

LE TRIBUNAL FÉDÉRAL, L'AVOCAT ET L'ASLOCA

FRANÇOIS BOHNET

Professeur à l'Université de Neuchâtel, LL. M. (Harvard), avocat

Mots-clés: avocat, ASLOCA, représentation devant le Tribunal fédéral, indépendance

L'avocat soumis à la LLCA par son inscription au registre cantonal doit être en mesure de pratiquer en toute indépendance (art. 8 al. 1 let. d LLCA). A défaut, il ne peut pas représenter en justice dans les causes soumises au monopole. Le Tribunal fédéral s'est intéressé dans trois arrêts récents à la question de l'indépendance d'avocats inscrits au registre et employés par l'ASLOCA Genève. Les juges de Mon Repos leur ont dénié la capacité de postuler, faute d'indépendance.

I. Le contexte

A Genève, l'ASLOCA emploie divers avocats qui, à la même adresse, composent un bureau d'avocats indépendants, inscrits au registre cantonal. Devant les commissions de conciliation, le Tribunal des baux et loyers et la Chambre des baux et loyers, le pouvoir de représentation des juristes de l'ASLOCA, qu'ils soient ou non titulaires du brevet d'avocat, découle de l'art. 68 al. 2 let. d CPC autorisant le droit cantonal à admettre les mandataires «spécialement qualifiés» devant les juridictions spéciales. Le canton de Genève a fait usage de cette faculté (art. 15 LaCC GE: «Les mandataires professionnellement qualifiés peuvent assister ou représenter les parties devant la commission de conciliation en matière de baux et loyers, le Tribunal des baux et loyers et le Tribunal des prud'hommes, ainsi que devant la chambre des baux et loyers et la chambre des prud'hommes de la Cour de justice»). La question se pose différemment pour la représentation devant le Tribunal fédéral. En matière civile, seuls peuvent intervenir comme représentants devant lui les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA (art. 40 LTF). Cette loi impose à l'avocat de pratiquer en toute indépendance (art. 12 LLCA). Elle précise que l'avocat ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d LLCA). L'alinéa 2 de cette même disposition réserve cependant la possibilité à un avocat employé par une organisation reconnue d'utilité publique de requérir son inscription s'il limite son activité de défenseur à des mandats concernant strictement le but visé par cette organisation.

Se pose ainsi la question du respect par les avocats de l'ASLOCA de l'obligation d'indépendance inscrite aux art. 12 et 8 LLCA lorsque ceux-ci entendent assurer, devant le Tribunal fédéral, la défense des membres et

clients de l'association. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner cette question dans trois arrêts successifs, 4A_609/2012 du 26 février 2013, 4A_38/2013 du 12 avril 2013 et 4A_735/2012 du 21 mai 2013, le deuxième, destiné à la publication, posant les règles essentielles.

II. Le devoir d'indépendance de l'avocat

L'article 12 let. b LLCA exige de l'avocat qu'il exerce son activité professionnelle en toute indépendance. Son inscription au registre cantonal (art. 8 LLCA) suppose qu'il soit en mesure de pratiquer en toute indépendance. Il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal, ou, aux conditions décrites ci-dessus, par une organisation reconnue d'utilité publique.

1. L'organisation reconnue d'utilité publique

Sous l'empire du droit cantonal, l'indépendance d'un avocat travaillant pour un syndicat¹, pour une association de défense des intérêts des locataires² ou pour un groupe actif dans le domaine des assurances sociales³ avait été admise sur le principe. Toutefois, le texte adopté aux Chambres est plus restrictif, puisqu'il ne vise que les organisations reconnues d'utilité publique, et non pas les organisations sans but lucratif, si bien qu'un syndicat ou une association de défense des locataires ne peut se prévaloir du texte légal, comme l'évoque déjà le Tribunal fédéral

¹ TF (17.10.1980) P.370/1980, cité in RDAF 1997 II 14 N 10.

² ATF 130 II 87, consid. 5.1.1, RDAF 2005 I 519 (rés.).

³ ATF 132 V 200, consid. 5.2.3-5.2.4.

dans l'ATF 130 II 87⁴: «Was die Ausnahme von Art. 8 Abs. 2 BGFA betrifft, ist zu berücksichtigen, dass das Parlament diese bewusst auf «anerkannte gemeinnützige Organisationen» beschränkt und damit auf den weiter gefassten Begriff «nicht gewinnorientierte Organisationen» verzichtet hat, was insbesondere zur Folge haben dürfte, dass beispielsweise bei Mieterverbänden oder Gewerkschaften angestellte Anwälte Mitglieder ihres Arbeitgebers nicht in Gerichtsverfahren vertreten können, für welche das Anwaltsmonopol gilt (vgl. AB 1999 S. 1165 ff.; AB 2000 N 41)». Par organisation d'utilité publique on vise, à notre sens, les personnes morales qui poursuivent des buts de service public ou de pure utilité publique, selon les définitions des articles 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID, dont il convient de s'inspirer⁵. Le concept retenu est donc relativement étroit. Des buts économiques ne sont en principe pas reconnus comme étant d'utilité publique⁶.

Les arrêts 4A_609/2012 c.1 et 4A_38/2013 c. 1 destinés à la publication, citant l'ATF précité et la doctrine plus catégorique⁷, parviennent aussi implicitement à la conclusion que l'ASLOCA n'est pas une organisation d'utilité publique au sens de l'art. 8 al. 2 LLCA, puisqu'ils ne font pas application de cet alinéa et passent sans transition à la question de l'indépendance de l'avocat-employé.

2. L'avocat-employé

La seule lecture de l'art. 8 al. 1 LLCA pourrait laisser penser que toute activité dépendante est proscrite à l'avocat inscrit au registre, à moins qu'il ne soit employé d'une personne elle-même inscrite. Dans un arrêt de principe du 29 janvier 2004⁸, l'un des plus importants depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, le Tribunal fédéral nuance la portée de la règle, qu'il entend interpréter de manière conforme à la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst. Il retient dès lors que l'art. 8 al. 1 LLCA pose qu'une présomption réfragable selon laquelle un avocat employé, dont l'employeur n'est pas inscrit au registre, ne dispose pas de l'indépendance requise pour être inscrit au registre. Il est donc possible pour un avocat employé d'exercer la représentation en justice à titre accessoire, s'il démontre que son indépendance reste intacte pour son activité d'avocat. En d'autres termes, la loi doit être interprétée en ce sens que l'avocat ne doit pas, pour son activité d'avocat, être employé par une personne qui n'est pas elle-même inscrite au registre. L'avocat doit pouvoir démontrer que, au vu de l'organisation de sa relation de travail, il n'existe aucun risque d'atteinte à son indépendance, respectivement à une pratique consciencieuse et dans l'intérêt de ses clients. Le contrat de travail ou des clauses complémentaires devraient ainsi prévoir que l'employeur connaît l'existence de l'activité accessoire de son employé, qu'il ne s'y oppose pas et qu'il ne peut l'influencer en aucune manière; que l'avocat ne peut assumer des mandats ni en faveur, ni à l'encontre de son employeur, ou d'entreprises qui lui sont proches ou de clients de celui-ci⁹. En application des règles posées, le Tribunal fédéral a par exemple eu l'occasion de retenir que l'indépendance d'un avocat engagé auprès d'une assurance de protection juridique sup-

pose qu'il lui soit interdit d'assumer des mandats pour ou contre son employeur ou de personnes assurées chez celui-ci¹⁰.

Sur la base de ces principes, il est manifeste, en l'état actuel de la législation ne comprenant aucune exception pour les organisations sans but lucratif, qu'un employé de l'ASLOCA, titulaire du brevet d'avocat, ne peut pas en cette qualité se prévaloir de son indépendance. Dans le cadre de son activité salariée, il est lié par les instructions de l'association qui l'emploie. L'«avocat ASLOCA» ne devrait donc pas se prévaloir de son inscription au registre cantonal dans le cadre de son activité d'employé. Quant à son activité d'avocat indépendant, elle ne peut porter sur la poursuite des mandats entamés au stade cantonal par l'ASLOCA, au vu des règles posées par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe ATF 130 II 87. Notre Haute Cour arrive à cette conclusion dans l'arrêt 4A_38/2013 c. 1 destiné à la publication: «L'avocat S. a (...) repris le mandat de son employeur, mandat qu'il avait jusqu'alors géré en qualité d'employé de l'ASLOCA. Dans une telle constellation, l'avocat ne satisfait pas à l'exigence légale d'indépendance, car il ne peut guère conseiller les recourants dans un sens différent de celui voulu par son employeur; l'avocat ne saurait accepter un mandat de la part des clients de son employeur».

III. Le cas particulier de l'ASLOCA et de ses avocats

Les conseils prodigués par l'ASLOCA pourraient-ils être différents de ceux d'un mandataire indépendant? Oui, dans la mesure où une association poursuit des buts propres, qui ne se confondent pas avec ceux de ses membres. L'association pourrait être intéressée à obtenir un jugement de principe allant dans le sens de la politique qu'elle promeut, alors que le locataire pourrait de son côté privilégier un arrangement entre parties. L'ASLOCA pourrait ne pas souhaiter voir accueilli un moyen qu'elle pourrait juger contraire aux intérêts des locataires dans leur ensemble (répartition de hausses de coûts en fonction de tel ou tel critère par exemple). Des questions de financement du procès peuvent aussi se poser, la question de l'importance de la problématique posée pouvant en théorie être prise en compte.

⁴ ATF 130 II 87, consid. 5.1.1, RDAF 2005 I 519 (rés.).

⁵ Voir BO CE 1999 1164-1169 et BO CN 2000 39-41; ATF 135 I 1, consid. 7.4.1.

⁶ BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1346.

⁷ STAEHELIN/OETIKER, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2^e éd., Zurich 2011, art. 8 LLCA N 57; CR LLCA-MEIER/REISER, Bâle 2010, art. 8 LLCA N 69; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 625; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 2009, p. 282 N 1124.

⁸ ATF 130 II 87, consid. 5, RDAF 2005 I 519 (rés.).

⁹ ATF 130 II 87, consid. 6, RDAF 2005 I 519 (rés.).

¹⁰ TF 2A.295/2003, c. 3; TF 2A.258/2003, c. 3.3; TF 2A.124/2005, c. 2.2.

Il pourrait être rétorqué qu'au stade cantonal ce risque existe en puissance. Certes, mais il est assumé, puisque le droit cantonal peut autoriser la représentation par des mandataires professionnellement qualifiés œuvrant comme employés. Le client de l'ASLOCA en est conscient si l'employé de l'association qui le représente ne se fait pas connaître comme avocat indépendant au barreau. C'est lorsqu'il intervient sous cette dénomination que naît un risque de confusion, encore accentué lorsque, comme l'indique le Tribunal fédéral «L'adresse et la case postale de [l']étude sont les mêmes que celles de l'ASLOCA/Genève. Le site Internet de cette association contient une rubrique «Collaborateurs», dans laquelle figure le précité, ainsi que les autres membres de son étude».

Faute de capacité de postuler, l'avocat employé de l'ASLOCA se voit dénier le droit de représenter les clients de son employeur devant le Tribunal fédéral. Le locataire recourant ou intimé n'a pas droit à des dépens, comme le retiennent les trois arrêts 4A_609/2012 c. 1, 4A_38/2013 c. 1 et 4A_735/2012 c. 2. Par mesure de simplification, le Tribunal fédéral renonce à retourner l'acte à son auteur pour ratification: «Les recourants ayant signé une procu-

ration en faveur de l'avocat S., il ne fait aucun doute qu'ils contre-signeraient l'acte de recours reprenant les conclusions déjà prises en appel. Par économie de procédure, il peut être renoncé à cette formalité.»¹¹ A notre sens, un avocat inscrit au registre, mais n'étant pas indépendant dans un cas donné, ne peut pas fournir de conseils au client qu'il charge ensuite de signer l'acte en son propre nom: c'est l'activité qui est problématique et non pas son caractère reconnaissable.

Le manque d'indépendance constituant une violation des règles professionnelles (art. 12 let. b LLCA), il peut être sanctionné disciplinairement (art. 17 LLCA). A cet égard, l'art. 15 al. 2 LLCA fait obligation aux autorités judiciaires et administratives fédérales d'annoncer sans retard à l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit le défaut d'une condition personnelle au sens de l'art. 8 LLCA, ou les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles.

¹¹ TF 4A_38/2013, c. 1.

ZU VERMIETEN IN NIEDERUZWIL

Büro- | Praxis- | Gewerberäume



Raiffeisenplatz 1:
82 m² – 222 m²

Raiffeisenplatz 2:
100 m² – 295 m²
frei einteilbar

Gestalten Sie sich Ihre neuen Büroräume oder Ihre neue Kanzlei in der repräsentativen und zentral gelegenen Liegenschaft • Bestimmen Sie Ihren Innenausbau • verkehrstechnisch absolut gute Lage • genügend Autoabstellplätze für Kunden und Mitarbeiter • Gerne beraten wir Sie über die Geschäftslokalitäten.

Büchler AG Immobilien-Dienstleistungen
071 944 12 12 | www.buechler-immo.ch



20 septembre 2013

Reconnaissance de jugements, actes publics et documents
*Perspectives d'avenir dans l'Union européenne
et dans les relations avec les Etats tiers*

Avec :
Andrea Bonomi, Université de Lausanne; Marc Fallon, Université de Louvain;
Christian Kohler, Université de la Saar; Paul Lagarde, Université de Paris I.

*Matinée organisée conjointement par le **CDCEI**
(Centre de droit comparé, européen et international),
l'**ISDC** (Institut suisse de droit comparé) et le **GEDIP**
(Groupe Européen de droit international privé)*



EXHIBITMANAGER

Die intelligente Software
für Prozessanwälte

Beweise organisieren, zitieren, nummerieren und mehr. www.exhibitmanager.com