

«SCHULTERSCHLUSS» ENTRE LES ACTEURS DE LA JUSTICE DANS LE PROCÈS CIVIL

JEAN-MARC REYMOND

Docteur en droit, avocat (Lausanne), LL.M. (King's College London)

Président de la Commission spécialisée FSA procédure civile, arbitrage, LP

Mots-clés: procédure civile, Schulterschluss, indépendance de l'avocat, acteurs de la justice, déontologie

Le «Schulterschluss» entre les acteurs de la justice, le troisième pouvoir de notre démocratie, exprime la nécessité pour les avocats et les juges de travailler ensemble pour faire respecter l'indépendance de la justice, garantir sa crédibilité et (re)gagner la confiance du public, autrement dit atteindre des buts qui sont indispensables au bon fonctionnement de notre société, dans l'intérêt du justiciable et des Barreaux. Le «Schulterschluss» c'est le dénominateur commun qui réunit les acteurs de la justice autour de la bonne administration de celle-ci et qui ne remet pas en cause l'indépendance des avocats, condition cardinale de l'exercice de notre profession, ni celle des juges. Comment s'exprime ce «Schulterschluss» en procédure civile? Tel est le sujet de cette présentation.

«Schulterschluss» entre les acteurs de la justice – comment se concrétise-t-il au quotidien pour l'avocat dans le procès civil?

Lex – justitia – pax telle est la devise inscrite au frontispice de notre Tribunal fédéral.

Quel est le postulat? Dans notre démocratie, les avocats, les juges et les procureurs – mais nous laisserons ceux-ci de côté puisque notre sujet est le procès civil – sont les acteurs de la justice.

La mission de ces acteurs est de participer, chacun dans son rôle, à l'administration de la justice et à la mise en œuvre du droit et, lorsqu'il s'agit du procès civil, essentiellement à la sanction des droits privés subjectifs et des droits de procédure des justiciables.

Il est essentiel dans un État de droit que le pouvoir judiciaire, le troisième pouvoir, soit indépendant et qu'il soit en mesure de s'opposer aux tentatives de pression des autres pouvoirs, des deux premiers, les pouvoirs exécutifs et législatifs et du quatrième pouvoir que constituent les médias qui publient désormais des classements d'avocats et délivrent des diplômes de qualité, contre paiement évidemment! Comme l'écrit notre Président Sergio Giacomini, les acteurs de la justice ne peuvent accomplir leurs tâches avec succès que si la société, les trois autres pouvoirs, mais aussi le public, reconnaissent le pouvoir judiciaire comme le garant crédible et incontesté de l'application et de la mise en œuvre du droit.

L'assemblée des délégués de la FSA a proposé comme traduction du concept de «Schulterschluss» la «cohésion» entre les acteurs de la justice, tout en reconnaissant la difficulté de trouver le terme correspondant en français. À vrai dire, pour en avoir parlé avec plusieurs d'entre vous, je ne

suis pas certain que le sens de ce concept soit plus aisément compréhensible en suisse allemand, ou en tout cas compris de la même manière par tous nos confrères d'outre Sarine, que par cette tentative de traduction française!

À mon sens, le «Schulterschluss» entre les acteurs de la justice exprime la nécessité pour les avocats et les juges de travailler ensemble, littéralement «épaule contre épaule», pour faire respecter l'indépendance de la justice, garantir sa crédibilité, gagner – ou regagner – la confiance du public, autrement dit atteindre des buts qui sont indispensables au bon fonctionnement de notre société, dans l'intérêt du justiciable et de nos corporations et finalement assurer la paix énoncée au frontispice du Tribunal fédéral.

Le «Schulterschluss», c'est le dénominateur commun qui réunit les acteurs de la justice autour de la bonne administration de celle-ci. L'art. 8 des anciens Usages du Barreau vaudois, pas si anciens à vrai dire puisqu'ils étaient en force jusqu'à l'entrée en vigueur du Code suisse de déontologie en 2005, prévoyait que l'avocat défend loyalement les intérêts du justiciable et contribue à l'administration de la justice. Il n'y a donc pas d'antinomie, d'impossibilité de principe entre la défense des intérêts de son client et la participation à une bonne administration de la justice. On pourrait dire que la situation est semblable, mutatis mutandis, à celle de la confraternité: selon l'art. 24 du Code suisse de déontologie, «L'avocat s'abstient de toute attaque personnelle contre un confrère, dans l'exercice de ses fonctions. La confraternité ne doit pas porter atteinte aux intérêts du client».

Comme nous le verrons au travers des exemples qui vont suivre, il ne s'agit en aucun cas d'abandonner ne serait-ce qu'une once de notre indépendance, condition

cardinale de l'exercice de notre profession. Sous le titre «Rapport avec les autorités», l'art. 8 du Code suisse de déontologie ne dit pas autre chose: «L'avocat s'adresse aux autorités avec le respect qui leur est dû (...). Il entreprend toutes les démarches légales nécessaires à la sauvegarde des intérêts de son client». L'avocat doit toujours défendre ceux-ci avec force et détermination.

Cela étant rappelé, y a-t-il des règles applicables aux procès civils dont la *ratio legis* serait de favoriser ce «Schulterschluss», cette cohésion entre juges et avocats qui favorise la bonne administration de la justice, voire le travail des juges et des avocats au quotidien et, partant, sa crédibilité aux yeux du public?

En préambule, il faut faire deux remarques:

La première est que les réponses à la question traitée et les exemples que je mentionnerai sont souvent ceux de mon expérience au sein de mon Barreau. Chacun parmi vous en a d'autres, différents, qui dépendront souvent du type de rapport que l'avocat entretient avec les magistrats de son canton ou des cantons dans lesquels il plaide et des sensibilités cantonales, qui restent, et cela est heureux, très diverses malgré l'entrée en vigueur de notre CPC fédéral en 2011, ou à cause de celui-ci puisqu'il n'est qu'une unification et non pas une codification des règles de procédure civile.

La seconde remarque, c'est que dans ce domaine, les règles déontologiques de notre profession jouent un rôle et il convient de s'y référer.

Voici donc quelques exemples de règles qui nous semblent inspirées du «Schulterschluss» ou à tout le moins de situations qui soulèvent la question de la cohésion de l'action de chacun des intervenants dans le procès civil:

I. 1^{er} exemple: l'avocat peut-il accepter de plaider une cause qu'il juge mal fondée, une cause civile évidemment?

Tant les avocats que les magistrats, également soucieux de «Schulterschluss», pourraient répondre par la négative à cette question, au motif que plaider une affaire que l'on sait infondée nuit à la crédibilité du Barreau et à la bonne administration de la justice. L'art. 50 al. 2 de l'ancien ZPO zurichois consacrait d'ailleurs cette interdiction: «Insbesondere sollen die Parteien [et donc leurs avocats] zur Verfolgung ihrer Rechte nicht wissentlich ungerechte Prozesse führen und sich nur erlaubter Mittel bedienen». Dans leur édition de 1998, les Usages du Barreau vaudois, et peut-être d'autres cantons, contenaient une règle semblable. Leur article 2 prévoyait que l'avocat étudie avec soin les causes qui lui sont confiées et refuse de plaider celles qu'il juge mal fondées.

La règle n'a pas été reprise dans notre Code de procédure civile, ni dans le Code suisse de déontologie. Cela paraît à vrai dire justifié: il est extrêmement rare que l'avocat puisse évaluer à l'avance que les chances de gagner sont certaines et, inversement, que les risques de perdre une cause sont inévitables. L'instruction peut révéler des faits inconnus; la partie initialement en position de force peut

commettre des erreurs; elle peut aussi préférer transiger plutôt que d'encourir le risque, même faible, de perdre le procès. Enfin, une cause peut être juste même si elle est mal fondée en droit. Il n'en reste pas moins qu'accepter une cause manifestement perdue n'est, malgré l'absence de règle exprès, pas souhaitable.

II. 2^e exemple: le défaut à l'audience de conciliation

Selon l'art. 204 CPC, Les parties doivent comparaître en personne à l'audience de conciliation. Toutefois, le défaut du défendeur reste sans conséquence sur son droit: l'art. 206 al. 2 CPC prévoit que l'autorité de conciliation procède alors comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord. Le Tribunal fédéral a récemment rappelé l'importance de la comparution personnelle des parties à l'audience de conciliation. Elle seule permet de donner une chance à une transaction et d'éviter peut-être une longue procédure subséquente. Le défaut du défendeur, surtout s'il n'en prévient pas le juge et le demandeur, sont de nature à occasionner un travail inutile de préparation de l'audience. Le «Schulterschluss» élémentaire entre les acteurs du procès semble imposer que le conseil du défendeur respecte cette exigence de comparution et explique sa justification à son client.

Toutefois, dans un arrêt récent (arrêt du 9.12.2016, 4A_500/2016, consid. 3.1) et alors même que la citation à comparaître comportait la menace d'une sanction disciplinaire en cas de comportement entraînant une perturbation de la procédure (art. 128 al. 1 CPC), le Tribunal fédéral a considéré que le défaut injustifié à l'audience de conciliation et la violation du devoir de comparaître en personne ne sauraient systématiquement être qualifiés de comportement perturbant le déroulement de la procédure. Il a par conséquent annulé la sanction disciplinaire infligée au défendeur défaillant en précisant qu'une telle sanction devait garder par définition un caractère exceptionnel et requérir un comportement qualifié.

III. 3^e exemple: organisation efficiente de la procédure

En matière de mesures provisionnelles, l'art. 265 al. 2 CPC permet au juge soit de tenir audience, soit d'impartir à la partie intimée un délai pour se prononcer par écrit sur la requête. Traditionnellement, les juges vaudois convoquent une audience. Ils ne fixent donc pas de délai pour le dépôt d'un mémoire écrit, mais ceux-ci sont autorisés. Vu l'absence de délai, le conseil de l'intimé a évidemment tendance à déposer son mémoire, parfois volumineux et accompagné de nombreuses pièces, la veille de l'audience, voire au début de celle-ci. Ce procédé perturbe tant le travail du juge que du conseil adverse. Il prive l'avocat du requérant du temps nécessaire à l'examen des nouveaux arguments et documents; il choque évidemment son client et oblige même parfois le juge à renvoyer l'audience. Les avocats s'en plaignent. Pour prévenir cette manière de

faire, les tribunaux vaudois, en tous cas certaines cours, insèrent désormais dans la convocation à l'audience de mesures provisionnelles la formule suivante: «La partie intimée est invitée à déposer ses éventuelles déterminations sur la requête avant l'audience, dans un délai approprié, de manière à faciliter le bon déroulement de l'instruction». La formule ne dit pas (ou pas encore) que le procédé écrit déposé à l'audience ou la veille sera refusé, mais on y arrivera peut-être un jour.

Nous voyons dans cette pratique une règle sage, fondée sur un accord implicite entre les intervenants au procès, qui facilite et rend plus crédible aux yeux du justiciable le travail des acteurs de l'audience, qu'ils soient juge ou avocat. Alors que le juge pourrait refuser le mémoire écrit de l'intimé puisqu'il tient audience, il autorise celui-ci dans l'intérêt d'une bonne instruction – il est en effet plus facile pour le juge et même pour le requérant de pouvoir prendre connaissance des arguments de l'intimé par écrit et avant l'audience –, mais à condition qu'il soit déposé suffisamment tôt avant celle-ci.

IV. 4^e exemple: l'art. 52 CPC: Respect des règles de la bonne foi

L'art. 52 CPC dispose que «Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi». Le Tribunal fédéral a confirmé que cette disposition s'adresse à tous les participants au procès, aux parties et donc à leurs avocats, mais aussi aux juges. Il leur impose d'agir de bonne foi et, partant, de ne pas commettre d'abus de droit (arrêt du TF du 26.1.2017, 4A_590/2016). Dans le domaine de la procédure civile, la portée de cette règle est identique à celle qu'avait auparavant l'art. 2 CC (arrêt du TF du 8.1.2013, 4A_485/2012, consid. 6).

Il découle du principe de la bonne foi, tel que précisé par la jurisprudence, des règles de comportement qui s'imposent à tous les acteurs du procès. À côté des dispositions du CPC, ces règles leur fixent un cadre qui favorise une instruction juste dans l'intérêt de tous les intervenants. Les cas que l'on trouve dans la jurisprudence sont évidemment des exemples de violation du principe de la bonne foi. Il est toutefois permis de penser que dans la grande majorité des situations de ce type, les avocats adaptent leur comportement procédural pour qu'il soit conforme à ce principe, alors qu'ils ont une marge de manœuvre.

La bonne foi s'oppose en particulier à ce que des griefs d'ordre formel qui auraient pu être soulevés à un stade antérieur soient invoqués plus tard, une fois l'issue défavorable connue (arrêt du TF du 18.9.2012, 5A_344/2012, consid. 4.2). Un justiciable ne saurait ainsi reprocher au juge d'avoir omis d'administrer une mesure probatoire à laquelle il avait lui-même renoncé, le cas échéant de manière implicite en ne s'opposant pas à la clôture de l'instruction (ATF 138 III 374, consid. 4.3.2).

Il découle également de ce principe que lorsque le juge communique un ultime mémoire à la partie adverse, il n'est pas tenu de lui impartir un délai pour une éventuelle prise de position s'il peut attendre de la partie destinataire

que celle-ci s'exprime spontanément et sans retard. En pareil cas, lorsque la partie destinataire ne se manifeste pas dans un délai raisonnable, l'autorité peut valablement présumer qu'elle a renoncé à prendre position (ATF 138 I 484, consid. 2.4 et 2.5 p. 487). Cette règle évite au juge de devoir fixer un délai et en contrôler le respect.

En revanche, une copie confraternelle, usage encore en vigueur au sein du Barreau vaudois, ne remplace pas la notification prévue par le CPC. Lorsque l'autorité cantonale ne satisfait pas à l'exigence de notification, une communication confraternelle ne fait donc pas partir le délai de détermination spontanée en vertu du principe de la bonne foi applicable en procédure (arrêt du TF du 13.3.2014, 4A_585/2013, consid. 2.2). À l'inverse, toujours dans le canton de Vaud, la communication d'un onglet de pièces avec la mention «copie certifiée conforme à l'original» signée de l'avocat vaut notification. Cet effet légal satisfera les tenants du «Schulterschluss».

Profitons de ce passage par la procédure vaudoise pour mentionner un usage sans doute connu d'autres cantons: en cas de deuxième (il y a peu encore, dès la troisième seulement) demande de prolongation de délai et sauf véritable motif justifiant la prolongation, l'accord du conseil adverse suffit pour que le juge admette la prolongation. Il y a ici un «Schulterschluss» avant tout entre avocats, mais qui est validé par le juge, à défaut de toujours l'être par le client.

V. 5^e exemple: principe de la bonne foi, en lien avec les mesures superprovisionnelles

Le principe de la bonne foi n'oblige en principe pas l'avocat d'exposer en procédure tous les faits, y compris ceux qui sont défavorables aux intérêts de son client. En revanche, il impose, selon nous, à l'avocat qui requiert des mesures superprovisionnelles d'exposer les faits de la cause de manière complète et pas seulement ceux qui lui sont favorables (dans le même sens: CPC-BOHNET, art. 265 N 7; BSK ZPO-SPRECHER, art. 265 N 17; WILLI, ZPO, p. 600; *contra*: DAVID et al., SIWR I/2, p. 239 N 594). Cette obligation est la conséquence du fait qu'en requérant des mesures superprovisionnelles, l'avocat demande au juge de statuer sans donner l'occasion à la partie adverse d'être entendue. Dans ce type de procédure, il est seul à pouvoir renseigner le magistrat sur les faits de la cause et il lui incombe de permettre à celui-ci de rendre une décision qui soit fondée sur l'intégralité des faits pertinents, qu'ils soient favorables ou défavorables à la cause de son client. À défaut, le juge risque de rendre une décision qui le décrédibilisera aux yeux de l'intimé. La violation de cette obligation peut d'ailleurs fonder une responsabilité du requérant pour le dommage causé par les mesures superprovisionnelles.

VI. 6^e exemple: l'interdiction de mentir au juge

Le principe de la bonne foi interdit a fortiori à l'avocat de mentir au juge:

L'activité judiciaire implique pour l'avocat l'obligation de donner certaines informations au magistrat, cela en vertu du droit procédural comme des règles déontologiques (Alain B. Lévy, ancien Président de la FSA, traite de cette question dans son article consacré au devoir d'information de l'avocat, paru dans la Revue de l'avocat 6-7/2010, p. 265 ss). De telles communications doivent être considérées comme autorisées par le mandat d'agir en justice. L'avocat s'interdira de sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur, ou encore d'user envers la partie adverse de procédés contraires à la loyauté et aux règles de la bonne foi.

L'art. 4.4 du Code de déontologie des avocats de l'union européenne (CDAE) dispose d'ailleurs que «À aucun moment, l'avocat ne doit sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur». Cette obligation de vérité à l'égard du juge était notamment consacrée par l'art. 50 al. 2 de l'ancien code de procédure civile zurichois: «Dem Gericht gegenüber sind die Parteien zur Wahrheit verpflichtet». Il faut à notre avis considérer qu'elle découle de l'art. 52 CPC tout en regrettant comme certains auteurs (Georg Naegeli, *Darf man im Prozess lügen?* Revue de l'avocat 6-7/2010, p. 292) que cette «Wahrheitspflicht» ne soit pas expressément consacrée par notre loi de procédure.

Ainsi, interpellé sur l'état de pourparlers transactionnels hors audience, l'avocat ne peut pas exposer au juge que ceux-ci sont en cours s'il n'a pas même encore pris contact avec son confrère adverse. L'avocat ne peut pas non plus produire comme preuve à l'appui de ses allégations la copie d'un projet de contrat après avoir pris soin, avant de le photocopier pour être produit, de caviarder les commentaires manuscrits que les parties avaient apposé sur le document original. Ces procédés décrédibilisent les avocats et la justice aux yeux des parties au procès. Il faut regretter que les juges les tolèrent, voire paraissent les considérer comme normaux.

VII. 7^e exemple: comportement à l'égard du juge en procédure

Dans un arrêt de 2004, le Tribunal fédéral a rappelé que les avocats ont l'obligation d'adopter un comportement correct à l'égard des autorités en général, en particulier des juges. Ils ne sauraient utiliser de termes injurieux à leur endroit, ni user de procédés tendant à les intimider. Enfreint par exemple les convenances celui qui traite les juges fédéraux de «unfähig, böswillig, parteiisch und dünkeltet» dans ses écritures.

Ces règles de comportement contribuent à ce que les procédures judiciaires se déroulent dans un climat

serein et objectif, ce qui n'est pas seulement dans l'intérêt public mais également dans celui bien compris des clients des avocats, dicit le TF (arrêt du TF du 3.8.2004, 2A.448/2003). L'art. 8 de notre code de déontologie oblige d'ailleurs l'avocat à s'adresser aux autorités avec le respect qui leur est dû et attend d'elles les mêmes égards.

En raison de son statut particulier d'intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, l'avocat est certes soumis à des exigences de convenance plus élevées qu'un plaideur en personne. Il dispose toutefois d'une grande liberté pour critiquer l'administration de la justice, tant qu'il le fait dans le cadre de la procédure, que ce soit dans ses mémoires ou à l'occasion de débats oraux. Il y a un intérêt public à ce qu'une procédure se déroule conformément aux exigences d'un État de droit. En fonction de cet intérêt public, l'avocat a le devoir et le droit de relever les anomalies et de dénoncer les vices de la procédure. La conscience d'un «Schulterschluss» et sa mise en œuvre ne doivent jamais limiter ce devoir et ce droit.

À l'inverse, le juge devrait bien sûr se montrer également respectueux à l'égard de l'avocat, toujours dans l'intérêt de l'image de la justice sur le justiciable. À défaut, il risque la récusation. Le siège de la matière est à l'art. 47 CPC. Sa lettre f prévoit que les magistrats se récuse s'ils pourraient être prévenus notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant. Ainsi, le juge qui, après quatre heures d'une audience durant laquelle la conciliation a été vainement tentée, refuse de laisser un avocat plaider au motif qu'il est 18 heures passées en lui lançant à la figure «Je ne vous écoute même pas» et refuse également de lui ouvrir le procès-verbal pour que l'incident y soit noté, doit être récusé; et il l'a été.

Je terminerai par un vœu que j'adresse à notre Conseil et à son Président. La Commission spécialisée de procédure civile comme les autres commissions participent au processus de révision des lois. Ce serait un bel exemple de «Schulterschluss», de cohésion, que magistrats et avocats s'associent en amont dans le cadre de ces travaux législatifs pour ensuite présenter en position de force à l'Office fédéral de la justice des propositions si possible communes de modifications et d'adaptation des lois. Cela permettrait certainement de révéler que les Juges et le Barreau partagent des intérêts communs en matière de règles de procédure et de leur mise en œuvre, et de resserrer leurs liens, notamment aux yeux des deux premiers pouvoirs.

Je vous remercie de votre attention.