

Anwaltspraxis

TF, 5A_485/2020 (DESTINÉ À PUBLICATION): AUTORITÉ COMPÉTENTE POUR STATUER SUR LA CAPACITÉ DE POSTULER DE L'AVOCAT EN PROCÉDURE CIVILE



Benoît Chappuis Avocat, professeur titulaire à l'Université de Genève et professeur honoraire à l'Université de Fribourg

Mots-clés: représentation, capacité de postuler, compétence, conflits d'intérêts

En procédure civile, seul le juge du fond peut statuer sur la capacité de postuler de l'avocat. Il en va de même en procédure pénale, dans laquelle seule la direction de la procédure peut statuer sur la capacité de postuler de l'avocat. En procédure administrative, les cantons peuvent légiférer et choisir de donner la compétence au juge du fond ou à l'autorité de surveillance. Telle est la solution à laquelle parvient le Tribunal fédéral dans un arrêt du 25 mars 2021 destiné à publication, résumé, analysé et critiqué dans le présent article.

I. La problématique

Le 25.3.2021, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt (destiné à publication)¹ tranchant une question qui, même si elle ne concerne directement que quelques cantons (notamment Genève, Vaud et Zurich), mérite un commentaire dans la Revue de l'avocat. Cette décision trace en effet une délimitation claire – mais discutable, on le verra – entre le champ d'application de la LLCA d'une part et celui du CPC et du CPP d'autre part, concernant la désignation de l'autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat – soit le droit de représenter une partie dans une procédure –, en cas de possible conflit d'intérêts.

Pour bien comprendre l'intérêt de cet arrêt, il est important de rappeler préalablement que la LLCA (entrée en vigueur en 2002) n'attribue pas de compétence à une autorité spécifique pour statuer sur la capacité de postuler en cas de conflits d'intérêts, toute liberté étant alors laissée aux cantons. Pas plus la loi ne règle-t-elle d'ailleurs la faculté qui serait octroyée à une autorité – quelle qu'elle soit – d'interdire à un avocat de représenter une partie, se contentant de prévoir des sanctions disciplinaires (art. 17 LLCA), en cas de violation de l'art. 12 let. c LLCA (prohibition des conflits d'intérêts).

Au cours des ans, la pratique a instauré le système des injonctions (interdiction de postuler), dont la légitimité fut initialement disputée. En effet, le Tribunal fédéral a tout d'abord nié la possibilité pour l'autorité de surveillance d'émettre des injonctions, au motif que la LLCA ne donnait pas à l'autorité la faculté d'intervenir dans la relation contractuelle unissant l'avocat à son client². Cette conception étroite

Das Dokument "TF, 5A_485/2020 (destiné à publication): autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat en procédure civile" wurde von Patric Nessier, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 24.09.2021 auf der Website anwaltsrevue.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

avait attiré des critiques de la doctrine³, critiques entendues par le Tribunal fédéral qui a finalement changé son fusil d'épaule. L'autorité a désormais la faculté de faire interdiction à l'avocat de postuler, indépendamment du prononcé d'une sanction disciplinaire, selon l'art. 17 LLCA, pour violation de l'art. 12 let. c LLCA⁴.

II. La portée du CPC et du CPP

L'entrée en vigueur du CPP et du CPC en 2011 a modifié la donne, puisque s'est alors posée la question de savoir si ces codes traiteraient eux-mêmes de la problématique de la capacité de postuler, même si elle n'y est pas expressément mentionnée. Une réponse affirmative à cette ques-

Anwaltsrevue|Revue de l'avocat 9/2021|S. 383–386 384 | ↑

tion impliquerait logiquement que seules les autorités chargées de l'application de ces codes seraient compétentes pour statuer, à l'exclusion de l'autorité instituée par la LLCA.

Les cantons de Genève⁵ et Vaud⁶ ont, de longue date, attribué la compétence de statuer sur la capacité de postuler à l'autorité de surveillance cantonale des avocats – exclusivement en matière civile dans le canton de Vaud⁷. Il semblerait en aller de même à Zurich en matière civile, où le juge du fond laisserait la compétence à l'autorité de surveillance, en tout cas lorsque cette dernière est déjà saisie⁸. De nombreux autres cantons ont laissé aux autorités saisies pour statuer sur le fond de l'affaire le pouvoir de se prononcer sur la capacité de postuler des avocats.

La question a fait l'objet d'un intense débat dans le canton de Genève, où des divergences jurisprudentielles ont existé entre la chambre administrative de la Cour de justice et la chambre civile de cette juridiction. Alors que la première, prenant appui sur l'opinion défendue par Stéphane Grodecki et Nicolas Jeandin⁹, considérait que la compétence revient au juge du fond¹⁰, la seconde était de l'avis – après avoir retenu dans un premier temps une solution inverse¹¹ – que c'est à l'autorité de surveillance qu'il revient de statuer.

C'est précisément un arrêt de la chambre civile – arrêt ayant déclaré irrecevable la requête préalable tendant à faire interdiction à un avocat de postuler, au motif que la Commission du barreau à Genève est seule compétente pour prononcer une telle interdiction – qui a donné matière à l'arrêt du Tribunal fédéral présentement analysé. Lors de la délibération publique du 25.3.2021, plusieurs juges fédéraux ont émis l'avis qu'il est logique, par attraction de compétence, que le juge civil saisi d'une affaire au fond soit également compétent pour se prononcer sur une requête en interdiction de postuler.

III. La solution du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a donc définitivement tranché la question de l'autorité compétente pour statuer sur une interdiction de postuler d'un avocat en raison d'un conflit d'intérêts dans le cadre d'une procédure civile. Il a estimé que l'exclusion de l'avocat des débats relève du contrôle de la capacité de postuler de celui-ci et, partant, du droit de procédure. Pour les juges fédéraux, la base légale justifiant cette conception est l'art. 124 al. 1 CPC qui dispose que «le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapide de la procédure.» Complétant son raisonnement par le constat que le CPC réglerait exhaustivement la question, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que, en vertu de la primauté du droit fédéral, toute solution différente instituée par un canton, solution qui consacrerait la compétence d'une autre autorité, serait contraire au droit fédéral.

Das Dokument "TF, 5A_485/2020 (destiné à publication): autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat en procédure civile" wurde von Patric Nessier, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 24.09.2021 auf der Website anwaltsrevue.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

Il est important de garder à l'esprit que, antérieurement, le Tribunal fédéral était parvenu à un résultat similaire, en matière de procédure pénale, posant le principe que la compétence de statuer sur la capacité de postuler de l'avocat revenait à la direction de la procédure¹². Il fondait sa décision sur l'art. 62 CPP qui dispose que «la direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure».

La jurisprudence fédérale a désormais pour conséquence, tant en procédure civile qu'en procédure pénale, que, dans les cantons qui ont donné la compétence de statuer sur les interdictions de postuler à leur autorité de surveillance, cette dernière ne pourra le faire que dans deux cas:

- l'affaire n'a pas encore pris un tour judiciaire,
- l'affaire relève de la procédure administrative, domaine dans lequel il n'existe pas de code fédéral unifié s'imposant dans les cantons.

Il y a donc unité de solution en procédure civile et en procédure pénale, au nom de la force dérogatoire du droit fédéral, ce dernier étant réputé avoir épuisé la matière, ne laissant plus de place au droit cantonal. La solution a évidemment pour elle l'avantage de la simplicité, en ce qu'elle prévoit une solution uniforme pour les deux types de procédure.

Cette simplicité n'est cependant que relative, au seul motif déjà qu'il n'en va pas de même en procédure administrative, cette dernière n'étant pas unifiée au niveau fédéral. Les cantons conservent donc leur indépendance et restent libres d'attribuer la compétence de statuer à l'autorité qui leur semble la plus appropriée, qu'il s'agisse de l'autorité de surveillance des avocats ou de l'autorité administrative appelée à trancher l'affaire dans laquelle l'avocat intervient.

IV. Appréciation critique

Considérer, ainsi que le fait le Tribunal fédéral, que la capacité de postuler relève du seul droit de la procédure ne s'impose pas forcément à l'esprit; cette affirmation relève plus de l'axiome qu'elle ne serait le résultat d'une réelle démonstration¹³.

Dans l'arrêt commenté ici, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs lui-même pas manqué de mentionner le fait qu'un avocat peut représenter plusieurs prévenus dans une même procédure pénale, en vertu de l'art. 127 al. 3 CPP,

disposition dont l'alinéa 5 renvoie expressément aux règles professionnelles contenues dans la LLCA, en particulier l'art. 12 let. c LLCA qui pose le principe de la prohibition des conflits d'intérêts.

Fondamentalement, la question de la capacité de postuler relève donc – aux termes même du CPP – du droit de l'avocat auquel la procédure pénale renvoie pour apprécier la légitimité du comportement de l'avocat. Or le contrôle du respect de ce droit par l'avocat revient à l'autorité de surveillance instituée à l'art. 14 LLCA (cf. également l'art. 17 LLCA concernant les sanctions disciplinaires). On pourrait donc sans difficulté inverser l'axiome posé par le Tribunal fédéral et affirmer que, parce que les conditions y sont énoncées, la capacité de postuler de l'avocat relève de la seule LLCA et, partant, est soumise à l'autorité de surveillances que cette loi enjoint aux cantons d'instituer (art. 14 LLCA).

Les inconvénients de l'attribution de la compétence au juge du fond ne sont pas minces. On peut notamment relever les points suivants:

- Il arrive fréquemment que la question d'un éventuel conflit d'intérêts soit soulevée très tôt après la

survenance du litige entre les parties, dès qu'un avocat déclare intervenir pour le compte d'une partie, bien avant que le litige prenne un tour judiciaire. Dans une telle situation, la compétence est indéniablement celle de l'autorité à laquelle elle a été attribuée par le droit cantonal, puisque ni le CPC ni le CPP ne sont encore applicables. Si la procédure sur la capacité de postuler a commencé devant cette autorité – la Commission du barreau à Genève –, elle devra prendre fin aussitôt que l'évolution de l'affaire mènerait le litige devant un tribunal civil ou pénal. Autrement dit, il y aurait dessaisissement de l'autorité de surveillance en cours de procédure sur la possibilité d'une injonction, dans l'hypothèse où une procédure judiciaire civile ou pénale commencerait après celle initiée devant cette autorité. Quant à une procédure administrative qui existerait en parallèle à celles pendantes devant une juridiction pénale ou civile, elle suivrait sa propre voie, puisque le droit fédéral ne régit pas la matière.

- Il est courant qu'un seul et même litige entre des justiciables conduise ces derniers à saisir plusieurs autorités judiciaires différentes. Un conflit commercial, une affaire successorale ou une action en responsabilité civile constituent autant de situations où les autorités judiciaires civiles, pénales ou administratives peuvent être saisies simultanément. Il peut même y avoir plusieurs autorités saisies dans chacune de ces catégories, tel un tribunal civil saisi en même temps que la justice de paix dans une affaire de succession. Reconnaître à chacune de ces autorités la compétence de statuer sur la capacité de postuler de l'avocat complique inutilement l'affaire. Cela conduira au prononcé de plusieurs décisions sur le même sujet – la capacité de postuler de l'avocat –, avec un risque non négligeable de décisions contradictoires.
- Cette situation – déjà en elle-même complexe – est de nature à entraîner des complications procédurales importantes, puisqu'un recours est possible immédiatement contre toute décision rendue sur la capacité de postuler, cette dernière pouvant causer un préjudice irréparable¹⁴. Cela signifie donc que plusieurs voies de recours différentes (civile, pénale ou administrative) pourront être empruntées, avec des délais variables, entraînant des retards substantiels et des résultats possiblement contradictoires.
- Quelles que soient les solutions données par le juge du fond – civil ou pénal –, seule l'autorité de surveillance restera compétente pour le prononcé d'une éventuelle sanction disciplinaire contre l'avocat (art. 17 LLCA). C'est donc dire que, après le prononcé de diverses décisions par les différents juges du fond, l'autorité de surveillance sera de toute manière appelée à intervenir et à rendre sa propre décision.
- Enfin, il ne faut pas minimiser le risque de mise en péril du secret professionnel. L'avocat interpellé par le juge du fond ou la direction de la procédure sur un éventuel conflit d'intérêts risque – pour se justifier – de devoir révéler des éléments confidentiels de ses mandats antérieurs ou concomitants. En effet, seule une appréciation détaillée des mandats potentiellement en conflit permet de rendre une décision fondée. Or le juge du fond n'est chargé que de l'un d'entre eux. Lui communiquer des éléments d'une autre affaire revient donc à révéler des éléments possiblement couverts par le secret professionnel. Une telle démarche nécessite d'en avoir été préalablement relevée par l'autorité compétente, selon le droit cantonal, ce qui constitue une complication de plus.

Au-delà de l'énumération de ces divers inconvénients, on doit se poser la question de l'avantage qu'il y a à confier à une juridiction unique le pouvoir de statuer sur la problématique des conflits d'intérêts. Dans un arrêt du 10.12.2010, rendu à quelques semaines de l'entrée en vigueur du CPC et du CPP, le Tribunal fédéral avait lui-même mis en évidence les avantages de la solution consistant à attribuer à l'autorité de surveillance des avocats la compétence de statuer sur la faculté de postuler de l'avocat:

«Elle revient à simplifier la procédure en confiant à une seule autorité la compétence de rendre des décisions en la matière. Qui plus est, cette autorité, qui exerce aussi les compétences dévolues à l'autorité de surveillance des avocats (cf. art. 14 LPAV/GE), dispose de la spécialisation lui permettant d'examiner de façon approfondie si un avocat se trouve dans une situation de conflit d'intérêts de nature à lui interdire

de représenter une partie. On peut ajouter qu'il n'existe aucun motif déterminant justifiant de laisser une exception en faveur des juges d'instruction alors qu'il semble que

les magistrats du siège, qui peuvent aussi devoir agir dans l'urgence, avaient déjà avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 43 al. 3 LPAv/GE pour pratique de saisir la Commission du barreau»¹⁵.

La question de la spécialisation de l'autorité appelée à statuer – relevée par les juges fédéraux – est fondamentale. Depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, c'est plus que 400 arrêts qui ont été rendus par le Tribunal fédéral en matière de conflit d'intérêts. Le suivi de la jurisprudence montre que la question des conflits d'intérêts est celle qui est le plus souvent soumise à l'appréciation de la plus haute instance. Cette jurisprudence est complexe et intimement liée à la question de l'indépendance de l'avocat (art. 12 let. b LLCA) et de son secret (art. 13 LLCA). Une connaissance approfondie de la matière est nécessaire pour assurer la cohérence des solutions retenues.

En conclusion, si la solution consacrée par le Tribunal fédéral a pour elle une apparente simplicité, elle ne va pas sans risquer de soulever des difficultés pratiques de nature à ralentir le cours de la justice. Or ni le texte du CPC ni celui du CPP ne l'imposait et il aurait été parfaitement conforme au système légal de laisser à l'autorité instituée par la LLCA la compétence de statuer sur la capacité de postuler.

¹ TF, 5A_485/2020.

² ATF 132 II 250. Sur l'historique de la question des injonctions: Chappuis/Gurtner, La profession d'avocat, Genève, Zurich, Bâle 2021, N 1146 ss.

³ Notamment, Reiser/Valticos, Conflit d'intérêts: L'autorité de surveillance des avocats est-elle fondée à intervenir préventivement?, in Revue de l'avocat 6–7/2006, p. 245 ss; BGFA-Poledna, in Fellmann/Zindel, art. 14 N 9.

⁴ ATF 138 II 162.

⁵ Art. 43 al. 3 LPAv/GE.

⁶ Courbat, Profession d'avocat – Principes et jurisprudence de la Chambre des avocats du canton de Vaud, JdT 2019 III 207.

⁷ CDAP/VD, GE.2020.0168, c. 1; GE.2018.0247, c. 1a; GE.2018.0206, c. 3; GE.2017.0224, c. 1; GE.2017.0082, c. 2.

⁸ Par exemple, Obergericht/ZH, RT190158, du 12.2.2020, c. 3.1 et 4.2.3.

⁹ Grodecki/Jeandin, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, in La Semaine judiciaire II, 5/2015, p. 129.

¹⁰ ATA/1120/2020 et ATA/283/2017.

¹¹ ACJC/1318/2018.

¹² ATF 141 IV 257 c. 2.2; TF, 1B_149/2013 du 5.9.2013, c. 2.4.2 *in fine*.

¹³ Cf. Chappuis/Gurtner (cité n. 2), N 629 ss.

¹⁴ TF, 4A_313/2020 du 1.10.2020, c. 3.

¹⁵ TF, 2C_755/2010, c. 2.4.