

Par e-mail uniquement

Monsieur Yves NIDEGGER
Conseiller national
Palais fédéral
3003 Berne

Genève, le 15 juillet 2021

**Révision du Code de procédure civile (CPC)
Compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat**

Monsieur le Conseiller national,
Cher Confrère,

Nous n'avons malheureusement pas eu le plaisir de vous rencontrer lors de notre venue à Berne le 17 juin dernier.

À la suite des échanges que nous avons ainsi eus avec vos collègues de la Commission des affaires juridiques, nous leur avons adressé une lettre concernant la compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat et complétée par un second courrier envoyé ce jour (cf. annexes).

Veillez croire, Monsieur le Conseiller national, cher Confrère, à l'assurance de notre considération distinguée.


Philippe COTTIER
Bâtonnier

Ann. ment.

Par e-mail uniquement

Monsieur Vincent MAITRE
Conseiller national
Palais fédéral
3003 Berne

Genève, le 23 juin 2021

**Projet de révision du Code de procédure civile (CPC)
Compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat**

Monsieur le Conseiller national,
Cher Confrère,

Référence est faite aux récents échanges que nous avons eus au sujet de la révision du CPC et pour lesquels nous tenons encore à vous remercier.

Au nom de l'Ordre des avocats de Genève (ODAGE), nous vous soumettons par la présente une proposition de modifications législatives, qui nous paraît essentielle et qui vise à confier la compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat à l'autorité de surveillance cantonale.



Dans son arrêt 5A_485/2020 du 25 mars 2021 (destiné à publication aux ATF), le Tribunal fédéral a 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 relevait du contrôle de la capacité de postuler de celui-ci et, partant, du droit de procédure. La base légale justifiant cette décision 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 rapides de la procédure* ». Complétant son raisonnement par le constat que le CPC réglerait exhaustivement la question, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion qu'en vertu de la primauté du droit fédéral, toute solution différente instituée par un canton, qui consacrerait la compétence d'une autre autorité, serait contraire au droit fédéral.

Antérieurement, il 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 procédure¹. Il fondait sa décision sur l'art. 62 du Code de procédure pénale (CPP), qui dispose que « *la direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure* ».

¹ ATF 141 IV 257.

Considérer que cette question relève de la procédure ne s'impose pas forcément à l'esprit. En effet, le Tribunal fédéral lui-même, dans l'arrêt en question², n'a 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, lequel 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. Or le contrôle du respect de ce droit par l'avocat revient à l'autorité de surveillance instituée à l'art. 14 de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) (cf. également art. 17 LLCA concernant les sanctions disciplinaires).

Il est important de rappeler 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. On doit même relever que la loi ne règle même pas la faculté qui serait octroyée à une autorité d'interdire à un avocat de postuler et qu'elle se contente de prévoir des sanctions disciplinaires (art. 17 LLCA), en cas de violation de l'art. 12 let. c LLCA. La pratique a finalement instauré le système des injonctions (interdiction de postuler), dont la légitimité a initialement été disputée, avant d'être acceptée par le Tribunal fédéral³. L'entrée en vigueur du CPP et du CPC en 2011 a modifié la donne, puisque s'est posée la question de savoir si ces codes traiteraient eux-mêmes cette problématique, même si elle n'y était pas expressément mentionnée. Les cantons de Genève⁴ et Vaud⁵ ont attribué cette compétence à l'autorité de surveillance cantonale des avocats – en matière civile exclusivement pour le canton de Vaud⁶ –, alors que d'autres cantons ont laissé statuer les autorités saisies pour statuer sur le fond de l'affaire.

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

Cette situation ne va pas sans de sérieux inconvénients, au nombre desquels :

- Dessaisissement de l'autorité de surveillance en cours de procédure sur la possibilité d'une injonction, si une procédure judiciaire civile ou pénale commence après celle initiée devant cette autorité.
- Difficultés en cas de procédures multiples (civiles, pénales, administratives) dans le cadre du même litige, puisqu'il y aura plusieurs autorités compétentes pour statuer sur la capacité de postuler, ce qui entraînera un risque de décisions contradictoires.
- Complications procédurales, sachant qu'un recours est possible immédiatement, la décision sur la capacité de postuler pouvant causer un préjudice irréparable en cas d'interdiction de postuler⁷, ce qui signifie que plusieurs voies de recours différentes (civile, pénale ou administrative) pourront être empruntées.
- Mise en péril du secret professionnel, puisque 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.
- Risque important d'hétérogénéité des décisions rendues en matière de conflit d'intérêts en raison de la multiplication des autorités susceptibles de se prononcer à ce sujet au sein d'un même canton, avec des conséquences sur la sécurité et la prévisibilité du droit.

² ATF 141 IV 257.

³ Sur l'historique de la question des injonctions : CHAPPUIS/GURTNER, *La profession d'avocat*, Genève, Zurich, Bâle 2021, N 1146 ss.

⁴ Art. 43 al. 3 LPAV/GE.

⁵ COURBAT, *Profession d'avocat - Principes et jurisprudence de la Chambre des avocats du canton de Vaud*, JdT 2019 III 207.

⁶ 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.

⁷ TF, 4A_313/2020.

Au vu de ces éléments, l'ODAGE propose les modifications législatives suivantes (en rouge) :

LLCA

Art. 14 *Autorité cantonale de surveillance*

¹ Chaque canton désigne une autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur son territoire.

² Cette autorité est compétente pour signifier des injonctions à un avocat lui interdisant de postuler, en cas de violation de l'art. 12 let. c.

CPC

Art. 124 *Principes*

¹ Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure.

² L'art. 14 al. 2 LLCA est réservé concernant les décisions ayant trait à la capacité de postuler d'un avocat.

CPP

Art. 62 *Tâches générales*

¹ La direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure.

^{1bis} L'art. 14 al. 2 LLCA est réservé concernant les décisions ayant trait à la capacité de postuler d'un avocat.

◆◆◆

Nous demeurons à disposition pour tout complément d'information que vous pourriez souhaiter et vous remercions par avance de votre attention.

Veillez croire, Monsieur le Conseiller national, cher Confrère, à l'assurance de notre considération distinguée.


Philippe COTTIER
Bâtonnier

cc. Mme Laurence Fehlmann Rielle, Conseillère nationale, Présidente de la Commission des affaires juridiques (CAJ-N)
M. Christian Dandrès, Conseiller national, membre de la CAJ-N
M. Christian Lüscher, Conseiller national, membre de la CAJ-N
M. Nicolas Walder, Conseiller national, membre de la CAJ-N

Par e-mail uniquement

Monsieur Vincent MAITRE
Conseiller national
Palais fédéral
3003 Berne

Genève, le 15 juillet 2021

**Projet de révision du Code de procédure civile (CPC)
Compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat**

Monsieur le Conseiller national,
Cher Confrère,

Référence est faite au courrier que nous vous avons adressé le 23 juin dernier concernant la compétence pour statuer sur la capacité de postuler.

L'Ordre des avocats de Genève (ODAGE) a poursuivi ses réflexions à ce sujet, avec le précieux appui des Prof. François BOHNET et Benoît CHAPPUIS. Il lui est alors apparu que la proposition de modification de l'art. 14 LLCA devait être amendée comme suit.

Proposition du 23 juin 2021 :

LLCA

Art. 14 Autorité cantonale de surveillance

¹ Chaque canton désigne une autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur son territoire.

² Cette autorité est compétente pour signifier des injonctions à un avocat lui interdisant de postuler, en cas de violation de l'art. 12 let. c.

CPC

Art. 124 Principes

¹ Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure.

² L'art. 14 al. 2 LLCA est réservé concernant les décisions ayant trait à la capacité de postuler d'un avocat.

CPP

Art. 62 Tâches générales

¹ La direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure.

^{1bis} L'art. 14 al. 2 LLCA est réservé concernant les décisions ayant trait à la capacité de postuler d'un avocat.

Nouvelle proposition (amendement en vert) :

LLCA

Art. 14 Autorité cantonale de surveillance

¹ Chaque canton désigne une autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur son territoire.

*² Cette autorité est **seule** compétente pour signifier des injonctions à un avocat lui interdisant de postuler, en cas de violation de l'art. 12 let. **b et c**.*

CPC

Art. 124 Principes

¹ Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure.

² L'art. 14 al. 2 LLCA est réservé concernant les décisions ayant trait à la capacité de postuler d'un avocat.

CPP

Art. 62 Tâches générales

¹ La direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure.

^{1bis} L'art. 14 al. 2 LLCA est réservé concernant les décisions ayant trait à la capacité de postuler d'un avocat.

La mention l'art. 12 let. b dans l'art. 14 al. 2 LLCA permet d'englober l'incapacité de postuler en cas de problèmes d'indépendance (cf. notamment FRANÇOIS BOHNET, *Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA*, Revue de l'Avocat 6/2013, p. 305 et réf. citées).

L'indication que l'autorité est « seule » compétente vise à clarifier la règle et éviter le développement de toute compétence concurrente.

Pour le reste, la motivation à l'appui de cette modification législative demeure inchangée.



Nous demeurons à disposition pour tout complément d'information et vous remercions par avance de votre attention.

Veillez croire, Monsieur le Conseiller national, cher Confrère, à l'assurance de notre considération distinguée.


Philippe COTTIER
Bâtonnier

cc. Mme Laurence FEHLMANN RIELLE, Conseillère nationale, Présidente de la Commission des affaires juridiques (CAJ-N)
M. Christian DANDRÈS, Conseiller national, membre de la CAJ-N
M. Christian LÜSCHER, Conseiller national, membre de la CAJ-N
M. Yves NIDEGGER, Conseiller national, membre de la CAJ-N
M. Nicolas WALDER, Conseiller national, membre de la CAJ-N