._____ SA en liquidation (action en annulation des décisions de l'assemblée générale) ;
 - F._____ contre U._____ (contestation de l'état de collocation de V._____ SA en liquidation) ;
 - U._____ contre F._____ (contestation de l'état de collocation de V._____ SA en liquidation).
- III.** Dit que les frais de la présente décision, par 1'500 fr. (mille cinq cents francs), sont mis à la charge de Me K._____.
- IV.** Dit que Me K._____ est débiteur d'un montant de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens en faveur de F._____.

- V.** Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire et retire l'effet suspensif à un éventuel recours en application de l'art. 80 al. 2 LPA-VD.

La présidente :

Le greffier :

Du

La décision qui précède, lue et approuvée à huis clos, est notifiée à :

- Me [...] (pour F. _____),
- Me K. _____.

La présente décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal dans un délai de trente jours dès sa notification. Le recours est exercé conformément à la loi sur la procédure administrative (art. 65 LPAv).

Cette décision est également communiquée à :

- Madame la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale,
- Madame la Juge de paix du district de Lavaux-Oron.

Le greffier :