

## Urteilkopf

147 III 351

35. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil dans la cause A. contre B. (recours en matière civile) 5A\_485/2020 du 25 mars 2021

**Regeste (de):**

Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 59 und 124 Abs. 1 ZPO, Art. 12 lit. c und 34 Abs. 1 BGFA; Zuständigkeit für den Entscheid über die Vertretungsbefugnis des Anwalts in einem hängigen Verfahren.

Der Entscheid über die Vertretungsbefugnis des Anwalts dient der Garantie eines korrekten Verfahrens, sodass er in die Kategorie der prozessleitenden Verfügungen fällt (Art. 124 Abs. 1 ZPO). In einem hängigen Verfahren hat darüber das für den Entscheid in der Hauptsache zuständige Gericht oder delegationsweise ein Mitglied dieses Gerichts zu befinden (Art. 124 Abs. 2 ZPO) (E. 6).

**Regeste (fr):**

Art. 49 al. 1 Cst., art. 59 et 124 al. 1 CPC, art. 12 let. c et 34 al. 1 LLCA; autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat dans une procédure pendante.

La décision sur la capacité de postuler de l'avocat vise à garantir la bonne marche du procès, de sorte qu'elle entre dans la catégorie des décisions relatives à la conduite du procès (art. 124 al. 1 CPC). Dans une procédure pendante, l'autorité qui doit statuer sur cette question est le tribunal compétent sur le fond de la cause ou, sur délégation, un membre de ce même tribunal (art. 124 al. 2 CPC) (consid. 6).

**Regesto (it):**

Art. 49 cpv. 1 Cost., art. 59 e 124 cpv. 1 CPC, art. 12 lett. c e 34 cpv. 1 LLCA; autorità competente a statuire sulla facoltà di rappresentanza dell'avvocato in un procedimento pendente.

La decisione sulla facoltà di rappresentanza dell'avvocato tende a garantire il buon andamento del procedimento, sicché essa rientra nella categoria delle decisioni relative alla direzione del processo (art. 124 cpv. 1 CPC). In un procedimento pendente, su tale questione deve statuire il tribunale competente nel merito della causa o, su delega, un membro di questo tribunale (art. 124 cpv. 2 CPC) (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 351

BGE 147 III 351 S. 351

A. Par testament public instrumenté le 28 septembre 2012, C., décédé le 26 novembre 2019 à Genève, a institué héritiers ses deux enfants, B. et A., et attribué plusieurs legs à son épouse D.  
BGE 147 III 351 S. 352

B.

B.a Par décision du 27 janvier 2020, la Justice de paix du canton de Genève (ci-après: justice de paix) a nommé la notaire E. pour procéder à l'inventaire civil de la succession de feu C.  
B.b

B.b.a Par acte expédié le 10 février 2020 au greffe de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: cour de justice), B., représentée par l'avocat Eric Hess, a formé appel contre cette décision et

a sollicité la nomination d'un autre notaire n'officiant pas au sein de l'Etude F. aux fins de procéder à l'inventaire civil de la succession de feu son père.

B.b.b Dans sa réponse, A. a formé une requête préalable tendant à faire interdiction à Eric Hess de postuler, un nouveau délai devant être fixé à B. pour former appel contre la décision de la Justice de paix, et a conclu, sur le fond, au rejet de l'appel. Il a allégué que l'activité d'un avocat, déployée en lien avec la fortune personnelle des parties ainsi que du défunt et dans le cadre des successions de l'oncle et la tante par alliance des parties, qui avait rejoint l'étude dans laquelle exerçait Eric Hess, engendrait un conflit d'intérêts.

B.b.c B. a conclu, principalement, à l'irrecevabilité de la requête préalable en interdiction de postuler de son conseil, subsidiairement, au déboutement de A. de toutes ses conclusions et, plus subsidiairement encore, au renvoi de la cause à la Commission du barreau du canton de Genève pour statuer sur le conflit d'intérêts allégué. Entre autres arguments, elle a contesté la compétence de la cour de justice pour statuer sur l'incapacité de postuler de son conseil, celle-ci étant du ressort de la Commission du barreau.

B.b.d Par arrêt du 7 mai 2020, la cour de justice a déclaré recevable l'appel interjeté le 10 février 2020 par B. contre la décision du 27 janvier 2020 et déclaré irrecevable la requête préalable formée le 2 mars 2020 par A. dans cette cause. Elle a ensuite réservé la suite de la procédure au fond.

C. Par arrêt du 25 mars 2021 rendu au terme d'une séance publique, le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. (résumé)

BGE 147 III 351 S. 353

Extrait des considérants:

Erwägungen

6. La question qui se pose est de savoir si l'interprétation selon laquelle l'art. 43 al. 3 de la loi genevoise du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat (LPav/GE; rs/GE E 6 10) fonde la compétence de la Commission du barreau pour se prononcer sur la capacité de postuler d'un avocat dans une procédure civile pendant viole l'art. 49 al. 1 Cst.

6.1

6.1.1 Selon l'art. 49 al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe de la primauté du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive ( ATF 143 I 109 consid. 4.2.2; arrêt 2C\_425/2019 du 26 février 2020 consid. 4.1). Le Tribunal fédéral examine librement la conformité d'une règle de droit cantonal au droit fédéral lorsqu'il est appelé à examiner cette question au regard du grief de violation de l'art. 49 al. 1 Cst. ( ATF 143 I 352 consid. 2.2; ATF 131 I 394 consid. 3.2).

6.1.2 L'art. 122 Cst., tout en posant à son alinéa 1 que la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération, réserve expressément, à son alinéa 2, la compétence des cantons dans le domaine de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice en matière de droit civil sauf disposition contraire de la loi. Cette réserve implique que l'on ne peut parler d'une véritable autonomie des cantons, mais plutôt de compétences parallèles; les cantons demeurent souverains tant que le droit fédéral n'a pas réglé la question de manière exhaustive. Il n'en demeure pas moins que, lorsque le droit fédéral comporte des règles qui portent atteinte à la compétence cantonale en matière d'organisation judiciaire, il doit être interprété restrictivement et se limiter à ce qui est nécessaire, en particulier s'agissant de l'application du droit de procédure civile ( ATF 141 II 280 consid. 7.2).

6.1.3 Aux termes de l'art. 12 let. c de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61), 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. Celui

BGE 147 III 351 S. 354

qui, en violation de cette obligation, accepte ou poursuit la défense d'intérêts contradictoires doit se voir dénier par l'autorité la capacité de postuler. L'interdiction de plaider est, en effet, la conséquence logique du constat de l'existence d'un tel conflit ( ATF 138 II 162 consid. 2.5.1). La LLCA ne désigne pas l'autorité compétente habilitée à empêcher de plaider l'avocat confronté à un conflit d'intérêts, lorsqu'une procédure est en cours. L'art. 34 al. 1 LLCA prévoit au contraire que les cantons règlent la

procédure. Selon les cantons, la décision initiale à ce sujet peut émaner soit de l'autorité disciplinaire compétente, soit de l'autorité judiciaire saisie du fond ( ATF 138 II 162 consid. 2.5.1). Le législateur genevois a confié les compétences dévolues à l'autorité de surveillance par la loi sur les avocats à la Commission du barreau (art. 14 LPAv/GE).

6.2 Si la LLCA laisse aux cantons le droit de régler la procédure, il reste à examiner si le CPC leur impose en revanche des règles sur la compétence pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat dans une procédure pendante.

6.2.1 En procédure civile, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la nature de la capacité de postuler de l'avocat, ni sur l'autorité compétente pour en juger. Il a néanmoins déjà eu l'occasion de relever que la capacité de postuler en général, soit la faculté d'accomplir des actes de procédure en la forme juridique pertinente, fait partie des conditions de recevabilité, au sens de l'art. 59 CPC (arrêts 5A\_469/2019 du 17 novembre 2020 consid. 3.2; 5A\_618/2012 du 27 mai 2013 consid. 3.1; 4A\_410/2017 du 24 août 2017; sur la notion: BOHNET, Les parties et leur capacité [d'être partie, d'ester et de postuler] en procédure civile suisse, RSPC 1/2018 p. 69 ss [78]). Il a également précisé que, faute de capacité de postuler du représentant, le tribunal ou le juge délégué à l'instruction doit fixer un délai à la partie pour qu'elle désigne un représentant satisfaisant aux conditions légales (arrêt 4A\_87/2012 du 10 avril 2012 consid. 3.2.3, in SJ 2012 I p. 443). En effet, la nature de la capacité de postuler, purement technique et portant sur l'accomplissement formel des actes de procédure (BOHNET, op. cit., loc cit.), induit l'octroi d'un tel délai.

6.2.2 Dans un arrêt publié aux ATF 138 II 162, le Tribunal fédéral a jugé que l'interdiction de postuler dans un cas concret ne relève en principe pas du droit disciplinaire, mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat. S'agissant de la compétence pour statuer, il BGE 147 III 351 S. 355

a certes réaffirmé le principe selon lequel, la LLCA ne désignant pas l'autorité compétente habilitée à empêcher de plaider l'avocat confronté à un conflit d'intérêts, les cantons sont compétents pour le faire. Néanmoins, il a émis l'hypothèse que, en procédure pénale, étant donné que l'art. 62 CPP confie les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure à l'autorité investie de la direction de la procédure (cf. art. 61 CPP), l'ordre consistant en l'interdiction de plaider pourrait ne plus pouvoir revenir à l'autorité de surveillance.

Par la suite, le Tribunal fédéral a affirmé qu'en procédure pénale, il appartenait à l'autorité en charge de la procédure de statuer d'office et en tout temps sur la capacité de postuler d'un mandataire professionnel au motif que l'hypothèse d'un conflit d'intérêts peut survenir au cours de la procédure, notamment en raison de son évolution ou d'un changement de circonstances, et que l'autorité doit pouvoir agir ( ATF 141 IV 257 consid. 2.2; arrêts 1B\_191/2020 du 26 août 2020 consid. 4.1.2; 1B\_582/2019 du 20 mars 2020 consid. 4 et 5.1).

6.2.3 En doctrine, certains auteurs estiment que, en procédure civile, même après l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2011, les cantons restent libres d'octroyer la compétence de traiter de l'interdiction de postuler aux autorités de surveillance des avocats (CHAPPUIS/PELLATON, Conflit d'intérêts: autorité compétente pour en juger et voies de recours, Revue de l'avocat 2012 p. 316 ss [320 s.]; CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome I, 2e éd. 2016, p. 151 s.; JORDAN, Conflit d'intérêts de l'avocat et compétence, Plaidoyer 2018/6 p. 38 ss; REISER/VALTICOS, Il faut sauver l'art. 43 al. 3 LPAv/GE! Les conflits d'intérêts et la commission du barreau, in La lettre du Conseil, 66/2018 p. 56 ss; moins affirmatif, JEQUIER, La délégation de la conduite du procès civil à une autre autorité, spécialement en matière de capacité de postuler de l'avocat, RSPC 2/2019 p. 203 ss [203]). Ils avancent les arguments suivants: la capacité de postuler relève de la mise en oeuvre des règles de la profession d'avocat instituée par la LLCA dont le CPC ne règle pas l'application; le CPC ne règle pas exhaustivement toutes les questions de procédure, notamment à l'art. 59 CPC; il ressort de l' ATF 141 II 280 consid. 7.2, que la capacité de représenter les parties touche également à l'organisation judiciaire cantonale, de sorte qu'une compétence parallèle des cantons doit être reconnue; à l'arrêt 5A\_710/2016 du 2 mars 2017, le Tribunal fédéral a admis une délégation à une autorité fonctionnellement différente de celle chargée de se prononcer sur la décision au fond; la BGE 147 III 351 S. 356

composition de l'autorité de surveillance permet plus de distance et d'indépendance que le magistrat chargé de la procédure, elle garantit plus d'uniformité dans le domaine, elle peut intervenir de manière préventive et peut statuer en connaissance de faits couverts par le secret professionnel. D'autres, en revanche, considèrent que cette compétence doit être exercée par le tribunal chargé de l'affaire au fond (BOHNET, Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire: derniers développements, RSJ 110/2014 p. 234 ss [236]; FELLMANN, Anwaltsrecht, 2e éd. 2017, n. 691; FELLMANN/BURGER, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im

Prozess, Anwaltsrevue 2020 p. 14 ss [17]; GRODECKI/JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, SJ 2015 II p. 107 ss [131 s.]). Ils avancent comme argument que le CPC règle exhaustivement la procédure civile et que le contrôle de la capacité de postuler de l'avocat est un examen procédural réglé pour les uns à l'art. 59 CPC, pour les autres à l'art. 124 CPC, de sorte que les cantons ne peuvent plus adopter de règles particulières en matière d'autorité compétente.

6.3 Au vu de la jurisprudence précitée, il faut retenir que, en procédure civile, la décision sur la capacité de postuler de l'avocat vise à garantir la bonne marche du procès. Elle entre donc dans la catégorie des décisions relatives à la conduite du procès, au sens de l'art. 124 al. 1 CPC (cf. art. 62 CPP). Pour l'acte introductif d'instance, la capacité de postuler est en outre une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 1 CPC). Partant, si la capacité de postuler est déniée à l'avocat, un délai doit être fixé à la partie concernée pour remédier à l'irrégularité (art. 132 CPC par analogie; cf. supra 6.2.1: arrêt 4A\_87/2012 du 10 avril 2012 consid. 3.2.3). Il s'ensuit que, dans une procédure pendante, l'autorité qui doit statuer sur la capacité de postuler de l'avocat est le tribunal compétent sur le fond de la cause ou, sur délégation, un membre de ce même tribunal (art. 124 al. 2 CPC), à l'exclusion de l'autorité de surveillance.

Les arguments de la doctrine qui prône la compétence de l'autorité de surveillance ne convainquent pas. L'exclusion de l'avocat des débats relève du contrôle de la capacité de postuler de celui-ci, soit d'une question de procédure. Or, à ses art. 124 et 59, le CPC règle exhaustivement la question et fonde la compétence du tribunal qui conduit le procès au fond ou, sur délégation, d'un de ses membres.

BGE 147 III 351 S. 357

En conséquence, la primauté du droit fédéral interdit aux cantons de consacrer la compétence d'une autre autorité. A l'ATF 141 II 280, le Tribunal fédéral a traité de la question de la représentation professionnelle des avocats, qui ne se recoupe pas avec celle de l'interdiction de postuler en raison d'un conflit d'intérêts. En outre, retenir de l'arrêt 5A\_710/2016 du 2 mars 2017 que le Tribunal fédéral aurait admis, en application de l'art. 124 al. 2 CPC, une délégation à une autorité fonctionnellement différente de celle chargée de se prononcer sur la décision au fond procède d'une lecture erronée de cette décision. Dans cette affaire, il a jugé que le terme de "tribunal" figurant à l'art. 119 al. 3 CPC, consacré à l'assistance judiciaire, instaure seulement l'exigence d'une autorité judiciaire, à l'exclusion d'une règle fédérale de compétence fonctionnelle en la matière, de sorte que les cantons sont libres de choisir une autre autorité que le juge saisi de la cause au fond. Tel n'est en revanche pas le cas des décisions relatives à la recevabilité de la demande ou à la conduite de la procédure, qui prévoient la compétence du juge du fond de la cause.

6.4 En l'espèce, en niant sa compétence au profit de celle de la Commission du barreau en application de l'art. 43 al. 3 LPav/GE, l'autorité cantonale a violé l'art. 49 al. 1 Cst., en lien avec l'art. 124 al. 1 CPC.