

Benoît Chappuis* et Nicolas Pellaton**

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

Mots clés: Avocat, capacité de postuler, conflit d'intérêts, compétence, voies de recours, droits de la défense

1. Introduction

Le Tribunal fédéral a récemment rendu, dans une affaire pénale, une décision importante consacrant le droit de recourir de la partie ayant dénoncé, devant l'autorité de surveillance, deux avocats de la partie adverse auxquels elle reprochait de violer l'interdiction des conflits d'intérêts.¹ Modifiant sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a reconnu au dénonciateur la qualité pour recourir; il a jugé que la question ne relevait pas du droit disciplinaire mais bien du contrôle du pouvoir de l'avocat de postuler, ce qui est susceptible de toucher le dénonciateur dans ses intérêts dignes de protection.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a cependant étendu sa réflexion à diverses autres problématiques relatives à la capacité de postuler de l'avocat intervenant en qualité de défenseur privé. Sans trancher la question, il a notamment évoqué les possibles conséquences que le nouveau Code de procédure pénale (CPP) pourrait avoir en la matière.

L'abondance de la jurisprudence – parfois contradictoire sur des points essentiels – rendue tant sur la qualité pour recourir que sur la question de l'autorité compétente, rend nécessaire que l'on tente une synthèse des principes dégagés à ce jour et que l'on évalue les enjeux en cause.

2. La nature de la décision rendue à l'égard de l'avocat

2.1 Le caractère administratif

Conformément à la jurisprudence de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral, la décision ayant pour objet l'interdiction faite à un avocat de représenter une partie en raison d'un conflit d'intérêts prohibé par l'art. 12 let. c LLCA relève du droit public (art. 82 let. a LTF), cela peu importe la nature de la procédure au fond en relation avec laquelle l'interdiction a été prononcée.²

Cette jurisprudence, pourtant bien établie, a récemment été remise en cause par un arrêt de la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral rendu au terme d'un échange de vues entre les

deux Cours de droit public.³ Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a retenu que l'interdiction faite à un avocat de plaider ou de représenter une partie en cas de conflit d'intérêts est une décision incidente qui doit être contestée par la même voie de droit que celle ouverte contre la décision principale.⁴

Selon nous, si l'exclusion d'un avocat en raison d'un conflit d'intérêts constitue, d'un point de vue général, un incident de l'instance,⁵ il n'en résulte pas pour autant que cette décision doive être systématiquement qualifiée de décision incidente et partant suivre, déjà quant à sa nature, le sort de la procédure au fond. Du point de vue de l'avocat, la décision devrait dans tous les cas être considérée comme relevant du droit public, plus précisément du droit administratif. En effet, celle-ci, intrinsèquement, émane du droit de la profession d'avocat et non de la procédure applicable à la cause «principale».⁶

2.2 Le caractère non disciplinaire

En 2009, le Tribunal fédéral avait appliqué certains principes tirés du droit disciplinaire à une affaire concernant l'injonction faite à un avocat de «cesser d'occuper» – soit de renoncer à son mandat – en raison d'un conflit d'intérêts.⁷ Il s'était en effet appuyé sur sa jurisprudence rendue en matière disciplinaire pour dénier à un client, prévenu dans une procédure pénale ouverte à son encontre, la qualité pour recourir contre une décision de la Commission du barreau déniaut la capacité de postuler de son avocat. Se fondant sur le principe selon lequel la procédure de surveillance disciplinaire des avocats a pour but d'assurer l'exercice correct

3 TF, arrêt du 14 novembre 2011, 1B_434/2010, 1B_566/2011, consid. 3 i.f., non destiné à la publication. Pour un examen plus détaillé de cet arrêt, cf. NICOLAS PELLATON, La recevabilité des recours au Tribunal fédéral portant sur la capacité de postuler de l'avocat – Un avocat évincé éconduit faussement par le Tribunal fédéral, Revue de l'avocat 01/2012, p. 50 ss, p. 50, p. 52.

4 Cf. ég. *infra*, ch. 4.3 concernant les voies de recours.

5 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1390. Signalons au passage un cas récent dans lequel le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a lui-même fait interdiction à un avocat, à titre de mesure provisionnelle au sens de l'art. 104 LTF, de représenter son client dans une procédure (civile) cantonale au fond; cette interdiction valait jusqu'à droit connu sur le recours au Tribunal fédéral formé contre la décision de la Cour de justice du canton de Genève confirmant la décision de classement par la Commission du barreau d'une dénonciation à l'encontre dudit avocat (TF, arrêt du 30 avril 2012, 2C_975/2011, consid. 2).

6 En ce sens: TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 2.3.4.

7 ATF 135 II 145.

* Dr. iur., avocat à Genève, Lenz & Staehelin, ancien bâtonnier, professeur titulaire à l'Université de Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg.

** Avocat, doctorant FNS à l'Université de Neuchâtel.

1 TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, destiné à la publication.

2 TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 1.1; TF, arrêt du 17 avril 2009, 2D_148/2008, consid. 1.2.

de la profession par les avocats et de préserver la confiance du public à leur égard, et non de défendre les intérêts privés des particuliers, notre Haute cour avait en particulier considéré que le client n'avait qu'un intérêt de pur fait – non digne de protection – à obtenir l'annulation de la décision déniait la capacité de postuler de son avocat. Le Tribunal fédéral avait conclu que, à ce titre, seul l'avocat, qui s'exposait en outre à une sanction disciplinaire, était directement concerné par l'objet de la contestation.⁸

Tenant compte des critiques émises par la doctrine,⁹ le Tribunal fédéral, dans l'arrêt à la base de la présente contribution,¹⁰ est revenu partiellement sur cette jurisprudence. Il admet désormais – à juste titre – que l'interdiction faite à un avocat de représenter son client en raison d'un conflit d'intérêts n'est que la résultante du défaut de capacité de postuler de l'avocat; il en va de même du refus de prononcer une telle injonction, qui est la résultante du refus de dénier sa capacité de postuler. Dès lors, l'injonction faite à un avocat de renoncer à son mandat, même lorsqu'elle est prononcée par une autorité cantonale de surveillance (cf. *infra*, ch. 3.2), ne relève en principe pas du droit disciplinaire, mais bien du contrôle de la capacité de postuler de l'avocat.¹¹

2.3 Les conséquences

La détermination de la nature de la décision relative à la capacité de postuler de l'avocat revêt une importance particulière. En effet, elle influe sur la question de la compétence des autorités, en première instance et sur recours, ainsi que sur la recevabilité des recours (cf. *infra*, ch. 3 et 4).

3. L'autorité compétente en première instance

3.1 La solution générale ou «par défaut»

En l'absence de dispositions spécifiques, il est généralement admis que l'examen de la conformité du mandat de représentation de l'avocat aux règles de la LLCA, en particulier à l'art. 12 let. c LLCA qui commande à l'avocat d'éviter les conflits d'intérêts, est confié à l'autorité saisie du litige «principal» (tribunal saisi au fond ou magistrat chargé de conduire l'enquête pénale).¹²

⁸ ATF 135 II 145, consid. 6.

⁹ FRANÇOIS BOHNET, Les conflits d'intérêts en matière de défense au pénal, *Revue de l'avocat* 2009, p. 265 ss, p. 267; LE MÊME, note in RSPC 2009, p. 177 s.; BOHNET/MARTENET (note 5), N 1145; comp. CR LLCA-BAUER/BAUER, art. 17 LLCA N 16, qui semblent prêter un caractère disciplinaire à la mesure d'interdiction faite à un avocat de plaider en cas de conflit d'intérêts; CHRISTIAN M. REISER/MICHEL VALTICOS, Conflit d'intérêts: L'autorité de surveillance des avocats est-elle fondée à intervenir préventivement?, *Revue de l'avocat* 2006, p. 245 ss, et CR LLCA-VALTICOS, art. 12 LLCA N 186, qui reprennent la formule de la Cour de justice du canton de Genève selon laquelle l'injonction de renoncer au mandat représente une forme d'interdiction ciblée de pratiquer.

¹⁰ TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011.

¹¹ TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.2 et 2.5.1; pour un commentaire de cet arrêt, cf. NICOLAS PELLATON, Capacité de postuler de l'avocat: revirement de jurisprudence, in: Commentaires de jurisprudence numériques, Push-Service Weblaw des arrêts du Tribunal fédéral, publié le 16.3.2012.

¹² BOHNET/MARTENET (note 5), N 1144 s., N 1465; RVJ 2004, p. 263 ss, consid. 1; RJN 2010, p. 531 ss, consid. 1.

Si cette solution peut être tenue pour admissible en matières civile (cf. art. 124 CPC) et administrative, elle n'est toutefois pas sans soulever certaines difficultés en matière pénale. En effet, au vu du double rôle – instruction et accusation – conféré par le CPP au ministère public, il ne paraît pas acceptable de confier à ce dernier la charge du contrôle de la capacité de postuler des mandataires des parties.

Selon nous, il conviendrait en outre de retenir que la décision ayant trait à la capacité de postuler de l'avocat, si ce n'est une «décision d'ordre juridictionnel», constitue à tout le moins une «décision administrative afférente à l'organisation de la justice». ¹³ A ce titre, se pose la question de la conformité de l'attribution, au stade de la décision de première instance déjà, d'une compétence en la matière à une autorité civile ou pénale – qui plus est, dans le cas d'une autorité pénale, lorsque celle-ci n'a pas de caractère juridictionnel (cf. art. 16, 104 al. 1 let. c CPP; 30 al. 1 Cst. féd., 6 par. 1 CEDH, 14 par. 1 Pacte ONU II). ¹⁴ Ces points seront examinés plus en détail au regard du thème abordé au ch. 5, auquel nous renvoyons pour le surplus.

3.2 La solution genevoise

L'autorité de surveillance du canton de Genève (Commission du barreau) est au bénéfice d'une compétence particulière instituée à l'art. 43 al. 3 de la loi genevoise sur la profession d'avocat (GE/LPAv) qui dispose que «la commission du barreau peut prononcer des injonctions propres à imposer à l'avocat le respect des règles professionnelles». Cela a notamment pour conséquence que l'autorité de surveillance a la compétence d'interdire à titre provisionnel à un avocat de postuler lorsqu'il se trouve en situation de conflit d'intérêts.

Il est à noter que, avant que cette compétence ne lui soit légalement attribuée en août 2009, l'autorité de surveillance de Genève avait considéré que la loi genevoise était lacunaire en ce qu'elle ne lui permettait que de sanctionner des avocats qui auraient agi en situation de conflit d'intérêts mais non de les enjoindre à adopter un comportement conforme au droit. Elle s'était donc arrogé cette compétence par voie prétorienne, estimant qu'il lui revenait de pouvoir prendre les mesures nécessaires et urgentes pour que les avocats respectent leurs obligations professionnelles.¹⁵

Le Tribunal fédéral a été amené à examiner la nouvelle disposition légale dans le cadre d'une affaire d'entraide judiciaire internationale en matière pénale.¹⁶ Il est parvenu à la constatation que le texte légal n'était pas clair en ce qu'il ne précisait pas de manière expresse si la compétence de statuer sur la capacité de postuler était attribuée à l'autorité de surveillance de manière exclusive ou s'il subsistait une compétence résiduelle parallèle attribuée à l'autorité pénale. Il a toutefois relevé que la compétence exclusive de l'autorité de surveillance des avocats constituait une solution qui était «clairement préférable», no-

¹³ Cf. TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 2.3.4.

¹⁴ Comp. TF, arrêt du 18 mars 2003, 1A.223/2002, consid. 3.2.

¹⁵ Sur cette question, REISER/VALTICOS (note 9), p. 245 ss.

¹⁶ TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 2.3 et 2.4.

tamment en ce qu'elle «revient à simplifier la procédure en confiant à une seule autorité la compétence de rendre des décisions en la matière». Le Tribunal fédéral ajoutait que, dans la mesure où c'est la Commission du barreau qui exerce les compétences dévolues à l'autorité de surveillance des avocats, elle «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».¹⁷

Ces dernières remarques du Tribunal fédéral doivent être approuvées en ce qu'elles mettent en évidence l'avantage qui peut découler d'un système qui revient à confier à une autorité unique et spécialisée l'entier des questions juridiques relevant de l'application des règles professionnelles de l'avocat, qu'il s'agisse de mesures provisionnelles ou de mesures de sanction. Il n'est pas sans intérêt de relever, pour juger de l'efficacité du système, que ce dernier n'est nullement incompatible avec les contraintes d'urgence liées aux procédures pénales: la loi prévoit en effet que, en cas d'urgence, c'est le bureau de la commission qui est compétent pour prononcer des mesures provisionnelles. L'arrêt du Tribunal fédéral nous apprend d'ailleurs que, avant même l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition légale, les magistrats du siège avaient déjà pour pratique de saisir l'autorité de surveillance des avocats. Cette solution n'offre donc pas des moyens dilatoires aux plaideurs qui souhaiteraient paralyser le cours d'une procédure pénale.

Cela dit, il faut relever que cet arrêt, dans lequel le Tribunal fédéral a mis en évidence les mérites qui pouvaient découler de la compétence exclusive de l'autorité de surveillance des avocats pour juger de la faculté de postuler, est antérieur de quelques jours – il fut rendu le 10 décembre 2010 – à l'entrée en vigueur du CPP. Or, dans l'arrêt qui a suscité le présent commentaire, le Tribunal fédéral a esquissé l'idée que le CPP pourrait aujourd'hui avoir modifié la donne en retirant aux cantons la compétence de régler la question. Il y sera revenu ci-après (*infra*, ch. 5).

4. Les voies de recours

4.1 Devant les instances cantonales supérieures

a) La décision de première instance émane de l'autorité cantonale de surveillance des avocats

Lorsque la décision attaquée émane de l'autorité cantonale de surveillance des avocats, la voie de droit à emprunter est en principe celle du recours devant l'autorité de dernière instance cantonale compétente en matière administrative.¹⁸ A Genève – seul canton concerné à ce jour –,¹⁹ le recours doit être formé auprès de la Chambre administrative (Cour de droit public) de la Cour de justice (art. 1 let. h ch. 3, 132 al. 1 GE/LOJ).

Conformément à l'art. 111 LTF, l'examen de la condition de la qualité pour recourir auprès de l'autorité cantonale supérieure correspond matériellement à l'examen de la qualité pour recourir au Tribunal fédéral au sens de l'art. 89 al. 1 LTF. Le recourant doit donc d'abord démontrer qu'il a pris part à la procédure devant l'autorité de surveillance ou a été privé de la possibilité de le faire (cf. art. 89 al. 1 let. a LTF).²⁰

Lorsque l'autorité de surveillance refuse de dénier la capacité de postuler de l'avocat de l'adversaire du dénonciateur, ce dernier, considéré en sa seule qualité de partie adverse à la procédure principale, remplit la condition de l'art. 89 al. 1 let. a LTF. La règle qui prévaut généralement en matière disciplinaire²¹ et qui conduit au rejet de la qualité de partie du dénonciateur, est inopérante puisque, comme on l'a vu, une telle procédure n'a précisément pas de caractère disciplinaire (cf. *supra*, ch. 2.2). En effet, contrairement à la procédure disciplinaire, la procédure ayant trait à la capacité de postuler de l'avocat ne tend pas uniquement à la sauvegarde de l'intérêt public: elle touche également de près à la protection de l'intérêt privé du dénonciateur. Ainsi, dans l'arrêt sur lequel se fonde la présente contribution, le prévenu (dans la procédure principale) ne pouvait pas se faire opposer par la Cour de justice son statut de simple dénonciateur dans la procédure devant l'autorité de surveillance des avocats et, partant, se voir ainsi dénier le droit de recourir contre la décision négative de cette dernière.²²

De même, le client de l'avocat, dans l'hypothèse où ce dernier se verrait dénier sa capacité de postuler, ne devrait pas pouvoir se faire opposer le fait qu'il n'avait pas la qualité de partie à la procédure devant l'autorité cantonale de surveillance des avocats. En effet, cas échéant, il faut considérer qu'il a été privé de la possibilité de prendre part à cette procédure (cf. art. 89 al. 1 let. a *in fine* LTF). Au vu de cette dernière remarque, il serait selon nous souhaitable que l'autorité cantonale de surveillance admette le client en qualité de partie dans la mesure où celui-ci doit être considéré comme pouvant être touché par la décision à prendre (cf. p.ex. art. 7 LPA-GE).

Quant à l'avocat, dans l'hypothèse où celui-ci se verrait dénier sa capacité de postuler et souhaiterait recourir en son nom propre, sa qualité de partie à la procédure – écoutée – devant l'autorité de surveillance des avocats est évidemment donnée.

Le recourant, quelle que soit sa fonction dans le procès principal – prévenu, plaignant ou partie civile, avocat qui se voit interdire de représenter le premier ou le second – doit encore justifier d'un intérêt suffisant à obtenir une décision de l'autorité cantonale de recours. Il doit par conséquent démontrer qu'il est particulièrement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à obtenir son annulation, conformément à l'art. 89 al. 1 let. b et c LTF.²³

17 TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 2.4.

18 Cf. *supra*, ch. 2.1 concernant la nature de la décision.

19 A noter que l'art. 18^{bis} aLPAV/VS, abrogé suite à l'entrée en vigueur de la LLCA le 1^{er} juin 2002, prévoyait la compétence de la chambre de surveillance des avocats pour statuer sur la question de la capacité de postuler de l'avocat.

20 TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.1.1.

21 Cf. p.ex. TF, arrêt du 16 mai 2006, 2P.341/2005, consid. 3.3 et les réf. cit.; RJN 1984, p. 266. Cf. ég. art. 71 al. 2 PA.

22 Implicitement: TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.1.2, 2.5.1.

23 TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.1.2, 2.5.2.

Si l'avocat et son client peuvent en principe aisément justifier d'un tel intérêt, il en va en général différemment de la partie adverse. En effet, celle-ci, sauf à être touchée directement par le conflit d'intérêts invoqué,²⁴ n'a pas d'intérêt (digne de protection) à obtenir l'éviction de l'avocat de la partie adverse (cf. *infra*, ch. 4.3).²⁵

b) La décision de première instance est prise à titre incident par l'autorité saisie du litige principal

Lorsque la décision entreprise a été rendue à titre incident par l'autorité saisie du litige principal, deux possibilités existent concernant l'autorité de recours – les cantons ayant l'obligation de prévoir une telle autorité en vertu des art. 75 al. 2, 80 al. 2 et 86 al. 2 LTF.

Soit, comme cela semble être généralement admis, la compétence est donnée à l'autorité fonctionnant en principe comme autorité de recours à l'encontre des décisions rendues par l'autorité saisie du litige principal.

Soit l'on tient véritablement compte du fait que la décision ayant trait à la capacité de postuler de l'avocat constitue une «décision administrative afférente à l'organisation de la justice», auquel cas la compétence devrait dans tous les cas être attribuée à l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (cf. p.ex. le Tribunal administratif du canton de Berne, art. 74 BE/LPJA; l'une des Cours administratives du Tribunal cantonal fribourgeois, art. 114 FR/CPJA; la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, art. 1 let. h ch. 3, 132 al. 1 GE/LOJ; la Cour administrative du Tribunal cantonal jurassien, art. 161 JU/CPA; la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois, art. 30 al. 1 NE/LPJA, 33 let. e NE/OJN; la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, art. 92 al. 1 VD/CPA; le Tribunal administratif cantonal valaisan, art. 65 al. 1, 72 VS/LPJA).²⁶

Nous nous prononçons en faveur de cette dernière possibilité. Cela permet par ailleurs de s'accorder à la jurisprudence de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral, qui pose à juste titre que la qualification (civile, pénale ou administrative) de l'autorité qui a rendu la décision initiale n'a pas d'incidence sur la nature – de droit public – de la décision entreprise.²⁷

En outre, il conviendrait déjà à ce stade de distinguer, quelle que soit l'autorité compétente, la recevabilité du recours de l'avocat de celle de son client et des éventuelles parties adverses. En effet, du point de vue de l'avocat, la décision lui déniait la capacité de postuler constitue une décision finale. L'application à son égard de conditions de recevabilité plus restrictives existant

parfois pour les recours contre des décisions incidentes devrait donc être exclue (cf. ég. *infra*, ch. 4.3).²⁸

4.2 Devant les instances fédérales préalables au Tribunal fédéral

La question de l'autorité compétente pour connaître des recours contre des décisions – incidentes – concernant la capacité de postuler de l'avocat rendues par une autorité fédérale saisie du litige principal (p.ex. le Ministère public de la Confédération) soulève les mêmes questions que précédemment (cf. *supra*, ch. 2.1 et 3.1). Peut-on simplement admettre que l'autorité supérieure soit celle fonctionnant en principe comme autorité de recours à l'encontre des décisions de l'autorité saisie du litige principal?²⁹ Ne devrait-on pas plutôt adopter une solution qui tienne compte du caractère administratif de la décision concernant la capacité de postuler de l'avocat, cela quand bien même la décision de première instance n'aurait pas été prise au terme d'une procédure d'une telle nature? En ce cas, l'attribution de ce pouvoir de contrôle à une autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative serait-elle envisageable, et réalisable?

En l'état actuel, il n'existe aucun système qui permette d'assurer la protection des droits de toutes les personnes impliquées dans une procédure – administrative – concernant la capacité de postuler de l'avocat. En particulier, il n'est aucune autre autorité fédérale que celle saisie du litige principal qui semble pouvoir être investie de cette mission alors qu'aucune base légale ne permet de fonder la compétence du Tribunal administratif fédéral en tant qu'autorité de recours inférieure au Tribunal fédéral. Dans ces conditions, il convient d'admettre, faute de mieux, les compétences successives de l'autorité saisie du litige au fond et de l'autorité chapeautant cette dernière (p.ex. le Ministère public de la Confédération, puis la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral).

A notre sens, il conviendrait toutefois de mener une réflexion de plus grande envergure afin de tenter de dégager une solution d'ensemble. Une piste intéressante pourrait être d'attribuer tant la tâche décisionnelle que celle de contrôle aux autorités cantonales compétentes en matière administrative. Cela permettrait à la fois de simplifier et d'uniformiser la procédure en confiant la compétence à des autorités spécifiques (cf. *supra*, ch. 3.2) et de respecter la liberté donnée par l'art. 34 al. 1 LLCA aux cantons de régler la procédure relative à l'examen de conformité aux règles de la LLCA du mandat de représentation de l'avocat (cf. *infra*, ch. 5.2).

4.3 Devant le Tribunal fédéral

Comme évoqué ci-dessus (ch. 2.1), le Tribunal fédéral a, dans un arrêt récent, déterminé que l'interdiction faite à un avocat, dans une procédure, de représenter un client en raison d'un conflit d'intérêts est une décision incidente (cf. art. 93 LTF) qui doit être

24 Pour un exemple, cf. TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.5.2 et 2.5.3: situation dans laquelle les associés d'un ancien mandataire d'une partie défendent les intérêts de la partie adverse.

25 Cf. TF, arrêt du 21 novembre 2011, 1B_420/2011 (pour un commentaire de cet arrêt, cf. NICOLAS PELLATON, De l'intérêt à faire évincer l'avocat de la partie adverse, in: Commentaires de jurisprudence numériques, Push-Service Weblaw des arrêts du Tribunal fédéral, publié le 3 février 2012).

26 En ce sens, TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 2.3.4. Cf. ég. TF, arrêt du 22 février 2011, 2C_885/2010, consid. 1.1.

27 TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 1.1; TF, arrêt du 17 avril 2009, 2D_148/2008, consid. 1.2.

28 En ce sens: RVJ 2004, p. 263 ss, consid. 2b.

29 En ce sens, et de manière étonnamment péremptoire: TPF, arrêt de la I^{re} Cour des plaintes du 27 décembre 2010, BB.2010.98, consid. 2.2.

contestée devant lui par la même voie de droit que celle ouverte contre la décision principale.³⁰

Cette solution, sous l'angle strict de la détermination de la voie de recours à emprunter, ne prête pas le flanc à la critique en ce qui concerne la partie qui est empêchée de se faire représenter par le mandataire qu'elle avait constitué. Il en va de même concernant la partie ayant tenté sans succès de faire dénier la capacité de postuler de l'avocat de la partie adverse.³¹

Il convient toutefois d'être attentif au fait que la solution précitée a pour effet, en l'état actuel de la jurisprudence, de fermer pratiquement toute voie de recours au Tribunal fédéral lorsque la décision concernant la capacité de postuler de l'avocat est prise à titre incident par le Ministère public de la Confédération. En effet, le Tribunal fédéral, appliquant de manière restrictive l'art. 79 LTF, a considéré qu'une telle décision ne porte pas sur une mesure de contrainte au sens de cette disposition. Partant, il a déclaré irrecevable le recours en matière pénale formé par un prévenu contre une décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral confirmant l'incapacité de postuler de son défenseur.³² A notre sens, une telle décision ne respecte pas le droit à l'assistance du défenseur (privé) de son choix garanti par les art. 6 par. 3 let. c CEDH et 32 al. 2 phr. 2 Cst. féd.

Selon nous, il est par contre nécessaire de distinguer le traitement procédural de l'avocat de celui de son client et des éventuelles parties adverses. En effet, du point de vue de l'avocat, la décision lui interdisant de représenter un client dans une procédure donnée constitue une décision finale, au sens de l'art. 90 LTF, dans la mesure où elle met un terme définitif à son mandat. Lorsqu'il recourt en son propre nom, l'avocat devrait ainsi invariablement emprunter la voie du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) dans la mesure où le recours porte sur une décision relevant du droit public au sens de l'art. 82 let. a LTF, et non la voie de droit ouverte contre la décision principale, celle-ci se rapportant d'ailleurs à une procédure à laquelle il n'est pas partie.³³

En outre, il n'apparaît pas admissible d'opposer à un avocat procédant en son nom propre, concernant son activité de représentation, la limitation des possibilités de recours au Tribunal fédéral inhérente à l'affaire de son client (art. 83 LTF: décisions à l'encontre desquelles un recours en matière de droit public est irrecevable). C'est pourtant la solution à laquelle est étonnamment parvenu le Tribunal fédéral à l'arrêt précité, concernant le recours de l'avocat. Cette partie de l'arrêt, basée de manière (doublement) erronée sur l'art. 79 LTF, illustre bien les graves inconvénients auxquels un tel raisonnement peut conduire.³⁴

Au surplus, on indiquera brièvement que le client de l'avocat, ainsi que son adversaire procédural lorsque celui-ci est directement touché par le conflit d'intérêts invoqué,³⁵ en tant qu'ils s'attaquent à une décision incidente, doivent remplir la condition du risque de préjudice irréparable prévue à l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Cette condition devrait en général être donnée: le client est atteint dans son droit à se faire représenter par le mandataire de son choix (art. 6 par. 3 let. c CEDH);³⁶ la partie adverse risque cas échéant que l'avocat opposé utilise des informations dont il a eu connaissance en vertu d'un précédent mandat qu'elle lui avait confié (cf. art. 13 LLCA, secret professionnel).

Quant à l'avocat, celui-ci bénéficie d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision – finale – l'évinçant de la procédure principale. En effet, cette décision porte atteinte à sa liberté économique, laquelle est garantie par l'art. 27 Cst. féd. (garantie du libre exercice d'une activité économique lucrative privée).³⁷

On notera encore que l'examen des recours au Tribunal fédéral concernant la capacité de postuler de l'avocat n'est, sur le fond, généralement pas conduit directement sous l'angle des droits fondamentaux. En effet, les griefs tirés de la violation des art. 6 par. 3 let. c CEDH (client de l'avocat) et 27 Cst. féd. (avocat) se confondent, selon l'approche de notre Haute cour, avec celui tiré de la violation de l'art. 12 let. c LLCA.³⁸

5. La question de la portée de l'art. 62 CPP

5.1 L'incertitude actuelle

Le Tribunal fédéral a laissé entendre, dans un *obiter dictum* de l'arrêt présentement commenté,³⁹ que l'art. 62 CPP – qui confie à la direction de la procédure la prise des «mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure» – pourrait avoir pour conséquence que les cantons n'auraient désormais plus la compétence de confier à l'autorité de surveillance d'ordonner à un avocat une interdiction de postuler. Sans justifier cette assertion quelque peu abrupte, le Tribunal fédéral s'est simplement référé à une décision de la Chambre des recours pénale du canton de Vaud qui, sans explication particulière, a posé le principe d'une prétendue force dérogatoire de l'art. 62 CPP.⁴⁰ On se trouve ainsi face à une incertitude qui résulte d'une affirmation du Tribunal fédéral, formulée sous la forme d'une possibilité juridique et non d'une affirmation motivée.

5.2 Les conséquences

Même si, à ce jour, la question ne concerne que le canton de Genève – qui seul a institué l'autorité de surveillance des avocats

30 TF, arrêt du 14 novembre 2011, 1B_434/2010, 1B_566/2011, précité, consid. 3 i.f.

31 Sur cette dernière hypothèse, cf. n. 24 s.

32 TF, arrêt du 14 novembre 2011, 1B_434/2010, 1B_566/2011, précité, consid. 3 i.f. Sur cette question, cf. PELLATON (note 3), p. 51 s.

33 P.ex. TF, arrêt du 17 avril 2009, 2D.148/2008, consid. 1.2 et 1.3; TF, arrêt du 9 mars 2004, 2A.292/2003, consid. 1.2. Pour un examen détaillé de cette question, cf. PELLATON (note 3), p. 50 ss.

34 Cf. n. 32.

35 Cf. n. 24 s.

36 TF, arrêt du 18 mars 2003, 1A.223/2002, consid. 4.

37 TF, arrêt du 18 mars 2003, 1A.223/2002, consid. 4. Cf. ég. TF, arrêt du 29 janvier 2004, consid. 4, RDAF 2005 I, p. 519 ss, p. 521; TF, arrêt du 18 octobre 1985, consid. 2b, RDAF 1986, p. 157 ss, p. 159 s.; ATF 112 la 318, consid. 2a.

38 TF, arrêt du 18 mars 2003, 1A.223/2002, consid. 5 i.i.

39 TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.5.1.

40 JdT 2011 III 74, consid. 2d.

comme autorité compétente pour trancher de la capacité de postuler de l'avocat – elle est d'importance. Outre le droit de la profession d'avocat, elle touche en effet à la protection des droits de la défense et, à ce titre, ne doit pas être négligée. Elle pourrait également faire obstacle à toute autre solution cantonale qui confierait la tâche de juger de la capacité de postuler de l'avocat à une autorité autre que la direction de la procédure.

L'interprétation qu'il faut donner à l'art. 62 CPP ne peut se fonder que de manière limitée sur le message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure pénale, message qui est particulièrement peu développé sur la question. Il y est en effet essentiellement affirmé, en paraphrase de la loi, que la direction de la procédure doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité, la sérénité et le bon ordre à chaque stade de la procédure.⁴¹ Nulle mention n'est faite de la mise en œuvre de la législation sur les avocats pas plus que de la question de l'exclusivité des pouvoirs de la direction de la procédure par rapport aux compétences qui seraient fixées par d'autres lois.

Face au silence de la loi, il faut s'interroger sur la façon dont le CPP traite tant de la réglementation spécifique aux avocats que de la surveillance de son respect par ces derniers. L'art. 127 CPP, qui pose les principes régissant l'activité du conseil juridique, montre le soin que le législateur a mis, lorsque le conseil juridique est un avocat, à se référer expressément à la réglementation spécifique. Ainsi, il vise nommément la LLCA (al. 5) et, plus généralement, les «règles de la profession» (al. 4), lorsqu'il traite de la défense des prévenus et de la défense de plusieurs participants à la procédure. Autrement dit, l'avocat, certes soumis aux règles de la procédure pénale à laquelle il participe, est en plus soumis aux règles régissant spécifiquement sa profession. Il y a donc là deux corps de règles distinctes auxquels l'avocat participant à une procédure pénale est soumis.

Cela ne signifie pas encore que cette diversité de normes implique automatiquement qu'il faille des autorités différentes pour juger de leur application. On doit cependant garder à l'esprit les éléments de réflexion suivants. La jurisprudence a systématiquement rappelé que la LLCA n'instaurait pas une autorité spécifique qui devrait être en charge de juger des conflits d'intérêts; les cantons sont ainsi libres de régler la question comme ils l'entendent.⁴² On ne voit pas que le législateur fédéral, en promulguant le CPP, ait voulu modifier cette répartition des compétences. Il a confié à la direction de la procédure le pouvoir d'assurer notamment ce qu'il est convenu d'appeler la police de l'audience. En revanche, on ne voit pas de trace de la volonté de confier à cette direction le pouvoir de trancher des questions ayant trait au respect par un avocat des règles qui lui sont imposées par la LLCA. Il s'agirait là d'une modification fondamentale de la répartition des compétences entre le droit fédéral et le droit cantonal. On relèvera au surplus que le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat du 15 février 2012 ne modifie pas le contenu matériel de la LLCA concernant la compétence d'exécution: celle-ci reste attribuée aux

cantons. Dès lors, les cantons demeurent à notre avis libres de prévoir une compétence spécifique des autorités de surveillance en matière de capacité de postuler de l'avocat.

L'acuité de la question provient du double rôle conféré au ministère public par le CPP. L'art. 16 al. 2 CPP confie en effet à cette autorité tant la conduite de l'enquête préliminaire que celle de l'accusation. La conception de base mise en place par le CPP est celle d'un ministère public qui ne connaît pas de séparation entre les fonctions d'investigateur et d'accusateur.⁴³ En conséquence, confier au ministère public le soin de trancher de la capacité de postuler de l'avocat en procédure pénale reviendrait à confier cette mission à l'adversaire procédural de l'avocat, ce qui n'est pas acceptable. Il ne s'agit évidemment pas d'une question d'acceptation de personnes mais bien de la considération de leurs rôles procéduraux respectifs. Ces rôles opposés sont susceptibles non seulement de créer des conflits d'intérêts pour le procureur chargé de la décision, mais également de créer – occasionnellement – des tensions relationnelles dues à l'affaire dans laquelle l'avocat et le procureur sont opposés. De telles tensions ne sauraient constituer un cadre propice à une prise de décision sereine sur la question de la capacité de postuler de l'avocat.

Si même on voulait admettre, selon les règles du CPP, que l'autorité cantonale de surveillance des avocats n'est pas l'autorité en charge de juger de la capacité de postuler de l'avocat en matière de procédure pénale, il faudrait alors considérer qu'il est inconcevable qu'une autorité qui n'est pas juridictionnelle⁴⁴ et qui est une partie en charge de l'accusation au sein de la procédure soit l'autorité qui tranchera cette question sans, de surcroît, qu'un recours soit dans certains cas possible contre sa décision (cf. *supra*, ch. 4.3). Donner un tel rôle à la partie accusatrice, dans le contrôle du libre choix du défenseur par le prévenu, serait sans conteste problématique en regard de l'art. 6 par. 3 let. c CEDH qui garantit ce libre choix.

5.3 Proposition de solution

Selon nous, l'entrée en vigueur de l'art. 62 CPP n'apporte aucune modification à la réglementation du procès concernant la capacité de postuler de l'avocat – pour autant que l'on puisse considérer qu'une telle réglementation existe.

Dès lors, la compétence pour trancher de la question en première instance reste le cas échéant donnée à l'autorité cantonale de surveillance (cf. *supra*, ch. 3.2).⁴⁵ A défaut de dispositions spécifiques, cette compétence peut être confiée à l'autorité saisie de la cause principale (cf. *supra*, ch. 3.1). Or il conviendrait, dans cette dernière hypothèse, de réserver ce pouvoir à une autorité juridictionnelle offrant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité (art. 30 al. 1 Cst. féd.).

En matière pénale,⁴⁶ cette compétence semblerait ainsi pouvoir n'être reconnue qu'aux tribunaux définis à l'art. 13 CPP, en

41 Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005, FF 2006 1128.

42 TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.3.1.

43 CR CPP-HENZELIN/MAEDER, art. 16 CPP N 22; BSK StPO-USTER, art. 16 CPP N 5.

44 Cf. TF, arrêt du 18 mars 2003, 1A.223/2002, consid. 3.2.

45 En ce sens: GE-CJ, arrêt du 22.02.2012, APCR/74/2012, consid. 3.2 et 3.3.

particulier au tribunal de première instance ou au tribunal des mesures de contrainte (art. 13 let. a et b CPP). Lorsque la procédure est dirigée par le ministère public, c'est-à-dire jusqu'à la décision de classement ou la mise en accusation (art. 61 let. a CPP), une solution – à titre de pis-aller selon nous – pourrait consister à confier cette tâche au tribunal des mesures de contrainte (cf. art. 18 CPP); la voie du recours serait alors ouverte conformément à l'art. 393 al. 1 let. c CPP.⁴⁷

L'enjeu de la question est bien celui du libre choix du défendeur et du contrôle juridictionnel de ce droit. Sur le plan conceptuel, il faut distinguer la procédure civile de la procédure pénale. Alors que la première règle un conflit entre des particuliers qui disposent d'armes égales, la seconde règle l'activité répressive de l'Etat contre un particulier, ce qui exige un surcroît de précautions procédurales. C'est ainsi par exemple que, pour protéger le citoyen, des moyens particuliers sont mis en œuvre dans l'obtention et la production de preuves, moyens destinés à prévenir les possibles dérives répressives de l'Etat.⁴⁸ Une même approche doit présider à la protection du droit de choisir son défendeur: l'appréciation de la capacité de postuler de l'avocat ne doit pas revenir à l'autorité répressive. Cela s'impose d'autant plus que le Tribunal fédéral a reconnu que la possibilité de poursuivre la défense de ses intérêts par l'avocat de son choix est un intérêt digne de protection du client.⁴⁹

6. Conclusion

Les bouleversements engendrés en une décennie par la promulgation de la LLCA, de la LTF puis des codes fédéraux de procédure n'ont pas encore été pleinement absorbés par la jurisprudence. La structure particulière de la LLCA – qui ne constitue pas une véritable loi sur les avocats mais bien une loi dont le but es-

sentiel est la mobilité cantonale des avocats –⁵⁰ laisse encore une place non négligeable aux cantons, notamment lorsqu'il s'agit de désigner l'autorité habilitée à se prononcer sur la faculté de postuler de l'avocat.⁵¹ L'entrée en vigueur de la LTF, particulièrement de son art. 75 al. 2 imposant aux cantons de créer des autorités judiciaires de dernière instance, et celle des codes de procédure ont amené des changements dans l'organisation judiciaire des cantons sans pour autant les unifier. L'unification grandissante de certains domaines du droit n'a pas pour autant aboli la structure fédérale du pays. Les complications qui découlent éventuellement de cette structure ne peuvent pas servir de prétexte pour contourner le partage des compétences, serait-ce même au nom de la recherche d'une efficacité accrue.

D'autre part, la jurisprudence s'est développée de manière quelque peu empirique concernant la capacité de postuler de l'avocat, conduisant ainsi à un résultat relativement chaotique, dont on ne comprend pas forcément les buts visés. Les rappels faits ci-dessus l'ont mis en évidence. Or le législateur fédéral se montre actuellement soucieux d'assurer une bonne coordination entre les différentes lois, ce qui l'a amené, après avoir constaté que les travaux parlementaires consacrés au CPP et au CPC avaient laissé la question dans l'ombre, à proposer l'adaptation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, qu'elles soient civiles, pénales ou administratives.⁵² Comme les auteurs de la motion parlementaire qui a conduit à ce projet de loi le relevaient, la question de l'harmonisation des secrets avait été simplement oubliée dans le cadre des débats.⁵³ Il ne paraît guère douteux qu'il en est allé de même, lors de l'élaboration des codes de procédure fédéraux, de la question de l'harmonisation des compétences avec la LLCA. Seule la question de la représentation par un avocat a donné matière à un renvoi explicite à la LLCA et aux règles professionnelles qu'elle institue (art. 127 al. 4 et 5, art. 171 al. 4 CPP).

Une modification de la liberté donnée aux cantons par la LLCA pour aménager la façon dont la compétence doit être réglée n'a pas été envisagée dans les travaux préparatoires et ne découle pas de l'art. 62 CPP. La solution que le Tribunal fédéral laisse entrevoir dans un *obiter dictum* n'est, à cet égard, pas acceptable. ■

46 C'est le lieu de préciser que les exigences d'indépendance et d'impartialité évoquées ci-dessus seront en principe remplies dans les contentieux civils et administratifs.

47 Afin d'être exhaustifs, nous indiquons qu'il convient de réserver le cas, distinct de celui étudié, où l'avocat intervient en qualité de défenseur d'office au sens de l'art. 132 CPP (et non en qualité de défenseur privé au sens de l'art. 129 CPP). Dans un tel cas de figure, le ministère public dispose, en vertu de l'art. 134 al. 2 CPP, d'une compétence – plus large – de révoquer le mandat du défenseur d'office si la relation de confiance entre celui-ci et le prévenu est gravement perturbée (apparition d'un conflit d'intérêts) ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons (p. ex. manque de compétence ou d'assiduité du défenseur d'office). Sur cette question, cf. GE-CJ, arrêt du 22.2.2012, APCR/74/2012, consid. 3.1; ég. TF, arrêt du 16.3.2009, 1B_7/2009, consid. 5.11 (non reproduit à l'ATF 135 I 261).

48 BENOÎT CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, in: Werro/Pichonnaz (éds), Le procès en responsabilité civile, Berne 2011, p. 137 ss; JÉRÔME BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, Lausanne 1994, p. 17 ss; CR CPP-BÉNÉDICT/TRECCANI, Intro. art. 139–141 CPP, passim; LOUIS GAILLARD, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998, p. 649 ss, p. 654–656; ROBERTO FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, St-Gall 2000, passim.

49 TF, arrêt du 20 février 2012, 2C_642/2011, consid. 2.5.2.

50 ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I, p. 526.

51 TF, arrêt du 10 décembre 2010, 2C_755/2010, consid. 2.3.

52 Message du Conseil fédéral du 26 octobre 2011 concernant la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509.

53 Motion 09.3362 du 23 avril 2009.