

# DEVOIR DE DILIGENCE DE L'AVOCAT ET CRITIQUE DES AUTORITÉS

## ARRÊT 2C\_55/2015

**BENOÎT CHAPPUIS**

Avocat, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: devoir de diligence; critique des autorités; liberté d'expression

En une année, le Tribunal fédéral a rendu trois arrêts consacrés à des avocats sanctionnés pour avoir critiqué des autorités judiciaires ou administratives. Tout en rappelant que le devoir de diligence auquel l'avocat est soumis impose certaines limites, il a cependant fermement souligné que l'avocat a non seulement le droit, mais également le devoir de critiquer les autorités lorsque cela est nécessaire. Cette jurisprudence, protectrice de la liberté d'expression, révèle l'importance que le Tribunal fédéral reconnaît à l'avocat dans le fonctionnement des institutions et la défense du justiciable.

### I. Les faits

Un avocat de Soleure représente devant la juridiction de recours (tribunal cantonal des assurances) une personne invalide qui avait vu sa rente invalidité réduite de 100% à 50%. Dans le cours de la procédure de recours, le tribunal indique à l'avocat que, après une appréciation anticipée («Vorabwürdigung») d'une expertise médicale, il envisage une *reformatio in peius* («eine Verfügung zu Ungunsten der Beschwerde führenden Person», art. 61 let. d LPGA).

À réception de cette annonce, l'avocat récusé l'ensemble des membres du tribunal. Il considère que la menace d'une *reformatio in peius* repose sur des motifs sans pertinence qui dénotent la partialité du tribunal. Ce faisant, il entend souligner que la position juridique de sa cliente est allée en s'aggravant au cours de la procédure, en raison des décisions procédurales prises par le tribunal, raison pour laquelle il écrit ce qui suit au tribunal:

«Die erste Verschlechterung erfolgte mit der Abweisung des Antrages auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 14. 5. 2013. Die zweite Verschlechterung erfolgte mit der Nichtzulassung von Beweismitteln anlässlich der Vorladungsverfügungen vom 17. und 31. 5. 2013. Dann wurde der unterzeichnete Rechtsanwalt anlässlich des Parteivortrages angehört und er lieferte gute Argumente gegen eine revisionsweise Reduktion der IV-Rente (...). Und nun kommt die dritte Verschlechterung mit der besagten Androhung der *reformatio in peius*, obwohl aus der vorliegenden Verfügung überhaupt nicht hervorgeht, was sich in der Aktenlage oder in der rechtlichen Beurteilung seit der Erhebung der Beschwerde geändert haben soll.»

L'autorité de surveillance des avocats du canton de Soleure prononce une sanction disciplinaire contre l'avocat, pour violation de son devoir de diligence envers les autorités (art. 12 let. a LLCA), décision confirmée par l'autorité de recours cantonale. L'avocat porte l'affaire devant le Tribunal fédéral, qui lui donne raison.

### II. La décision

Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence sur le droit et le devoir de l'avocat de critiquer les autorités. Dans nombre de ses décisions, il a en effet insisté sur le fait que les propos critiques à l'encontre des autorités (et de la partie adverse également!) sont admissibles dans la mesure où ils ont été tenus dans l'accomplissement d'un mandat et dans le contexte des exigences d'allégations fixées par la procédure.<sup>2</sup> S'il lui faut certes s'abstenir de propos ou d'attaques inutilement blessants ou sans pertinence pour la solution du litige<sup>3</sup>, l'avocat dispose en revanche d'une grande liberté dans son expression. On ne doit notamment pas apprécier la pertinence de cette dernière avec

<sup>1</sup> ATF 131 IV 154, consid. 1.3 = SJ 2006 I 42.

<sup>2</sup> ATF 131 IV 154, consid. 1.3 = SJ 2006 I 42; TF, 2C\_551/2014, consid. 4.3; 2C\_652/2014, consid. 3.3; 2C\_247/2014, consid. 2.2; 2C\_1180/2013, consid. 3.2.

<sup>3</sup> ATF 131 IV 154, consid. 1.3 = SJ 2006 I 42. Le Tribunal fédéral indique que, concernant la partie adverse, l'avocat doit «sachlich bleiben». Le Tribunal fédéral reconnaît à l'avocat un droit à la subjectivité (ATF 106 I 100, consid. 6b = JdT 1982 I 579), mais l'invite à s'en tenir aux faits de la cause.

un jugement *a posteriori*, ce qui rendrait le travail de l'avocat – obligé de mesurer chacun de ses propos – difficile à l'excès.

En l'espèce, le Tribunal fédéral relève que la jurisprudence relative à l'art. 61 let. d LPGA – qui permet à l'autorité de recours de réformer la décision attaquée au détriment du recourant (*reformatio in peius*) – est stricte, en ce sens qu'une telle possibilité ne peut être utilisée qu'avec retenue et doit être réservée au cas où la décision est à l'évidence erronée et sa correction de grande importance.<sup>4</sup> En particulier, le fait que l'autorité de recours parvienne, au terme de sa propre appréciation d'une expertise, à une compréhension de l'état de fait différente de celle de la première instance ne suffit pas pour justifier une *reformatio in peius*.

En conséquence, l'ordonnance procédurale du cas d'espèce, contenant la menace d'une *reformatio in peius* fondée sur une appréciation anticipée d'une expertise, est de nature à faire douter l'avocat de l'impartialité du tribunal. Le Tribunal fédéral considère pour le surplus que, si le rappel par l'avocat des différentes étapes procédurales qui auraient, selon lui, aggravé la position juridique de son client est certes inutile pour fonder une demande de récusation, il n'excède pas la grande liberté d'expression reconnue à l'avocat.

Le Tribunal fédéral admet donc le recours, la sanction disciplinaire prononcée contre l'avocat étant injustifiée.

### III. Le commentaire

Cet arrêt n'apporte sans doute rien de fondamentalement nouveau, puisqu'il constitue la confirmation des principes fondamentaux élaborés à l'ATF 106 Ia 100 et repris à plusieurs occasions. Son intérêt réside en revanche dans le fait que le Tribunal fédéral rappelle lesdits principes avec beaucoup de force, montrant ainsi l'importance qu'il attache à la liberté d'expression de l'avocat et au devoir de ce dernier de défendre son client avec toute la détermination nécessaire.

Il est également à remarquer que cet arrêt fait suite à deux autres décisions récentes (2014) – citées dans l'arrêt présentement analysé – dans lesquelles les juges fédéraux avaient également fait montre d'une forte détermination à ne pas entrer dans le contrôle des propos des avocats, hormis les cas qui dépassent véritablement les limites de l'admissible.

C'est ainsi qu'il a nié tout manquement professionnel dans le cas d'un avocat ayant allégué qu'une des explications à un blocage d'une procédure administrative résidait dans une possible paranoïa du conseiller d'État chargé de l'affaire.<sup>5</sup> Le Tribunal fédéral a considéré que de telles allégations ne constituaient pas un manquement au devoir de diligence de l'avocat envers les autorités, dans la mesure où elles avaient un rapport direct avec la procédure<sup>6</sup> et ne paraissaient pas, de prime abord, dénuées de tout fondement.<sup>7</sup> Il n'en aurait été autrement que si cette mise en cause de la santé mentale du magistrat avait été faite sans fondement («aus der Luft gegriffen»), car soutenir dans de

telles conditions que quelqu'un est un malade mental ou psychique peut s'apparenter à des propos contraires à l'honneur.

Il a également reconnu que restait dans le domaine de l'admissible l'affirmation selon laquelle l'approche du procureur dans la conduite d'une enquête pénale avait un caractère purement raciste.<sup>8</sup> Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral a tenu compte de l'ensemble des circonstances pour parvenir à cette conclusion, notamment du fait que la critique de l'avocat venait en réponse «à des propos peu nuancés» du procureur. Même si l'on juge usuellement plus sévèrement les écrits que les propos tenus oralement dans le feu de l'action – les écrits permettant recul et réflexion –, le Tribunal fédéral a également tenu compte de ce que le mémoire de l'avocat avait été rédigé dans l'urgence d'une prolongation de détention.

Cette fermeté dans l'énoncé des principes est rassurante, car, dans un cas vieux de quelques années, le Tribunal fédéral avait semblé faire preuve de beaucoup plus de circonspection dans l'appréciation du comportement de l'avocat. Il avait en effet jugé que les propos tenus par un avocat dans un entretien confidentiel avec son client – lors duquel ce dernier avait été mis en garde en des termes vifs contre la police et ses méthodes – pouvaient tomber sous le coup de l'art. 12 let. a LLCA.<sup>9</sup> La solution retenue dans cet arrêt n'était pas admissible en ce qu'elle autorisait que le juge fasse intrusion dans la discussion confidentielle que l'avocat tient avec son client, pour juger même de la pertinence du conseil donné à ce dernier à cette occasion. Les trois décisions récentes montrent que cette dernière affaire est restée isolée et que le Tribunal fédéral n'a en rien décidé de tempérer sa jurisprudence.

On doit garder à l'esprit que la Suisse fait partie d'un nombre limité d'États dans le monde où l'exercice de la profession d'avocat ne présente pas de risque pour la liberté de ce dernier, voire pour sa vie. Nous avons même le privilège de voir notre Cour suprême relever que l'avocat non seulement peut critiquer les autorités, mais surtout qu'il le doit, en qualité de mandataire chargé de faire tout son possible pour la défense de son client. Pour ce faire, il peut même recourir à des termes vifs et incisifs, si les circonstances le justifient («Der Anwalt darf zwar energisch

4 TF, 2C\_55/2015, consid. 2.2.1: «Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 61 lit. d ATSG ist von der Möglichkeit einer *reformatio in peius* nur zurückhaltend Gebrauch zu machen und diese auf Fälle zu beschränken, wo der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist».

5 TF, 2C\_551/2014.

6 TF, 2C\_551/2014, consid. 4.3: «Zu beachten ist insbesondere auch, dass der Beschwerdeführer seine Äusserungen im Zusammenhang mit einer Aufsichtsanzeige innerhalb eines behördlichen Verfahrens, also nicht gegenüber der Öffentlichkeit vorbrachte».

7 TF, 2C\_551/2014, consid. 4.3: «Vorliegend hat der Beschwerdeführer in seiner Aufsichtsanzeige dargelegt, wieso er zu seinen Überlegungen im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Regierungsstatthalters kam».

8 TF, 2C\_652/2014.

9 TF, 2C\_737/2008, consid. 3.5.

*aufreten und sich scharf ausdrücken...»*),<sup>10</sup> ce qui implique inexorablement un certain risque d'exagération.

Ce constat mène à la réflexion suivante. Les avocats doivent garder leur parole libre et ne pas hésiter à défendre leur droit jusqu'à la plus haute instance du pays, si des autorités inférieures avaient la tentation de le limiter, ce qui n'est pas absolument exceptionnel en pratique. Parallèlement, ils le feront avec responsabilité, en ce sens qu'ils n'oublieront pas que la prérogative qui leur est re-

connue par la loi et la jurisprudence l'est dans l'intérêt de leurs clients, mais n'est pas destinée à pouvoir s'affranchir des convenances indispensables au bon déroulement du débat judiciaire.

<sup>10</sup> ATF 131 IV 154, c. 1.3.2 = SJ 2006 I 42; TF, 2A.168/2005, c. 2.2.

## Das Archiv für Urheber- und Medienrecht

Jetzt  
abonnieren



1400-20/16

### UFITA

Manfred Rehbinder

**Abonnementspreis je gebundener Band für CHF 189.–, bei Einzelbezug CHF 215.–**

Zeitschrift, 3-mal jährlich, gebunden,  
1424-4276

Das Archiv für Urheber- und Medienrecht (UFITA) ist eine juristische Fachzeitschrift zum Urheber-, Verlags-, Rundfunk-, Presse- und Telemedienrecht. Jährlich erscheinen in der Regel drei Bände mit längeren Beiträgen sowie einer grossen Anzahl von Rezensionen. Die UFITA dokumentiert zudem die Entwicklungen der nationalen und internationalen Gesetzgebung im Urheberrecht.

#### Aus dem Inhalt von Band 2015/III:

- Facebook-Demokratie? Überlegungen zur Demokratie im digitalen Zeitalter
- Zur Dogmatik des Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Urheberrecht
- Sendevergütung für erschienene Tonträger in nichtsendereigenen Filmproduktionen (integrierte Tonträger)
- Hintergründe zu Max Webers Presse-Enquête und das Presse- und Urheberrecht seiner Zeit
- Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen (1885)
- Technik und Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung des Rundfunks (1932)

[www.staempfliverlag.com/](http://www.staempfliverlag.com/)  
[anwaltsrevue](http://anwaltsrevue)

## Stämpfli

Verlag

#### Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach 2182

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

[verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

