

Nicolas Pellaton\*

# La recevabilité des recours au Tribunal fédéral portant sur la capacité de postuler de l'avocat

*Un avocat évincé éconduit faussement par le Tribunal fédéral – Commentaire de l'arrêt 1B\_434/2010, 1B\_566/2011 du 14 novembre 2011*

**Mots clés:** Capacité de postuler de l'avocat, droit de la profession d'avocat, recevabilité des recours, voies de recours au Tribunal fédéral

## A. Résumé

L'arrêt étudié, bien que non destiné à la publication, revêt une importance significative pour le droit de la profession d'avocat. En effet, le Tribunal fédéral a décidé d'uniformiser sa jurisprudence concernant les voies de recours ouvertes devant lui en matière de capacité de postuler de l'avocat. Selon notre Haute Cour, l'interdiction faite à un avocat, dans une procédure, de représenter un client en raison d'un conflit d'intérêts est une décision incidente qui doit être contestée par la même voie de droit que celle ouverte contre la décision principale. L'auteur est d'avis que cette situation commanderait, au contraire, de retenir une solution qui s'affranchisse entièrement de la nature de la procédure principale lorsque l'avocat recourt en son propre nom. L'activité de l'avocat relevant du droit public, la voie à emprunter par celui-ci est celle du recours en matière de droit public. En l'espèce, le recours de l'avocat aurait dû être déclaré recevable; la portée de l'arrêt commenté devrait donc être relativisée.

## B. Analyse de l'arrêt

### 1. Procédure antérieure

Un avocat s'est vu interdire par le Ministère public de la Confédération, en raison d'un conflit d'intérêts, de représenter plusieurs clients dans la procédure pénale fédérale ouverte à l'encontre de l'un d'eux. L'avocat et le client précité ont tous deux formé plainte contre cette décision auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. La plainte de l'avocat a été rejetée, celle du client déclarée irrecevable. Chacune des deux parties a alors déposé un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (consid. 1).

### 2. Premières considérations

Après avoir procédé à la jonction des deux causes (consid. 2), la Haute Cour a d'abord posé que la détermination de la voie de droit ouverte à l'encontre des deux décisions entreprises se posait dans les mêmes termes (consid. 3 *in initio*). Elle a ensuite relevé l'existence d'une divergence notable entre la jurisprudence des deux Cours de droit public du Tribunal fédéral (consid. 3 *in medio*).

### 3. Retour sur la jurisprudence existante

#### a) La position de la I<sup>re</sup> Cour de droit public

Il apparaît que la I<sup>re</sup> Cour de droit public s'est auparavant prononcée sur des recours en matière pénale contre des décisions incidentes rendues par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (ATF 131 I 52) et par le Président de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (ATF 135 I 261, JdT 2010 I 282) en matière de capacité de postuler de l'avocat.

Dans le premier arrêt précité (ATF 131 I 52), antérieur à la Loi sur le Tribunal fédéral (mais se basant sur une disposition correspondant à l'actuel art. 79 LTF), la I<sup>re</sup> Cour de droit public a dénié à un avocat (seul recourant) la possibilité de recourir devant le Tribunal fédéral au motif – fortement discutable comme nous le verrons – que la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, confirmant une décision du Ministère public de la Confédération selon laquelle un avocat ne pouvait pas défendre deux co-accusés, ne représentait pas une mesure de contrainte.

Dans le second arrêt précité (ATF 135 I 261, JdT 2010 I 282), la même cour, partant du principe que la décision du président de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral, confirmant une décision du Ministère public de la Confédération interdisant à un avocat de pouvoir assurer la défense d'un accusé, constitue une décision incidente au sens de l'article 93 LTF, déclare les recours de l'avocat et de l'accusé – non différenciés dans les considérants – recevables, la condition de l'article 93 al. 3 let. a LTF (risque de préjudice irréparable) étant remplie.

#### b) La position de la II<sup>e</sup> Cour de droit public

Quant à la II<sup>e</sup> Cour de droit public, celle-ci s'est prononcée à plusieurs reprises sur des recours en matière de droit public concernant cette même question (TF 2D\_148/2008 du 17.04.2009 et TF 2C\_777/2010 du 10.12.2010 cités dans l'arrêt commenté; voir également TF 2C\_688/2009 du 25.03.2010 reproduit in SJ 2010 I 433, TF 2C\_755/2010 du 10.12.2010, TF 2C\_885/2010 du 22.02.2011).

Il ressort des arrêts de la II<sup>e</sup> Cour de droit public que les décisions ayant pour objet l'interdiction faite à un avocat de représenter un client en raison d'un conflit d'intérêts prohibé par l'article 12 let. c LLCA relèvent du droit public. Celles-ci peuvent donc en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit

\* Avocat, doctorant FNS à l'Université de Neuchâtel.

public (art. 82 let. a LTF). Il n'y a en particulier pas lieu de tenir compte de la nature de la procédure au fond en relation avec laquelle l'interdiction a été prononcée et de la qualification (civile, pénale ou administrative) de l'autorité qui a rendu la décision initiale (p. ex. TF 2C\_777/2010 du 10.12.2010, précité, consid. 1.1). En outre, du point de vue de l'avocat, la décision rendue est une décision finale au sens de l'article 90 LTF car elle met un terme définitif à son mandat (p. ex. TF 2D\_148/2008 du 17.04.2009, précité, consid. 1.3).

#### 4. Adoption d'une solution uniforme

Après avoir procédé à un échange de vues (art. 23 LTF) entre les deux Cours de droit public, le Tribunal fédéral a finalement retenu, dans l'arrêt commenté, que l'interdiction faite à un avocat, dans une procédure, de représenter un client en raison d'un conflit d'intérêts est une décision incidente qui doit être contestée par la même voie de droit que celle ouverte contre la décision principale (consid. 3 *in medio*). Il rejoint donc – à tort selon nous – la solution retenue jusqu'ici par la I<sup>re</sup> Cour de droit public.

#### 5. Conséquences sur le cas d'espèce

Ainsi, pour des motifs identiques à ceux retenus à l'ATF 131 I 52, le Tribunal fédéral a, sur la base d'une motivation commune (consid. 3 *in medio et fine*), déclaré irrecevables les recours en matière de droit public de l'avocat et du client (consid. 4).

Le raisonnement est le suivant: conformément à l'article 79 LTF, le recours (en matière pénale) est irrecevable contre les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, sauf si celles-ci portent sur des mesures de contrainte. Tel n'est pas le cas de la décision déniait la capacité de postuler de l'avocat. En effet, selon la jurisprudence, la notion de mesures de contrainte se réfère aux mesures investigatrices ou coercitives prises à titre incident au cours du procès pénal, telles que l'arrestation, la détention, le séquestre, la fouille et la perquisition (ATF 136 IV 92, consid. 2.1).

### C. Commentaire

#### 1. Remarque liminaire

A titre préalable, il est intéressant de constater que les causes introduites par les recours respectifs du client et de son avocat, initialement instruites par la II<sup>e</sup> Cour de droit public, ont été reprises par la I<sup>re</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral à l'issue d'un échange de vues entre les cours intéressées (consid. 1). Cet échange de vues a également permis au Tribunal fédéral de déterminer la voie de recours ouverte devant lui. Cette dernière question fait l'objet du présent commentaire.

#### 2. Négation de la capacité de postuler de l'avocat et recours en général

En l'absence de dispositions spécifiques fondant la compétence d'une autorité de surveillance pour statuer sur la conformité du mandat de représentation de l'avocat aux règles de la LLCA,

l'autorité saisie du fond d'une affaire – pénale, civile ou administrative – est compétente pour interdire à un avocat de représenter son client en raison d'un conflit d'intérêts (art. 12 let. c LLCA; cf. FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1144 s., 1465).

L'exclusion de l'avocat constitue, d'un point de vue général, un incident de l'instance (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1390). Il convient d'examiner dans quelle mesure le client, en tant que partie à la procédure principale, et l'avocat, en tant que tiers, peuvent attaquer une telle décision.

Le client a un intérêt juridique à recourir afin de tenter de faire rétablir son avocat dans la procédure principale: il risque de subir un préjudice irréparable du fait de l'impossibilité de se faire représenter par l'avocat qu'il avait choisi (cf. p. ex. ATF 135 II 145, consid. 6.1). L'avocat a lui aussi un intérêt digne de protection à recourir afin de faire annuler la décision lui interdisant de représenter son client: il est touché dans sa liberté économique (en ce sens BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1391).

#### 3. Détermination de la voie de recours à emprunter devant le Tribunal fédéral

Il convient à ce stade de relever que l'affirmation du Tribunal fédéral selon laquelle la détermination de la voie de droit ouverte à l'encontre des deux décisions entreprises se poserait dans les mêmes termes (consid. 3 *in initio*; cf. supra, B.2.) paraît ne reposer sur aucune base. En effet, le Tribunal fédéral cite un arrêt publié aux ATF 131 II 497, consid. 1, qui ne traite pas à proprement parler de cette question.

Comme nous le verrons, la détermination de la voie de droit ouverte à l'encontre des deux décisions (avocat et client) prises par la même autorité ne se pose pas forcément dans des termes identiques. Même si le présent commentaire vise à examiner la question de la recevabilité du recours formé par l'avocat, nous proposons, afin également de mieux appréhender la problématique, de nous arrêter dans un premier temps sur la question de la recevabilité du recours du client.

##### a) Recours formé par le client: appréciation

Du point de vue du client, la décision interdisant à son avocat de le représenter dans la procédure principale est une décision incidente à proprement parler. De ce strict point de vue, la position selon laquelle cette décision doit être contestée par la même voie de droit que celle ouverte contre la décision principale est donc exacte.

Mais fallait-il admettre, comme c'est le cas en l'espèce, que le client puisse se faire opposer l'article 79 LTF? A notre sens, la notion de mesures de contrainte devrait pouvoir embrasser les mesures telles que celles visant à empêcher une personne de se faire représenter par le mandataire de son choix. La jurisprudence à laquelle renvoie le Tribunal fédéral dans l'arrêt étudié (ATF 136 IV 92, consid. 2.1) se réfère au Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 p. 4000 ss, 4030 s.). Or le Conseil fédéral, dans son Message, définit les mesures de contrainte au sens de l'article 79 LTF

comme des «mesures graves qui portent atteinte aux droits fondamentaux et qui doivent pouvoir être contrôlées par le Tribunal fédéral au même titre que les décisions cantonales similaires». La restriction du droit de l'accusé à l'assistance d'un défenseur de son choix – dans la mesure où il dispose des moyens nécessaires à la rémunération de celui-ci – (art. 6 par. 3 let. c CEDH; art. 32 al. 2 phr. 2 Cst. féd.) nous paraît dès lors pouvoir rentrer dans ce cadre.

Pour être attaquée indépendamment de la décision au fond, il convient encore de rechercher si la décision incidente est susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. A notre sens, cette condition devra en principe être tenue pour remplie lorsqu'il s'agit, dans une procédure, d'empêcher une personne de se faire représenter par le mandataire de son choix (cf. ATF 135 I 261, JdT 2010 I 282, consid. 1.4). Au surplus, on relèvera que l'article 93 al. 3 LTF, qui prévoit que si le recours n'est pas recevable en vertu de l'article 93 al. 1 LTF ou que celui-ci n'a pas été utilisé, les décisions préjudicielles et incidentes peuvent être attaquées par un recours contre la décision finale dans la mesure où elles influent sur le contenu de celle-ci, n'est en ce cas pas applicable. En effet, il serait probablement impossible de déterminer dans quelle mesure le fait de refuser à une partie de se faire représenter par un avocat déterminé a pu avoir une influence sur le sort de la décision au fond (en ce sens: BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1392).

#### b) Recours formé par l'avocat en son propre nom: appréciation

Du point de vue de l'avocat, la situation doit à notre sens être considérée de manière sensiblement différente. Même si l'on doit admettre que la décision prise s'inscrit dans le cadre d'une procédure principale et revêt de ce fait une nature préjudicielle (cf. supra, C.2.), il convient toutefois de retenir que la décision interdisant à un avocat de représenter son client dans une procédure donnée constitue, à son endroit, une décision finale au sens de l'art. 90 LTF – et non une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF –, car elle met un terme définitif à son mandat. C'est ce que retient – ou retenait –, de manière constante, la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral (p. ex. TF 2D\_148/2008 du 17.04.2009, précité, consid. 1.3 et les réf. cit.; cf. ég. ATF 135 II 145, consid. 7). Au surplus, il est à noter que n'étant pas partie à la procédure principale, l'avocat ne serait de toute manière plus admis à recourir contre la décision au fond.

Cette décision finale devrait être entreprise indépendamment de la nature de la procédure au fond en relation avec laquelle l'interdiction a été prononcée et de la qualification (civile, pénale ou administrative) de l'autorité qui a rendu la décision initiale (p. ex. TF 2C\_777/2010 du 10.12.2010, précité, consid. 1.1).

Dans la mesure où, en l'espèce, il s'attaque à une décision relevant du droit public au sens de l'article 82 let. a LTF et émanant d'une autorité qualifiée d'autorité précédente au sens de

l'article 86 al. 1 let. b LTF, le recours de l'avocat contre la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral aurait dû selon nous être déclaré recevable. Le problème surgit ici de manière encore plus évidente du fait que la voie du recours constitutionnel subsidiaire est fermée, l'autorité précédente n'étant pas une autorité cantonale de dernière instance (art. 113 LTF *a contrario*).

Quant à l'analyse de la notion de mesures de contrainte au sens de l'article 79 LTF, il convient de relever qu'il apparaît particulièrement absurde de vouloir opposer à un avocat procédant en son nom propre, concernant son activité de représentation, la limitation des possibilités de recours au Tribunal fédéral applicable à un prévenu. Il n'en irait d'ailleurs pas différemment des cas d'exception des articles 73 LTF (le recours en matière civile contre les décisions en matière d'opposition à l'enregistrement d'une marque est irrecevable) et 83 LTF (décisions à l'encontre desquelles un recours en matière de droit public est irrecevable: la liste est ici trop longue pour être reproduite!).

L'autorité investie de la direction de la procédure pénale (cf. désormais art. 61 s. CPP; JdT 2011 III 74, consid. 2d), le juge chargé de la conduite du procès civil (art. 124 CPC) ou de l'instruction de la procédure administrative ne doivent pas pouvoir, lorsqu'un avocat intervient dans une procédure qui doit mener à une décision rentrant dans le cadre des exceptions des articles 73, 79 et 83 LTF, choisir d'évincer celui-ci sans qu'il lui soit ensuite possible de porter l'affaire devant le Tribunal fédéral. Une telle limitation des possibilités de recours doit être comprise comme une entrave à l'activité économique de l'avocat. Il est permis de douter que la Cour européenne des droits de l'homme puisse, le cas échéant, approuver la solution retenue par notre Haute Cour.

## D. Conclusion

Au vu de ce qui précède, il convient de retenir la nécessité d'une distinction nette entre le traitement procédural du client et de son avocat en matière de recours contre une décision déniait la capacité de postuler de ce dernier. Insatisfaisante dans son principe, l'absence de différence de traitement entre les précités apparaît même, dans le cas étudié, inacceptable dans son résultat.

Les juges de Mon-Repos sont revenus sur une jurisprudence qui, hormis ce que l'on pourrait appeler quelques «incidents», semblait pourtant bien établie. En effet, la distinction entre le recours formé par l'avocat et celui formé par son client, régulièrement opérée par la II<sup>e</sup> Cour de droit public (cf. supra, B.3.b), fait désormais défaut si l'on considère que le Tribunal fédéral s'est rallié à la solution jusqu'ici adoptée par la I<sup>re</sup> Cour de droit public. Si une position commune des Cours intéressées était assurément «souhaitable pour le développement du droit ou l'uniformité de la jurisprudence» (cf. art. 23 al. 2 *in fine* LTF), celle-ci aurait dû, à notre sens, prendre une tournure différente. ■