

TENSIONS ENTRE AVOCATS ET MAGISTRATS: RÉCUSATION DU MAGISTRAT OU INCAPACITÉ DE POSTULER DE L'AVOCAT?

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 1B_191/2020 DU 26 AOÛT 2020

TANO BARTH

Avocat et assistant-doctorant à l'École d'avocature de l'Université de Genève

FABIO BURGNER

Avocat et assistant-doctorant au Département pénal de l'Université de Genève

Mots-clés: avocat, magistrat, récusation, incapacité de postuler, conflit d'intérêts

En présence d'un grave conflit personnel entre un magistrat et un avocat, le premier doit-il se récuser ou une interdiction de postuler doit-elle être prononcée contre le second? Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral répond à la question de manière simple et pragmatique: le premier à œuvrer sur un dossier reste, le second ne doit pas s'en saisir. Après une analyse de l'arrêt, les auteurs présentent des pistes de réflexion lorsque le conflit personnel survient en cours de procédure.

I. Résumé des faits

Tous les membres d'une étude sont en conflit avec une procureure depuis 2017. L'inimitié se matérialise, en premier lieu, par l'assistance d'une plaignante par l'une des avocates de cette étude dans une procédure dirigée personnellement contre la représentante du ministère public et ouverte notamment pour contrainte et diffamation, subsidiairement calomnie. La magistrate est condamnée par ordonnance pénale, puis acquittée en première instance. À la suite d'une transaction intervenue lors des débats de deuxième instance, la plaignante retire son appel.

Plusieurs membres de l'étude déposent, en outre, une plainte pénale pour violation du secret de fonction contre la procureure. Le ministère public n'entre pas en matière¹.

Dans deux autres procédures, des membres de l'étude présentent, par ailleurs, des demandes de récusation contre la magistrate au motif que son impartialité ne peut être garantie en raison des plaintes dirigées contre elle. Dans la première, le procureur général dessaisit la magistrate intimée du dossier pour mettre fin au blocage de la procédure lié à des retards formels dans le traitement de la requête de récusation², tout en précisant qu'il tient les motifs pour infondés. Dans la seconde, la juridiction de recours déclare la demande irrecevable³.

Enfin, la procureure aurait indiqué à l'une des collaboratrices de l'étude qu'elle refusait tout contact avec les membres de celle-ci.

Cette même magistrate instruit, depuis septembre 2018, une affaire d'accident de la circulation routière, dans le cadre de laquelle, le 25.2.2019, elle condamne le prévenu par la voie de l'ordonnance pénale pour conduite en état d'ébriété, conduite en état d'incapacité et contravention à la LStup. La procureure n'entre en outre pas en matière sur la plainte pénale de la victime déposée pour lésions corporelles simples par négligence. Ni le prévenu ni la partie plaignante ne sont représentés jusqu'à ces prononcés.

1 L'ordonnance de non-entrée en matière a fait l'objet d'un recours des parties plaignantes, rejeté par la juridiction de recours (arrêt de la Chambre des recours pénale du canton de Vaud, n° 237, du 28.3.2018) et déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral (arrêt 6B_537/2018 du 27.7.2018).

2 À propos des retards formels, voir l'arrêt 1B_502/2017 du 7.2.2018.

3 Arrêt de la Chambre des recours pénale du canton de Vaud, n° 694, du 14.9.2018.

La victime, désormais assistée par l'une des avocates dont l'étude est en conflit avec la procureure depuis 2017, forme opposition contre l'ordonnance pénale et recourt contre l'ordonnance de non entrée en matière. Par ailleurs, le 4.3.2019, soit quelques jours après la constitution de l'avocate – le 27.2.2019 à teneur de la procuration – la partie plaignante dépose une requête de récusation visant la procureure en raison de l'inimitié entre d'une part, la magistrate, et d'autre part, son conseil et les autres membres de l'étude de cette dernière.

Par arrêt du 3.6.2019, la juridiction de deuxième instance admet le recours contre l'ordonnance de non-entrée en matière, considérant que les éléments constitutifs de l'infraction de lésions corporelles simples par négligence sont réunis, et renvoie la cause au ministère public⁴.

Par arrêt du 4.6.2019, la juridiction de recours rejette la demande de récusation de la procureure et prononce une interdiction de postuler de l'avocate mandatée, sans offrir à celle-ci et à la victime l'occasion de s'exprimer à ce sujet⁵. Cet arrêt est annulé par le Tribunal fédéral en raison d'une violation du droit d'être entendu⁶. Une fois ce vice formel corrigé, l'autorité de deuxième instance – dans la même composition que celle qui a rendu l'arrêt du 4.6.2019, dont tous les membres ont fait l'objet d'une demande (rejetée) de récusation – confirme son précédent prononcé.

L'affaire monte au Tribunal fédéral.

II. Résumé du raisonnement juridique

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que, en procédure pénale, il appartient en principe à la direction de la procédure, soit dans le cas d'espèce au ministère public, de prononcer une incapacité de postuler (art. 61 et 62 CPP). Les juges fédéraux admettent toutefois qu'exceptionnellement, l'autorité de recours puisse statuer sur une incapacité de postuler de l'avocat lorsqu'elle est saisie d'une question étroitement liée, telle qu'une demande de récusation⁷.

Le Tribunal fédéral examine ensuite la problématique de l'interdiction de postuler⁸. Après avoir rappelé les principes généraux de la LLCA concernant l'obligation de soin et de diligence (art. 12 let. a LLCA), le devoir d'indépendance (art. 12 let. b LLCA) et l'interdiction des conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA) – les trois principes, dans un cadre de conflit d'intérêts, étant étroitement liés⁹ –, les juges fédéraux se rallient à l'opinion de Walter Fellmann. Selon cet auteur, en cas de litige personnel d'une certaine importance avec un confrère qu'il sait assister la partie adverse, un avocat ne doit pas accepter le mandat, dans la mesure où il ne pourra pas le remplir en toute indépendance et sans conflit d'intérêts¹⁰. Le Tribunal fédéral applique ce raisonnement par analogie au conflit personnel entre l'avocat et un procureur¹¹.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral relève qu'au début de la procédure préliminaire, l'avocate n'était pas mandatée pour la défense des intérêts de la victime. Elle ne l'a été qu'après le prononcé des ordonnances pénale et de non-entrée en matière, si bien que l'avocate aurait dû

se rendre compte que la magistrate avec laquelle elle avait un grave conflit était en charge du dossier. L'avocate n'aurait donc pas dû accepter le mandat¹². Le Tribunal fédéral relève en particulier que la procureure instruisait le dossier depuis septembre 2018, alors que l'avocate ne s'est constituée qu'en février 2019, si bien qu'au vu de la chronologie des faits, il appartenait à l'avocate de ne pas accepter le dossier et non à la procureure de se récuser lors de sa constitution pour la partie plaignante. Une solution contraire – à savoir que la procureure doive se récuser et l'avocate continuer à exercer son mandat – ouvrirait la porte aux abus du mécanisme de la récusation en permettant aux parties de se faire représenter par un avocat en situation conflictuelle avec un magistrat pour obtenir ensuite sa récusation¹³.

Le Tribunal fédéral rejette le recours, confirme l'incapacité de postuler de l'avocate et constate que la question de la récusation est désormais sans objet.

III. Commentaire

Après un examen de la compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat (1), nous analyserons les conséquences de l'inimitié entre le magistrat et l'avocat (2).

1. La compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat

Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle, en procédure pénale, la compétence pour statuer sur la capacité de postuler d'un mandataire professionnel appartient à l'autorité investie de la direction de la procédure et non à l'autorité de surveillance, en vertu des art. 61 et 62 CPP¹⁴.

Les juges fédéraux admettent néanmoins que, dans certaines circonstances, la juridiction de recours dispose également de la compétence pour statuer sur l'incapacité de postuler d'un avocat¹⁵. Nous adhérons à ce raisonnement lorsque la direction de la procédure fait l'objet d'une demande de récusation. D'une part, même si à la suite d'une telle demande, la personne concernée continue à exercer sa fonction (art. 59 al. 3 CPP), elle n'accomplira que les actes de procédure urgents – sous réserve des re-

⁴ Arrêt de la Chambre des recours pénale du canton de Vaud, n° 455, du 3.6.2019.

⁵ L'arrêt cantonal n'est pas publié sur internet.

⁶ Arrêt 1B_348/2019 du 18.9.2019.

⁷ Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 2.

⁸ Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 4.

⁹ BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., 2016, p. 114-116.

¹⁰ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2^e éd., 2017, n° 363.

¹¹ Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 4.1.

¹² Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 4.2.

¹³ Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 4.3.

¹⁴ Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 2, confirmant le principe déjà établi dans l'ATF 141 IV 257 consid. 2.2 p. 261-262 et dans l'ATF 138 II 162 consid. 2.5.1 p. 166-168.

¹⁵ Arrêt 1B_191/2020 du 26.8.2020 consid. 2.

quêtes manifestement mal fondées¹⁶ – et évitera ainsi de prononcer une interdiction de plaider. D'autre part, le magistrat ne voudra pas envenimer la situation en prononçant une interdiction de postuler à l'encontre de l'avocat par l'intermédiaire duquel sa récusation a été requise. Dans une telle situation, il est préférable que l'autorité de recours prononce une éventuelle incapacité de postuler, en veillant à donner préalablement l'occasion à l'avocat de se déterminer. En d'autres termes, en présence d'un conflit entre un magistrat et un avocat, c'est à la juridiction de recours de décider si l'un d'entre eux doit cesser d'œuvrer sur le dossier.

S'agissant des voies de droit, la juridiction de recours statue en tant qu'instance cantonale unique sur l'interdiction de postuler de l'avocat, tout comme sur la demande de récusation d'un procureur d'ailleurs (art. 59 al. 1 let. c CPP). Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (art. 80 LTF). Disposent de la qualité pour recourir tant le client définitivement privé de la possibilité de choisir son avocat pour assurer la défense de ses intérêts dans la procédure pénale (art. 127 al. 1 CPP et art. 93 al. 1 let. a LTF) que l'avocat lui-même (art. 90 al. 1 LTF)¹⁷.

Relevons à toutes fins utiles que le Tribunal fédéral ne s'est exprimé jusqu'ici que sur la compétence pour statuer sur la capacité de postuler en procédure pénale. S'il semble indiquer – à tout le moins dans cet arrêt – qu'il s'agit d'un principe général s'appliquant à tous types de procédures, soit également en procédure administrative et en procédure civile, la jurisprudence et la doctrine sont divisées sur la compétence pour statuer sur la capacité de postuler du mandataire en matière civile et administrative¹⁸.

2. Les conséquences d'un rapport d'inimitié entre le magistrat et l'avocat

Une forte inimitié entre le magistrat et l'avocat constitue tant un motif de récusation du magistrat (A) qu'un motif d'incapacité de postuler de l'avocat (B). Le Tribunal fédéral propose une solution équilibrée: le premier à œuvrer sur le dossier reste (C). Lorsque des tensions surviennent en cours de procédure, nous sommes d'avis, afin de protéger le justiciable, qu'une récusation est préférable à une incapacité de postuler, sous réserve des cas d'abus de droit (D).

A) Un motif de récusation du magistrat?

La récusation a des conséquences graves nuisant aux bons rapports entre, d'une part, l'avocat la requérant pour le compte de son mandant et, d'autre part, le magistrat visé et, dans certains cas, toute l'institution dans laquelle celui-ci travaille. Lorsque cela s'avère nécessaire, la critique de l'administration fait néanmoins partie des devoirs de l'avocat, indépendamment de la volonté de celui-ci de demeurer en bons termes avec les magistrats¹⁹. Cette critique peut notamment être formulée par la voie de la récusation.

L'art. 56 let. f CPP prévoit que toute personne exerçant une fonction au sein d'une autorité pénale est tenue

de se récuser lorsque d'autres motifs, notamment un rapport d'amitié étroit ou d'inimitié avec une partie ou son conseil juridique, sont de nature à la rendre suspecte de prévention.

Cette norme a la portée d'une clause générale recouvrant tous les motifs de récusation non expressément prévus aux lettres précédentes²⁰. Elle correspond à la garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les art. 30 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives²¹.

L'inimitié, au sens de l'art. 56 let. f CPP, sous-entend des tensions personnelles considérables, des désaccords graves, voire une aversion prononcée de la part du magistrat. Il importe de déterminer si le bon déroulement de la procédure est compromis et si le magistrat est encore capable de conduire celle-ci de manière impartiale²². Ainsi, pour que le magistrat soit considéré comme partial, l'inimitié avec une partie ou l'avocat de celle-ci doit être interprétée dans le sens d'un désaccord personnel et concret²³.

¹⁶ Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft Zürich für das Vorverfahren (WOSTA), ch. 7.1.3, p. 65.

¹⁷ Arrêt 1B_191/2020 du 26. 8. 2020 consid. 1; voir aussi les affaires dans lesquelles l'interdiction de postuler est prononcée par le ministère public, puis l'avocat recourt au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la juridiction de recours confirmant l'interdiction: arrêt 1B_20/2017 du 23. 2. 2017 consid. 1.1; arrêt 1B_226/2016 du 15. 9. 2016 consid. 1; arrêt 1B_358/2014 du 12. 12. 2014 consid. 2.

¹⁸ Sur la controverse: arrêt 2C_755/2010 du 10. 12. 2010; arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève, DAS/72/2020, du 7. 5. 2020; arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève, ATA/283/2017, du 14. 3. 2017; arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal de Vaud, CDAPGE.2017.0082, du 7. 12. 2017; STÉPHANE GRODECKI/NICOLAS JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, SJ 2015 II 107, p. 133; ROMAIN JORDAN, Conflit d'intérêt de l'avocat et compétence, Plaidoyer 06/2018, p. 38–41; NICOLAS PELLATON/BENOÎT CHAPPUIS, Conflits d'intérêts: autorité compétente pour en juger et voies de recours, Réflexions sur l'arrêt 2C_642/2011 – présentation à la lumière des développements jurisprudentiels récents, Revue de l'avocat 6–7/2012, p. 317–318.

¹⁹ BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., 2016, p. 55–56.

²⁰ ATF 138 IV 142 consid. 2.1 p. 144; arrêt 1B_131/2011 du 2. 5. 2011 consid. 3.1.

²¹ ATF 144 I 159 consid. 4.3 p. 162–163; ATF 143 IV 69 consid. 3.2 p. 74–75; ATF 141 IV 178 consid. 3.2.1 p. 179; ATF 138 IV 142 consid. 2.1 p. 144; ATF 138 I 1 consid. 2.2 p. 3.

²² Arrêt 1B_214/2016 du 28. 7. 2016 consid. 3.3; arrêt 1P.99/2000 du 20. 3. 2000 consid. 3a.

²³ JEAN-MARC VERNIORY in Commentaire romand CPP, 2^e éd. 2019, art. 56 CPP, n° 30 («caractérisés»); MARKUS BOOG in Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd. 2014, art. 56 CPP, n° 39 («ausgeprägt»).

La simple appartenance d'un magistrat à un parti politique²⁴ ou à une association²⁵ ne constitue pas un motif de récusation²⁶.

En présence d'une relation particulièrement hostile entre un magistrat et l'avocat de l'une des parties, un motif de récusation existe lorsque l'intensité et la qualité de la relation dénoncée s'écartent des comportements sociaux habituels et, d'un point de vue objectif, sont de nature à influencer le magistrat à l'égard de la partie représentée et de la procédure²⁷.

Le dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation pénale par une partie contre un magistrat ne suffit pas pour retenir l'existence d'un motif de récusation. Le Tribunal fédéral souligne d'ailleurs à juste titre qu'«en décider autrement reviendrait à ouvrir aux querulents la possibilité d'influencer la composition du tribunal en tenant des propos insultants vis-à-vis du juge dont ils récusent la participation»²⁸. En revanche, lorsque le magistrat dépose une plainte pénale contre la partie, le conflit prend une tournure personnelle et s'avère objectivement de nature à entacher son impartialité²⁹. Selon nous, ces règles sont également applicables lorsque la plainte pénale est déposée par le conseil d'une partie, à titre personnel ou pour le compte d'un client, contre le magistrat, respectivement par le magistrat contre l'avocat³⁰.

Des propos maladroits ne suffisent, en principe, pas pour retenir qu'un magistrat serait prévenu, sauf s'ils semblent viser une personne particulière – partie ou avocat – et que leur tenue semble constitutive d'une grave violation notamment des devoirs lui incombant³¹. Quant aux remarques humoristiques – généralement inappropriées et pouvant être perçues négativement par les parties en cause –, elles ne permettent de retenir un soupçon de partialité que si elles paraissent méprisantes³².

Est constitutif d'un abus de droit (art. 5 al. 3 Cst.; 3 al. 2 let. b CPP) la polémique publique contre un juge pendant des années suivie de l'invocation de la partialité du magistrat pour ce motif³³.

Une erreur au procès-verbal ou un refus d'annotation – sources fréquentes de désaccords entre magistrats et avocats³⁴ – ne sauraient justifier, à eux seuls, une demande de récusation, procédure qui ne vise pas à permettre aux parties de remettre en cause les décisions incidentes prises par le magistrat instructeur³⁵. La loi prévoit la possibilité pour une partie de requérir une rectification du procès-verbal lorsqu'elle l'estime nécessaire (art. 79 al. 2 CPP).

B) Un motif d'incapacité de postuler de l'avocat?

L'art. 12 let. c LLCA dispose que 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». La prohibition des conflits d'intérêts n'est pas une règle isolée, sans lien avec les autres règles professionnelles: elle est soit la condition nécessaire, soit la conséquence de deux autres principes fondamentaux que sont l'obligation de diligence (art. 12 let. a LLCA) et l'indépendance de l'avocat (art. 12 let. b LLCA). Dans certains contextes – non pertinents pour la présente analyse – la

prohibition du conflit d'intérêts doit être mise en relation avec le secret professionnel (art. 13 LLCA et art. 321 CP) qui peut être compromis par l'existence du conflit³⁶.

Même si l'art. 12 let. c LLCA ne vise pas expressément ce cas, les intérêts propres de l'avocat peuvent également être la source d'une situation de conflit d'intérêts (voir aussi l'art. 11 CSD)³⁷. Le principe de l'indépendance et de la prohibition des conflits d'intérêts a pour but que l'avocat

-
- ²⁴ Arrêt 1B_82/2018 du 3. 5. 2018 consid. 4; arrêt 1B_460/2012 du 25. 9. 2012 consid. 3.2; arrêt 1B_365/2009 du 22. 3. 2010 consid. 3.2; arrêt 6B_146/2010 du 23. 6. 2010 consid. 3.1; arrêt 1B_52/2008 du 2. 6. 2008 consid. 1.3. Il en va de même de la qualité de membre d'une commission consultative contre les violences domestiques dans une affaire de violences conjugales supposées (arrêt 1B_529/2019 du 21. 2. 2020 consid. 3.2). Pour plus de détails, voir MARKUS BOOG in *Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 2^e éd. 2014, art. 56 CPP, n° 40.
- ²⁵ Arrêt 1B_82/2018 du 3. 5. 2018 consid. 4; arrêt 4A_182/2013 17. 7. 2013 consid. 3 (tous deux concernant le Lions Club); arrêt 1B_537/2012 du 18. 9. 2012 consid. 3.3 («Juristenverein Schaffhausen»).
- ²⁶ Pour plus de détails liés à la dépendance par rapport aux parties ou à leurs conseils, voir JEAN-MARC VERNIORY in *Commentaire romand CPP*, 2^e éd. 2019, art. 56 CPP, n° 31.
- ²⁷ Arrêt 1B_214/2016 du 28. 7. 2016 consid. 3.3; arrêt 1P.99/2000 du 20. 3. 2000 consid. 3a. S'agissant des rapports d'amitié, voir ATF 144 I 59 consid. 4.5 p. 164-165 («amitié» sur Facebook); arrêt 1B_55/2015 du 17. 8. 2015 consid. 4; ZR 80/1981 Nr. 29 (droit zurichois antérieur au CPP).
- ²⁸ ATF 134 I 20 consid. 4.3.2 p. 22. Voir également: arrêt 1B_524/2018 du 1. 3. 2019 c. 3.1 (rappel de jurisprudence); arrêt 1B_390/2017 du 31. 10. 2017 consid. 3.3 (plainte pénale d'une partie contre un procureur général); arrêt 1B_427/2016 du 17. 11. 2016 consid. 2 (plainte pénale d'une partie contre un juge); arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2017.128 du 26. 9. 2017 consid. 4.3 (plaintes pénales d'une partie contre des juges).
- ²⁹ ATF 134 I 20 consid. 4.3.2 p. 22 (plainte pénale d'un juge contre une partie); ATF 124 I 34 consid. 3d p. 38-39 (plainte pénale d'un expert contre une partie); arrêt 1B_524/2018 du 1. 3. 2019 consid. 4.2 (rappel de jurisprudence); arrêt 6B_20/2013 du 3. 6. 2013 consid. 2.2 (rappel de jurisprudence); arrêt 1B_712/2012 du 18. 2. 2013 consid. 3.2 (réponse d'un expert à la suite de provocations des parties, proportionnée en l'espèce).
- ³⁰ En ce sens: arrêt 5A_756/2008 du 9. 9. 2009 consid. 2.1; arrêt 1B_303/2008 du 25. 3. 2009 consid. 2.2 et 2.3.3; arrêt P.502/1986 du 23. 1. 1987 consid. 2; arrêt P.58/1986 du 10. 4. 1986 consid. 2c; REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*, 2001, p. 133. À propos des relations entre les magistrats et les conseils des parties, voir également: ATF 92 I 271 c. 5 p. 276; arrêt 1B_664/2012 du 19. 4. 2013 consid. 3.4; arrêt 1P.180/2004 du 7. 5. 2004 c. 2.5; arrêt 1P.515/2002 du 13. 2. 2003 c. 2.4.
- ³¹ ATF 127 I 196 consid. 2d p. 199-201; arrêt 1B_186/2019 du 24. 6. 2019 consid. 5.1; arrêt 1B_434/2017 du 4. 1. 2018 consid. 5.2.
- ³² ATF 127 I 196 consid. 2d p. 199-201; arrêt 1B_186/2019 du 24. 6. 2019 consid. 5.1; arrêt 1B_434/2017 du 4. 1. 2018 consid. 5.2.
- ³³ Arrêt 1B_365/2009 du 22. 3. 2010 consid. 3.3; arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville, BEZ.2017.49, du 7. 2. 2018.
- ³⁴ *Infra* IV.
- ³⁵ Arrêt de la Chambre pénale de recours de la Cour de justice de Genève, ACPR/688/2020, du 29. 9. 2020, consid. 3.3.
- ³⁶ BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, *Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e éd., 2016, p. 114-115.
- ³⁷ Arrêt 1B_149/2013 du 5. 9. 2013 consid. 2.4.2; arrêt 2C_889/2008 du 21. 7. 2009 consid. 3.1.2; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, n° 1449; BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, *Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e éd., 2016, p. 120-121; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2^e éd., 2017, n° 361.

agisse «de manière la plus objective possible, afin de servir les intérêts de son client»³⁸. L'avocat doit être objectif tant vis-à-vis de son client que du magistrat³⁹.

Ainsi, lorsqu'un avocat est consulté pour un dossier dans lequel un confrère ou un magistrat avec lequel il a un conflit personnel est impliqué, il n'a pas d'autre choix que de refuser le mandat⁴⁰. En effet, lors d'une éventuelle démarche combattive de l'avocat – par exemple une demande de récusation, une dénonciation disciplinaire ou encore une plainte pénale, – il sera difficile de déterminer si celle-ci s'avère dans l'intérêt du client ou si elle tient du règlement des comptes personnels.

En conséquence, si un avocat accepte un mandat alors qu'un magistrat avec lequel il a des conflits personnels est déjà saisi du dossier, il viole l'art. 12 let. c LLCA. Dans un tel cas, le magistrat en place – voire même l'autorité de recours⁴¹ – peut prononcer une interdiction de plaider à l'encontre de cet avocat⁴².

C) *La solution retenue: le premier à œuvrer sur le dossier reste*

Face à une situation complexe, les juges fédéraux proposent une solution simple et pragmatique: le premier à œuvrer sur le dossier reste, le second ne doit pas s'en saisir. Le Tribunal fédéral ne recherche ainsi pas une «faute» dans l'origine du conflit entre l'avocat et le magistrat, tant il est rare que l'origine d'un conflit soit unilatérale, mais résulte le plus souvent d'incompréhensions entre les deux parties⁴³. Concrètement, en cas de tensions entre un procureur et un avocat, si le procureur est déjà en charge de l'instruction du dossier et qu'un client consulte l'avocat, ce dernier a le devoir de refuser le mandat. À l'inverse, si un avocat est déjà constitué et que le dossier arrive ensuite au ministère public, il est du devoir du procureur de confier le dossier à l'un de ses collègues.

La solution préconisée par le Tribunal fédéral présente d'ailleurs un autre avantage: éviter les abus de droit. Une partie ne peut pas écarter les choix procéduraux d'un procureur en mandatant un avocat ouvertement en conflit avec lui⁴⁴ et, en parallèle, le ministère public ne peut écarter un avocat en attribuant le dossier à un procureur ouvertement en conflit avec l'avocat.

À notre sens, cette solution est d'autant plus correcte que les éventuelles problématiques disciplinaires – du magistrat ou de l'avocat – ne doivent pas être résolues par le biais de la récusation ou de l'interdiction de postuler, mais par la saisine des autorités disciplinaires.

Cette solution est également applicable par analogie en cas de conflits personnels graves entre deux avocats: le premier avocat constitué reste, le deuxième a le devoir de refuser le mandat.

D) *La survenance de tensions entre le magistrat et l'avocat durant la procédure*

Lorsque les fortes tensions entre l'avocat et le magistrat surviennent en cours de procédure, l'approche chronologique préconisée par le Tribunal fédéral ne peut trouver application.

Dans une telle situation, toute recherche de «faute» dans l'origine de l'animosité doit néanmoins être évitée⁴⁵, cette question devant tout au plus être résolue dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Comme nous l'avons précédemment exposé, de graves différends entre un magistrat et un avocat constituent tant un motif de récusation du magistrat⁴⁶ qu'un motif d'incapacité de postuler de l'avocat⁴⁷. Les conséquences ne sont cependant pas les mêmes pour le client de l'avocat. Si le magistrat se récusé, il en résultera principalement un ralentissement de la procédure – du fait qu'un nouveau magistrat doit prendre connaissance du dossier – et éventuellement la répétition de certains actes de procédure effectués (art. 60 CPP). En revanche, un changement d'avocat peut entraîner des conséquences financières importantes pour le client⁴⁸. Faute de résiliation du mandat en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO), le client ne pourra pas prétendre au remboursement des honoraires déjà payés à l'avocat qui s'est vu contraint de se retirer du mandat⁴⁹.

En conséquence, la garantie constitutionnelle du droit d'accès à la justice (art. 29a Cst.) devrait, en cas d'animosités personnelles survenant entre un magistrat et un avocat en cours de procédure, conduire à une récusation du magistrat, sans recherche de «faute» sur l'origine de l'animosité. Cette solution paraît également correcte afin de protéger la liberté économique de l'avocat (art. 27 Cst.)⁵⁰: le magistrat ne subira aucune conséquence financière s'il se récusé; au contraire, si l'avocat doit mettre fin au mandat, il souffrira d'une perte de revenus.

38 MATHIEU CHÂTELAIN, L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession, 2017, n° 369.

39 ATF 130 II 87 (RDAF 2005 I p. 519–526) consid. 4 p. 93–99.

40 Arrêt 1B_191/2020 du 26. 8. 2020 consid. 4; en ce sens également, à tout le moins pour le conflit personnel entre avocats: WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2^e éd., 2017, n° 363.

41 Supra III/1.

42 Arrêt 1B_191/2020 du 26. 8. 2020 consid. 4.1.2 in fine.

43 C'est ce même constat lié aux difficultés d'imputer une faute à un époux qui a mené à une modification du droit du divorce (cf. FF 1996 I 1, p. 28 à 30).

44 Arrêt 1B_191/2020 du 26. 8. 2020 consid. 4.3 in fine.

45 Supra III/2/C.

46 Supra III/2/A.

47 Supra III/2/B.

48 Sur les inconvénients du client en cas de changement d'avocat: TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude – Commentaire de l'arrêt 1B_510/2018, Jusletter du 1. 7. 2019, n° 40.

49 Sur l'impossibilité d'appliquer l'art. 404 al. 2 CO en cas de prononcé d'une interdiction de plaider non-fautive: IVO SCHWANDER, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 29. 1. 2020, BGer 2C_837/2019, PCEF 50/2020, p. 169.

50 Le Tribunal fédéral n'a pas analysé cette problématique dans l'arrêt 1B_191/2020 du 26. 8. 2020 consid. 5, faute de motivation suffisante du grief par la recourante et de toute manière, la question ne se posait pas dans le contexte d'animosités survenues en cours de procédure; sur l'application de la garantie constitutionnelle de la liberté économique à l'avocat dans le cadre d'une incapacité de postuler: BENOÎT CHAPPUIS, ATF 145 IV 218: Changement d'étude et conflits d'intérêts, Réflexions sur la liberté économique de l'avocat-collaborateur, Revue de l'avocat 11/12/2019, p. 516–517.

En revanche, lorsque la situation d'inimitié relève d'un abus de droit de l'avocat ou de son client (art. 5 al. 3 Cst.; art. 3 al. 2 let. b CPP), la récusation du magistrat ne saurait entrer en considération⁵¹.

En cas d'abus de droit de l'avocat, le magistrat – voire l'autorité de recours⁵² – peut prononcer une interdiction de plaider à l'encontre de l'avocat. Dans un tel cas, l'interdiction de postuler est prononcée en raison d'un comportement fautif de l'avocat, ce qui pourrait engager la responsabilité de ce dernier pour violation de son devoir de diligence contractuel (art. 398 al. 2 CO), entraînant une résiliation du mandat en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO) ainsi qu'éventuellement une responsabilité disciplinaire de l'avocat (art. 12 let. a LLCA). Le magistrat ou l'autorité de recours prononçant une telle interdiction de plaider a l'obligation d'annoncer ce fait à l'autorité de surveillance du canton de l'avocat (art. 15 LLCA).

La situation d'abus de droit de l'avocat doit cependant être admise de manière très restrictive. À titre d'exemple, le simple fait qu'un avocat ait demandé la récusation d'un magistrat – même si cela peut alimenter l'antagonisme – ne suffit pas pour prononcer une interdiction de plaider. Les termes «auxiliaire de la justice», «serviteur du droit» ou «collaborateur de la justice», parfois employés par le Tribunal fédéral, ne signifient pas que l'avocat est un collaborateur étatique ou un assistant du juge. L'avocat agit exclusivement pour servir les intérêts subjectifs de son mandant. Il assume ainsi une tâche sans laquelle le citoyen ne pourrait très souvent pas faire valoir ses prétentions juridiques⁵³. Comme le relève Benoît Chappuis, s'il est vrai qu'un climat de perpétuel affrontement est nuisible pour la procédure et qu'un minimum de respect entre les protagonistes ne paraît pas inutile, «on ne doit pas perdre de vue que l'avocat reste fondamentalement le mandataire de son client dont la défense des intérêts est la seule tâche qu'il assume. Les représentants de l'État et ceux de la partie adverse sont suffisamment armés pour se défendre contre les attaques dont ils pourraient faire l'objet»⁵⁴. En outre, même si le procureur, au stade de l'instruction, est tenu d'instruire «avec un soin égal les circonstances qui peuvent être à la charge et à la décharge du prévenu» (art. 6 al. 2 CPP), il arrive en pratique qu'il prépare déjà son dossier d'accusateur⁵⁵, contribuant ainsi à la survenance de tensions. Ce n'est donc que dans des situations exceptionnelles qu'un abus de droit de l'avocat doit être admis.

IV. Conclusion

Les tensions entre magistrats et avocats résultent parfois d'un manque de distance par rapport au dossier défendu. Un procureur pourrait être froissé qu'un avocat plaide le manque de célérité dans la procédure, pensant qu'il s'agit d'une attaque personnelle. Un avocat pourrait se sentir offensé par certains actes procéduraux entrepris, alors même qu'ils visent le client et non le conseil. Ces incompréhensions, en s'accumulant, rendent souvent le dialogue plus difficile, mènent occasionnellement à des situations tendues et peuvent quelquefois déboucher sur de

graves conflits. Au sein de divers Ordres d'avocats cantonaux, ces litiges peuvent souvent être mis à plat grâce aux règles de déontologie permettant une médiation par le Bâtonnier⁵⁶. Une procédure de médiation analogue, en cas de tensions entre avocats et magistrats, permettrait probablement de régler un certain nombre de litiges entre avocats et magistrats de manière non contentieuse.

La retranscription des procès-verbaux synthétiquement plutôt que verbatim constitue une source endémique de tensions entre magistrats et avocats. Au sens de l'art. 78 al. 3 CPP, les questions et les réponses déterminantes sont consignées textuellement au procès-verbal. Le législateur n'a ainsi pas estimé nécessaire de suivre le système anglo-saxon de la verbalisation mot à mot⁵⁷. La tenue d'un procès-verbal synthétique ne s'avère admissible que si tous les participants à l'audience s'accordent sur son contenu. La recherche d'un consensus sur la synthèse des déclarations de la personne entendue peut mener à des dissensions entre magistrats et avocats, liées au regard que les uns et les autres portent sur le fond du dossier et la compétence exclusive du magistrat de dicter le procès-verbal⁵⁸.

L'enregistrement des audiences ou la tenue de procès-verbaux verbatim aplanirait probablement ces divergences⁵⁹. L'actuelle révision du Code de procédure pé-

⁵¹ ATF 134 I 20 consid. 4.3.2 p. 22; arrêt 1B_390/2017 du 31.10.2017 consid. 3.3; arrêt 1B_421/2016 du 17.11.2016 consid. 2; arrêt 1B_365/2009 du 22.3.2010 consid. 3.3; arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2017.128 du 26.9.2017 consid. 4.3.

⁵² Supra III/1.

⁵³ ATF 106 Ia 100 (JdT 1982 I p. 579) consid. 6b p. 104-106.

⁵⁴ BENOÎT CHAPPUIS, De l'interdiction de la multidisciplinarité au pactum de palmario en passant par l'instigation à un acte illicite: la jurisprudence récente sur la profession d'avocat, in *La pratique contractuelle 6*, Symposium en droit des contrats, 2018, p. 97-98. Voir également, JEAN-CÉDRIC MICHEL, *Méthode de l'avocat, Principes et techniques pour être efficace en justice*, 2020, p. 90.

⁵⁵ ROBERT ASSAËL, «Trop de pouvoir en main du Ministère public», *Plaidoyer 5/2016*, p. 14; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, Praxiskommentar, 3^e éd., 2018, art. 6 n° 7.

⁵⁶ Voir par exemple: art. 22 des Us & Coutumes de l'Ordre des avocats de Genève; art. 2 des Usages du barreau vaudois; voir également: art. 30 CSD.

⁵⁷ FF 2006 1057, p. 1134.

⁵⁸ JEAN-CÉDRIC MICHEL, *Méthode de l'avocat, Principes et techniques pour être efficace en justice*, 2020, p. 232-233, lequel relève que la qualité d'une audition dépend – au-delà de la manière dont la question est posée et de celle dont la personne répond – de la manière dont le magistrat retranscrit en dictant. Cette retranscription en d'autres mots, jamais absolument identiques pose souvent problème, car chaque mot compte et chaque écart peut porter à conséquence. Or, l'exercice de contrôle est délicat pour l'avocat. Il doit veiller à ce que le procès-verbal reflète aussi fidèlement que possible les dires du témoin ou de la partie, devant ainsi parfois reprendre le magistrat dictant le procès-verbal. Si l'avocat le fait plusieurs fois, il en résultera inexorablement des crispations et des tensions entre l'avocat et le magistrat.

⁵⁹ En ce sens: arrêt 1B_205/2013 du 9.8.2013 consid. 3.4.3, où le Tribunal fédéral retient qu'aucun procédé déloyal du procureur ne peut être retenu dès lors qu'il a accepté l'enregistrement des audiences.

nale porte notamment sur l'abrogation de l'art. 78 al. 5^{bis} CPP et l'ajout d'un art. 78a CPP⁶⁰. Ces ajustements visent principalement à permettre l'élargissement de l'utilisation des nouveaux moyens techniques d'enregistrement, rendu possible par l'absence d'établissement du procès-verbal séance tenante et l'application des nouvelles règles également à la procédure préliminaire⁶¹. Cette modification législative pourrait ainsi indirectement contribuer à la réduction des conflits entre les magistrats et les avocats à propos de la tenue du procès-verbal. Toutefois, dans la mesure où les autorités de poursuite pénale disposeraient toujours de la possibilité de consigner les dépositions en substance – et non mot pour mot – a posteriori⁶², une partie des litiges serait probablement déplacée hors des salles d'audience.

Ces deux pistes de réflexion – l'une générale, l'autre spécifique – illustrent l'existence de solutions pour prévenir ou apaiser les tensions entre magistrat et avocat, sans devoir aller jusqu'au prononcé des *ultima ratio* que sont la récusation du premier ou l'incapacité de postuler du second. Aussi, les principes posés dans l'arrêt ici commenté ne devraient trouver application que dans des cas où l'inimitié entre l'avocat et le magistrat est telle que la procédure ne peut plus suivre son cours adéquatement à moins que l'un des deux collaborateurs de la justice ne se dessaisisse du dossier. Dans un tel cas de figure, le raisonnement

du Tribunal fédéral ne peut qu'être salué: il ne cherche pas de faute et propose une solution pragmatique à une situation pour le moins délicate.

⁶⁰ FF 2019 6437, p. 6438. À teneur de l'art. 78a Projet-CPP, «[s]i une audition est enregistrée par des moyens techniques, les dérogations suivantes s'appliquent par rapport aux règles générales (art. 78): a. le procès-verbal peut être établi sur la base de l'enregistrement à l'issue de l'audition, et non pas nécessairement pendant celle-ci; b. l'autorité qui procède à l'audition peut renoncer à lire le procès-verbal à la personne entendue ou à le lui remettre pour lecture et à le lui faire signer et parapher; c. l'enregistrement de l'audition est versé au dossier».

⁶¹ FF 2019 6351, p. 6379.

⁶² Rapport explicatif concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Adaptation du code de procédure pénale), décembre 2017. À noter que, lors de la procédure de conciliation, douze participants, dont la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) et le Tribunal pénal fédéral (TPF), ont suggéré d'indiquer expressément dans la loi, ou au moins dans le message, qu'un procès-verbal dressé en substance est suffisant et que seules les questions et réponses déterminantes doivent être consignées mot pour mot. À l'inverse, sept participants, dont la Fédération Suisse des Avocats (FSA), les Juristes démocrates de Suisse (JDS) et le Schweizerisches Kompetenzzentrum für Strafverteidigung, ont exigé l'établissement d'un procès-verbal intégral (Synthèse de l'Office fédéral de la justice des résultats de la consultation sur l'avant-projet de modification du code de procédure pénale et son rapport explicatif d'août 2019, p. 5).

Damian K. Graf (Hrsg.)

Annotierter Kommentar StGB



- › **Kompakte Kommentierung des StGB**
- › **Zweifarbige Layout zur klaren Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Kommentaren der Autoren**

1956 Seiten, gebunden, Oktober 2020, CHF 318.–
978-3-7272-1612-1

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten



Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

Stämpfli
Verlag