

LE DEVOIR DE SINCÉRITÉ DE L'AVOCAT

ROMAIN JORDAN

Avocat, associé en l'Étude Merkt [&] associés

Mots-clés: déontologie, avocature, loyauté des débats, responsabilité de l'avocat

L'avocat doit être sincère dans l'exercice de son ministère. Ses rapports avec son client, le magistrat et le public sont tous marqués par cette exigence, qui transparaît déjà dans le serment qu'il prête au début de sa carrière. Serviteur du droit et confident de son client, l'avocat doit éviter, en tout temps, tout ce qui pourrait affaiblir le respect qu'il doit lui-même inspirer. Les règles professionnelles, déontologiques et légales permettent d'ébaucher les contours de cette obligation. Afin de garantir sa sincérité, l'avocat doit pouvoir compter sur une entière indépendance, sa meilleure arme face aux dangers d'un métier de plus en plus exposé. La vocation de l'avocat consiste à préserver et défendre la marge, parfois ténue mais souvent irréductible, séparant la vérité judiciaire de l'indéfinissable vérité absolue. Dans ce contexte, l'obligation de sincérité de l'avocat, figure à ce jour peu développée en droit suisse, se prête bien à la définition de l'avocat soucieux du respect de son serment.

I. Introduction

Les relations de confiance avec un avocat ne peuvent exister s'il y a doute sur l'honnêteté, la probité, la rectitude ou la sincérité de ce dernier: *vir probus dicendi peritus*. Ces vertus traditionnelles sont aussi des obligations professionnelles¹, ce que rappellent au demeurant la plupart des serments prononcés par l'avocat au début de sa carrière². Elles sont également les garants nécessaires de la sincérité judiciaire³. Un dictionnaire définit l'individu sincère comme celui qui exprime ce qu'il ressent et ce qu'il pense vraiment, qui ne ment pas⁴. Pour reprendre les termes d'un ancien bâtonnier, la sincérité constitue la vertu de celui qui s'exprime avec franchise, sans se masquer et sans chercher à duper⁵; en doctrine suisse, on la rapproche souvent à l'exigence de dignité de l'avocat⁶, qui l'oblige à éviter tout ce qui pourrait affaiblir le respect qu'il doit inspirer⁷. Il a été dit de longue date qu'il était dans l'intérêt de l'avocat d'être sincère et d'observer avec rigueur son éthique professionnelle, là où la réputation se fait souvent «par le Palais»⁸.

Que ce soit en termes d'image à l'égard du public⁹, d'éthique ou tout simplement de déontologie, il est, cela étant, admis depuis longtemps que l'obligation de sincérité de l'avocat est une question qui soulève maintes controverses et tensions¹⁰: son devoir d'information¹¹, son secret professionnel et son indispensable indépendance¹² peuvent parfois poursuivre des exigences potentiellement contradictoires, et ainsi questionner la loyauté de l'avocat, selon que son interlocuteur sera par exemple un magistrat, un confrère – local ou étranger –, son client ou encore tout simplement le public.

¹ Art. 2.2 du Code européen de Déontologie des Avocats.

² Par exemple, art. 27 de la loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAV; RS/GE E 6 10): «Avant de requérir son inscription au registre des avocats stagiaires, la personne (...) prête devant le Conseil d'État le serment suivant: «Je jure ou je promets solennellement: (...) de n'employer sciemment, pour soutenir les causes qui me seront confiées, aucun moyen contraire à la vérité, de ne pas chercher à tromper les juges par aucun artifice, ni par aucune exposition fautive des faits ou de la loi».

³ LÉON GOFFIN, De l'obligation de sincérité de l'avocat, *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, N° 5504, p. 265 ss, ch. 27 p. 268.

⁴ Le Larousse, Dictionnaire de français, *in* <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>.

⁵ JEAN-MICHEL SIEKLUCKI, L'avocat et la vérité, Conférence tenue le 23.11.2017 à La Rochefoucauld.

⁶ BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 14 ss.

⁷ PIERRE CHRISTE, L'indépendance et la dignité de l'avocat, *in* RJJ 1997 p. 181 ss, p. 188.

⁸ GOFFIN, *op. cit.*, (note 3), ch. 27 p. 268; cf. aussi SJ 1883 p. 167, où la «réputation» d'un avocat est évoquée comme critère de fixation de ses honoraires.

⁹ MAURICE GARÇON, L'avocat et la morale, Paris 1963, p. 41: «Certains ne sont pas éloignés de croire que le plaideur se confiant à son défenseur comme le pénitent à son confesseur, il arrive souvent à l'avocat de plaider effrontément contre une vérité qu'il connaît»; voir aussi MATTHIAS STORME, Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès, rapport belge pour le IX^e Congrès mondial de droit judiciaire, publié dans *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines*, Kluwer Antwerpen 1992, p. 3 ss, p. 14.

¹⁰ GARÇON, *op. cit.* (note 9), p. 41; NICOLAS IYNEJIAN/CÉLINE COURBAT, Négociation, *in* PJA 2008 p. 263 ss, p. 272–273.

¹¹ ALAIN B. LÉVY, *in* Chappuis/Winiger (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève, Zurich, Bâle 2009, p. 35 ss; mis à jour et complété sous le titre *Le devoir d'information de l'avocat*, *in* *Revue de l'Avocat* 6–7/2010, p. 265 ss.

¹² CHAPPUIS, *op. cit.* (note 6), p. 50. L'indépendance de l'avocat est la garantie de sa sincérité, cf. GARÇON, *op. cit.* (note 9), p. 59.

Saint Thomas d'Aquin avait arbitré ce paradoxe – bien plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord¹³ –, considérant que, à l'instar du médecin montrant son habileté en guérissant une maladie désespérée, l'avocat démontre la sienne en défendant une cause injuste, si bien qu'il serait également permis à un avocat défendant une bonne cause de cacher prudemment ce qui pourrait être un obstacle à son succès, sans qu'il ne lui soit pour autant permis d'avoir recours à la fausseté¹⁴. Pour d'autres, l'avocat aurait le droit de se tromper dans son interprétation des faits, ou d'un texte de loi. En revanche, il n'aurait pas le droit de ne pas être sincère¹⁵. Ce substrat fonde en réalité un principe essentiel au fonctionnement de l'institution même de la justice, déjà simplement en termes d'organisation de la société: l'avocat y joue un rôle social important, avec les responsabilités qui en découlent. Il a longtemps été présenté comme un auxiliaire de la justice ou, pour reprendre la formule de la jurisprudence du Tribunal fédéral assurément plus heureuse, un «serviteur du droit»¹⁶. La magistrature et le barreau sont en effet aussi indispensables l'un que l'autre et s'entendent comme les «deux facteurs d'une même œuvre»¹⁷.

Au-delà du débat sur un plan éthique voire même philosophique se pose la question de la définition et de la portée concrète du devoir de sincérité pour l'avocat helvétique, dans une architecture légale donnant essentiellement et avant tout à la pratique et à la jurisprudence la tâche de tracer les limites des devoirs auxquels l'avocat est tenu¹⁸. Ce questionnement apparaît d'autant plus légitime dans un contexte de dérégulation de notre profession¹⁹ qui semble souvent abordé avant tout – et probablement à tort – avec résignation.

II. Les sources du devoir de sincérité

Mise à part son obligation de mandataire déjà bien connue (art. 398 al. 2 CO)²⁰ et que nous n'aborderons donc pas en détail, le devoir de sincérité de l'avocat peut se définir à partir, d'une part, des règles qui régissent la recherche de la vérité judiciaire – autrement dit les règles de procédure – et, d'autre part, de celles qui spécifient le rôle de l'avocat et déterminent ses obligations dans ses relations avec ses différents interlocuteurs²¹. L'exposé des sources de ces dernières suppose avant tout de rechercher les règles disciplinaires (ci-après, ch. 1) et déontologiques (ci-après, ch. 2) applicables; quant aux premières, il serait vain de vouloir les aborder de façon complète dans le cadre de la présente contribution, si bien qu'on se contentera d'en rappeler brièvement les quelques principes de base (ci-après, ch. 3). Il faut également rappeler que nombre des références intervenant dans la définition ici recherchée sont aussi non écrites, et très souvent innombrées²².

1. Les règles disciplinaires

Édictées par une autorité afin de réglementer, dans l'intérêt public, l'exercice d'une profession, les règles disciplinaires se distinguent des règles déontologiques, qui sont

adoptées par les organisations professionnelles²³. L'art. 12 let. a LLCA prévoit à cet égard que l'avocat doit exercer en toutes circonstances²⁴ sa mission avec soin et diligence. Cet article constitue une clause générale²⁵ permettant d'exiger de l'avocat qu'il se comporte correctement dans l'exercice de sa profession²⁶. L'avocat est tenu d'agir dans les intérêts de son client; il doit pour ce faire user des moyens légaux à disposition. La confiance placée en la profession et en l'administration de la justice l'impose²⁷. Cette clause ne se limite pas aux rapports professionnels de l'avocat avec ses clients, mais englobe ceux avec ses confrères, ainsi qu'avec toutes les autorités et non seulement les autorités judiciaires *stricto sensu*²⁸.

Sous réserve du cas particulier de la procédure pénale suisse²⁹, l'avocat est le «serviteur du droit»³⁰, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il serait un organe étatique ou encore l'assistant du juge: il est le défenseur des intérêts d'une partie et, à ce titre, il agit unilatéralement en faveur de son mandant³¹. Néanmoins, il doit dans ce cadre se montrer digne de confiance dans les relations avec les autorités judiciaires comme administratives, ce qui suppose notamment qu'il conserve en tout temps une certaine indépendance vis-à-vis de son mandant³². La jurisprudence

¹³ JACQUES HAMELIN, La sincérité de l'avocat, *Hommes et monde*, Vol. 10, N° 41 (décembre 1949), p. 563 ss, p. 563.

¹⁴ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa-IIae, Question 71 «Les injustices commises par les avocats».

¹⁵ SIEKLICKI, *op. cit.* (note 5).

¹⁶ ATF 111 Ia 101 consid. 4 p. 105; ATF 106 Ia 103 consid. 6b p. 104 ss; arrêt 2C_1180/2013 du 24.10.2014 consid. 4.1.2; arrêt P.1800/1986 du 7.4.1987 consid. 2, *in* SJ 1987 p. 529.

¹⁷ CHRISTE, *op. cit.* (note 7), p. 189. Le secret professionnel de l'avocat est une institution nécessaire à l'État de droit, la profession d'avocat ne pouvant être exercée correctement qu'à partir du moment où le client peut placer dans son avocat une confiance absolue (BO CN 2007 962); voir aussi SIMONE GABORIAU, L'éthique des gens de justice. Entretiens d'Aguesseau, Actes de colloque, Limoges 2000, p. 10.

¹⁸ CHAPPUIS, *op. cit.* (note 6), p. 49; arrêt 2C_344/2007 du 22.5.2008, consid. 2.

¹⁹ ATF 138 II 440, consid. 6 p. 446; arrêt 2C_1054/2016 du 15.12.2017 (destiné à publication au RO), consid. 5.3; cf. DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle, *Rapports et communications*, Société Suisse des Juristes, Fascicule n° 4, 1996, p. 416 ss.

²⁰ CARLO LOMBARDINI, La responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients, *in* *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Genève 2008, p. 517 ss, p. 528; LEVY, *op. cit.* (note 11), p. 265.

²¹ GOFFIN, *op. cit.* (note 3), ch. 27 p. 268.

²² ATF 106 Ia 100, consid. 6b; GABORIAU, *op. cit.* (note 17), p. 10.

²³ ATF 140 III 6, consid. 3.1; ATF 136 III 296, consid. 2.1.

²⁴ L'art. 12 LLCA ne se limite pas aux activités judiciaires ni aux monopoles (arrêt 2C_889/2008 du 21.7.2009, consid. 2.1); CHAPPUIS, *op. cit.* (note 6), p. 50.

²⁵ Arrêt 2C_452/2011 du 25.8.2011 consid. 5.1.

²⁶ FF 1999 5331, 5368.

²⁷ Arrêt 2C_344/2007 du 22.5.2008, consid. 2; BOHNET/MARTE-NET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, n° 1234 p. 524.

²⁸ ATF 130 II 270 consid. 3.2; arrêt 2A.448/2003 du 3.8.2004 consid. 3.

²⁹ Cf. art. 128 CPP; cf. YVAN JEANNERET, Le défenseur et l'autorité pénale: confiance ou méfiance?, FP 2015, 333.

³⁰ Cf. note 16.

³¹ ATF 106 Ia 100, consid. 6b; CHRISTE, *op. cit.* (note 7), p. 189.

³² ATF 130 II 87 consid. 4.1 p. 93; arrêt 2C_1180/2013 du 24.10.2014 consid. 4.1.2; arrêt 7B.216/2004 du 16.12.2004 consid. 3.3.

a ainsi pu rappeler, en des termes toutefois demeurés généraux, que l'avocat ne pouvait assurer la défense des intérêts de *son client* à n'importe quel prix et par n'importe quels moyens³³: un avocat doit par exemple pouvoir si nécessaire dissuader son client de procéder lorsque la cause est mauvaise³⁴, même si cela peut s'avérer parfois difficile³⁵, ce qui implique forcément qu'il soit sincère avec lui.

Dans ses rapports avec ses *interlocuteurs judiciaires*, l'avocat n'agit contrairement à ses devoirs professionnels et, partant, de façon inadmissible, que s'il formule son propos ou ses critiques en étant conscient de la fausseté de ses affirmations ou dans une forme attentatoire à l'honneur, au lieu de se limiter à des allégations de fait et à des appréciations³⁶. Un avocat qui reproche à un confrère et à des magistrats d'avoir eu un comportement pénalement répréhensible ne pourra apporter la preuve de la véracité de telles affirmations qu'en produisant un jugement pénal passé en force. S'il ne dispose pas d'un tel moyen de preuve, il doit s'exprimer avec plus de retenue³⁷, à défaut de quoi il enfreint ses obligations disciplinaires. Il s'agit de tenir compte d'un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu³⁸. L'avocat ne saurait ainsi être assimilé à un journaliste car leurs places et leurs missions respectives dans le débat judiciaire sont intrinsèquement différentes: le journaliste est un témoin extérieur chargé d'informer le public tandis que l'avocat est acteur impliqué et au service de son client³⁹.

L'art. 12 let. d LLCA prévoit par ailleurs que l'avocat peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle satisfasse à l'intérêt général. L'avocat doit donc également faire preuve de sincérité dans la façon de présenter son activité à l'égard du *public*.

2. Les règles déontologiques

Depuis l'adoption de la LLCA, les règles déontologiques cantonales ont sensiblement perdu de leur portée. Les cantons n'ont en effet plus, depuis le 1.6.2002, la possibilité de prévoir d'autres règles en la matière⁴⁰. Elles présentent toutefois, sur deux points en tous cas, toujours une certaine importance. D'abord, les règles déontologiques conservent une portée juridique en permettant de préciser ou d'interpréter les règles professionnelles, à la condition d'exprimer une opinion largement répandue au plan fédéral⁴¹. Ensuite, les règles déontologiques s'appliquent, quoi qu'il en soit, aux membres de l'organisation professionnelle qui les a adoptées, c'est-à-dire aux ordres cantonaux. La violation de ces règles entraîne dès lors des sanctions de nature associative, allant jusqu'à l'exclusion de l'organisation, même s'il est vrai que la validité de telles sanctions et restrictions est de plus en plus discutée, par la jurisprudence notamment (art. 75 CC)⁴².

À Genève par exemple, les us et coutumes récemment mis à jour au 1.2.2018 prévoient que dans tous les actes de sa vie professionnelle et privée, l'avocat donne l'exemple de l'honneur, de la probité, de la loyauté, de la dignité et de l'humanité et agit avec diligence. Dans toutes ses activités, l'avocat n'agit ou ne s'exprime que selon sa conscience. Il est libre d'accepter ou de refuser toute cause, sauf s'il est

nommé d'office⁴³. Il ne doit pas épouser les passions de son client, ni s'identifier à lui. Les règles applicables dans le canton de Vaud retiennent également que probité, indépendance, dignité et humanité sont des qualités qui ne peuvent souffrir aucune atteinte de la part d'un avocat⁴⁴. Le code suisse de déontologie du 10.6.2005 prévoit quant à lui que l'avocat s'abstient de toute activité susceptible de mettre en cause la confiance mise en lui, qu'il exerce son activité professionnelle en toute indépendance et qu'il établit avec son client des relations clairement définies. Il traite le mandat promptement et informe son client de son évolution⁴⁵.

Pour une partie de la doctrine, ces devoirs accrus de dignité, d'honneur et de probité – même s'ils ne règlent pas toutes les questions éthiques que l'avocat se pose dans le cadre de sa pratique – imposeraient en particulier à ce dernier de ne pas mentir, par exemple lorsqu'il intervient dans une négociation. Interrogé sur la valeur limite que s'est fixée son mandant, il ne pourrait pas tromper son interlocuteur, mais devrait trouver une réponse qui, sans trahir la position de son mandant, soit conforme à la réalité⁴⁶. Ces mêmes devoirs lui imposeraient également de communiquer toutes les informations pertinentes liées à l'affaire discutée. Il ne pourrait pas omettre de transmettre des informations pertinentes, lorsqu'il présente les faits d'une affaire. Une telle conception, assurément sévère – au point de s'approcher du système anglo-saxon de *common law* et de sa procédure de *discovery* –, mériterait à notre sens d'être nuancée, notamment en la recentrant au-

33 Arrêt 7B.216/2004 du 16.12.2004, consid. 3.3; BOHNET/MARTENET, *op. cit.* (note 27), n° 1234 p. 524-525.

34 PHILIPPE CHAUMONTET, Contribution à l'étude de la profession d'avocat, thèse Lausanne 1970, p. 15.

35 PHILIPPE ABRAVANEL, L'avocat et la justice, in Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, 1998, p. 148.

36 Arrêt 2C_782/2015 du 19.1.2016, consid. 5.2; arrêt 2C_1180/2013 du 24.10.2014 consid. 4.1.1; arrêt 2A.191/2003 du 22.1.2004 consid. 7.3. Cf. aussi ACEDH Szpiner c. France du 25.1.2018, requête n° 2316/15.

37 Arrêt 2P.101/1998 du 15.12.1998, Pra 1999 n° 51 p. 291, SJ 1999 I p. 262, ZBI 2000 p. 307, RDAF 2001 I p. 606 consid. 5d/cc et 5e/aa; arrêt 2P.212/2000 précité, consid. 3c/bb.

38 CHRISTIAN REISER/MICHEL VALTICOS, La liberté d'expression de l'avocat et du magistrat, in SJ 2017 II 153, p. 156.

39 ACEDH (Grande Chambre) Morice c/ France du 23.4.2015, requête n° 29369/10, ch. 168.

40 Arrêt 2A.191/2003 du 22.1.2004, consid. 5.2.

41 ATF 140 III 6, consid. 3.1; ATF 136 III 296 consid. 2.1; ATF 131 I 223 consid. 3.4; ATF 130 II 270 consid. 3.1.1.

42 ATF 136 III 296, consid. 2.2. Sur la problématique en général: ATF 138 III 322.

43 Us et coutumes 2018 de l'Ordre des avocats du canton de Genève, cf. https://www.odage.ch/medias/documents/regles-profession/Us_Coutumes_2018.pdf.

44 Règles déontologiques de l'Ordre des avocats du canton de Vaud, cf. <https://www.oav.ch/publique/deontologie-secret-professionnel-independance-de-lavocat/>.

45 <https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltsrecht/berufsregeln-national.html>.

46 IYNEDJIAN/COURBAT, *op. cit.* (note 10), p. 273; GERALD WETLAUFER, The Ethics of Lying in Negotiations, Iowa Law Review 75 (1990), p. 119 ss.

tour des intérêts du client. La déontologie ne doit en effet pas se comprendre comme un corpus inflexible composé de règles catégoriques: produit de l'autorégulation, elle représente bien plutôt un compromis entre la morale et les contraintes de la vie sociale. Elle constitue de la sorte une source matérielle du droit⁴⁷. C'est précisément sur cette base – bien qu'implicitement – que le Tribunal fédéral tient compte de telles règles, nonobstant l'entrée en vigueur de la LLCA, à la seule condition qu'elles reprennent une opinion largement répandue en Suisse⁴⁸.

3. Les règles procédurales

Comme déjà dit, l'exposé des règles de procédure susceptibles de définir l'obligation de sincérité de l'avocat en procédure – notamment les règles réprimant la témérité (art. 128 CPC; art. 63-64 CPP)⁴⁹ – dépasse le présent cadre.

On se contentera ainsi de rappeler d'abord que les règles sont naturellement différentes selon que l'on se trouve ou non en matière pénale ou disciplinaire – où le prévenu, qui n'a en principe⁵⁰ jamais la charge de la preuve, dispose de droits étendus découlant des règles conventionnelles et constitutionnelles du procès équitable, parmi lesquels celui de se taire⁵¹ et de mentir⁵²; cette configuration procédurale rejaillit évidemment sur son avocat et la définition de ses devoirs. À cet égard, en matière disciplinaire par exemple, l'effet de tension peut s'arbitrer en retenant que le droit au silence commence là où se termine le devoir déontologique de sincérité⁵³.

Ensuite, il est intéressant de relever que, selon la jurisprudence publiée, les règles professionnelles énumérées à l'art. 12 LLCA constituent des normes dont la violation peut rendre une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC, particulièrement dans les causes pécuniaires soumises à la maxime des débats dans lesquelles l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle, résultant prétendument du moyen de preuve illicite, ne saurait prévaloir face à l'intérêt public au respect strict d'une règle faisant l'objet d'un large consensus dans la profession⁵⁴. Il est ainsi permis de penser qu'un moyen de preuve obtenu au mépris de l'obligation de sincérité de l'avocat – telle qu'elle aurait pu être définie au sens des règles disciplinaires voire déontologiques abordées ci-dessus – (obtention d'une pièce par un mensonge, par exemple) pourrait être frappé d'illicéité procédurale et partant exclu des débats.

Enfin, l'art. 2 CC trouve également à s'appliquer dans une certaine mesure, à mi-chemin entre procédure et droit de fond. Celui qui, intentionnellement ou à la légère, donne des informations inexacts ou passe sous silence des faits dont il doit reconnaître l'importance pour l'autre partie engage sa responsabilité au sens de l'art. 41 CO⁵⁵. Selon la jurisprudence, celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit (s'il veut répondre à la question posée) donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification lourde de conséquences. Il ne doit donc pas donner sciemment d'indications fausses ni donner à la légère des indi-

cations dont la fausseté saute aux yeux, même sans un long examen. Si le fait présuppose une science, une technique ou une compétence conférant une certaine suprématie au partenaire, le devoir de celui-ci d'informer l'autre de manière exacte s'impose avec plus de sévérité⁵⁶. Ainsi, l'avocat qui, de façon insincère, certifie conforme l'état patrimonial d'un trust, certification ayant conduit un institut bancaire à octroyer à tort des crédits audit trust sans formuler de réserves particulières, peut voir sa responsabilité délictuelle engagée⁵⁷, ce qui n'est en revanche pas le cas de l'avocat ayant simplement conseillé une banque à un client accusé par la suite de blanchiment, un tel comportement ne constituant nullement une violation de ses devoirs professionnels⁵⁸.

III. Le contenu du devoir de sincérité

Il découle de l'exposé qui précède que la définition du devoir de sincérité de l'avocat en droit suisse repose avant tout sur celle de ses devoirs disciplinaires et déontologiques, lesquels se complètent et interagissent. Le droit positif quant à lui se réfère également et dans une large mesure à ce corpus de règles pour déterminer le seuil d'admissibilité de moyens de preuve ou d'attitudes en procédure. Il est alors à ce stade permis d'essayer d'ébaucher succinctement une définition – incomplète – des contours du devoir de sincérité de l'avocat, et singulièrement des limites qu'il impose à ce dernier. Cet exercice est inévitablement fonction de l'interlocuteur de l'avocat, qui ne se comportera évidemment pas de la même façon à l'égard de son client (ci-après, ch. 1), du magistrat (ci-après, ch. 2), de son confrère (ci-après, ch. 3), du public (ci-après, ch. 4), ou d'un tribunal étranger (ci-après, ch. 5), en tenant compte notamment des tensions que chacune de ces situations peut potentiellement provoquer chez l'avocat.

⁴⁷ Cf. ATF 136 IV 97, consid. 6.2.

⁴⁸ ATF 140 III 6, consid. 3.1.

⁴⁹ BOHNET/MARTENET, *op. cit.* (note 27), p. 1296 ss.

⁵⁰ Arrêt 1P.71/2007 du 12. 7. 2007, consid. 3.

⁵¹ Sur les tensions entre le droit de se taire de l'avocat et son obligation de sincérité, particulièrement dans le cadre d'une procédure disciplinaire le visant, cf. JAN VAN DROOGBROECK, *Droit au silence versus devoir de collaboration en matière disciplinaire*, *Accountancy&Tax* 2006/4, p. 9 ss.

⁵² Art. 158 CPP et art. 6 CEDH; cf. à ce sujet YVAN JEANNERET, *op. cit.* (note 29), p. 333 ss; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009, N 1602.

⁵³ VAN DROOGBROECK, *op. cit.* (note 48), p. 17.

⁵⁴ En l'occurrence, l'obligation de respecter le caractère confidentiel d'un pli transactionnel frappé des réserves d'usage: ATF 140 III 6, consid. 3.1, citant YVES RÜEDI, *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess*, 2009, p. 125 n. 256. Cf. aussi, plus généralement sur la question, BENOÎT CHAPPUIS, *Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière*, in *Le procès en responsabilité civile*, Berne 2011, p. 107-174.

⁵⁵ ATF 121 III 350, consid. 6c.

⁵⁶ Arrêt 6S.391/2002 du 23.12.2002, consid. 2.3.

⁵⁷ ATF 124 III 363, consid. 5.

⁵⁸ TPF BB.2017.33 du 4. 8. 2017, consid. 6.4.

1. À l'égard du client

Si l'avocat est tenu à la défense des intérêts de son client et se doit à ce titre en principe de suivre ses instructions en vertu de son devoir de fidélité (art. 398 al. 2 CO) – lequel lui impose notamment un devoir d'information accru –, il n'en reste pas moins en tout temps soumis de par la loi au respect de ses obligations professionnelles et déontologiques. Un effet de tension peut naître si ces deux devoirs poursuivent des exigences inverses, par exemple si le client prie son avocat d'intenter une procédure abusive, téméraire ou sur la base de pièces apparaissant irrégulières. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la responsabilité de l'argumentation en procédure pèse en effet prioritairement sinon exclusivement sur le mandataire, à tout le moins lorsque celui-ci est avocat⁵⁹, si bien que ce dernier assume une responsabilité primaire en la matière. Dans l'examen de ces questions, l'avocat doit ainsi indiquer clairement à son client, comme le rappelle utilement la Charte des principes essentiels de l'avocat européen, qu'il ne peut compromettre ses devoirs à l'égard de la cour, du tribunal et de l'administration de la justice pour présenter une affaire malhonnête au nom du client⁶⁰. De fait, s'il est le confident de son client – et soumis à ce titre à un secret professionnel absolu –, l'avocat ne doit pas être son complice. Tenu à une exigence de sincérité à son égard, il doit en pareil cas conseiller à son client de ne pas introduire d'action ou, si ce dernier est défendeur, lui donner l'avis de ne pas continuer la procédure⁶¹; en dernier lieu, il lui appartiendra de résilier le mandat, en faisant valoir son entière indépendance⁶². La seule réserve qui s'impose toutefois à lui, lorsqu'il croit devoir refuser une défense, est de n'effectuer le délaissement qu'avec une grande circonspection et sans aucune publicité. Il peut en effet se tromper et son abandon ne doit pas pouvoir être interprété comme un jugement condamnant la cause⁶³, susceptible de décourager le plaideur de trouver un autre défenseur⁶⁴.

L'avocat qui entretiendrait son client dans la fausse croyance qu'une victoire est possible dans un procès, ou qui accepterait consciemment de défendre une thèse indéfendable ou reposant sur des moyens de preuve irréguliers, s'expose sans aucun doute à un reproche d'ordre disciplinaire, sans évoquer la responsabilité civile voire pénale potentiellement engagée par ailleurs.

À l'égard de son client, l'avocat a ainsi un devoir de sincérité particulièrement étendu. Il n'est, cela étant, pas son tuteur. Si l'avocat, en tant que mandataire, doit aller à la rencontre de la volonté de son client (cf. art. 394 al. 1 et 397 al. 1 CO), il ne lui appartient pas d'essayer à tout prix de sauvegarder un patrimoine même en s'opposant à la volonté de son propriétaire⁶⁵.

2. À l'égard du magistrat

Le langage du droit n'est pas le langage de la certitude ou de la vérité absolue mais bien celui du doute fondamental que suscite la possibilité d'une telle vérité⁶⁶. Il arrive toujours un moment où la vérité matérielle, si tant est qu'elle puisse être établie, doit s'effacer devant la vérité judiciaire,

quelque imparfaite qu'elle soit, sous peine de mettre en péril la mission pacificatrice du jugement et de porter atteinte, ce faisant, au développement harmonieux des relations sociales⁶⁷. Dans le contexte d'une procédure judiciaire, le rôle de l'avocat est partant d'informer, dans le respect et les limites des règles de procédure applicables, le magistrat, et non de l'induire en erreur⁶⁸. Le juge ne peut évidemment exiger que l'avocat ait à son égard une obligation de dévoiler la *vérité absolue*, mais uniquement qu'il l'aide à découvrir la *vérité judiciaire*, dans le respect des règles légales⁶⁹. L'avocat ne doit pas non plus se mettre à la place du juge⁷⁰, sinon pour comprendre ce que celui-ci comprend et est disposé à admettre. Sa mission est de défendre la vérité subjective que lui inspire, en conscience et en sincérité, la connaissance du dossier et du droit. Dans ce cadre, l'avocat ne devrait dire que des choses vraies – au sujet de faits de procédure ou lorsqu'il allègue des faits qui relèvent de la matière du procès – et n'utiliser que des moyens juridiquement défendables⁷¹. C'est au juge seul qu'il appartient de découvrir et d'établir la vérité judiciaire. C'est précisément l'objet et le but du débat contradictoire⁷².

Il appartient à l'avocat de choisir les *pièces à produire* parmi celles lui ayant été remises, sous le sceau du secret, par son client. Si une pièce devait établir sans aucune contestation possible l'absence de bien-fondé de la prétention du client alors il doit en conférer avec son mandant et procéder comme suggéré ci-dessus⁷³, et, le cas échéant, selon les circonstances présentes, se départir du mandat. L'avocat qui fait usage des pièces dont il connaît le caractère douteux peut en effet se voir recherché pour complicité de faux dans les titres (art. 251 CP) ou escroquerie au procès (art. 146 CP)⁷⁴. On rappelle encore qu'en matière de titres, l'art. 160 al. 1 let. b CPC prévoit que les documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat n'ont pas à être produits. À l'égard de la *jurisprudence*, il est permis de penser que mieux vaut

59 Arrêt 7B.216/2004 du 16.12.2004, consid. 3.4, où une amende d'ordre de 600 francs pour témérité ayant été infligée directement au conseil des recourants a été confirmée.

60 Charte des principes essentiels de l'avocat européen du 24.11.2006, p. 9 et 10.

61 GOFFIN, *op. cit.* (note 3), ch. 16 p. 266.

62 CHAPPUIS, *op. cit.* (note 6), p. 168.

63 CHRISTE, *op. cit.* (note 7), p. 185.

64 GARÇON, *op. cit.* (note 9), p. 97.

65 Arrêt 4C.336/2001 du 22.1.2002, consid. 3b.

66 PATRICK VASSART, Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat, in Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, tome II, Bruxelles 1986, p. 860-861.

67 ATF 127 III 496, consid. 3b.

68 GOFFIN, *op. cit.* (note 3), ch. 5 p. 265.

69 GOFFIN, *op. cit.* (note 3), ch. 11 p. 266.

70 HAMELIN, *op. cit.* (note 13), p. 567.

71 WALTER FELLMANN/GAUDENZ ZINDEL, Kommentar zum Anwalts-gesetz, Zurich 2005, note 37, ad art 12.

72 GOFFIN, *op. cit.* (note 3), ch. 13 p. 266.

73 Cf. pt III.1.

74 ATF 122 IV 97, cité par BOHNET/MARTENET, *op. cit.* (note 27), p. 1303.

établir des avis de droit, ou même simplement à confirmer à son correspondant étranger certains faits de procédure («affidavit» par exemple) ou encore le contenu du droit suisse applicable à destination du juge étranger. Le Tribunal fédéral a à ce sujet considéré qu'il n'y avait rien d'arbitraire à considérer que la preuve du dépôt, en Italie, d'un recours en cassation visant l'arrêt dont l'exequatur était requis ne résultait pas déjà de la simple affirmation faite à ce sujet par l'avocat d'une partie⁸³. Il n'a toutefois pas exclu que la solution inverse soit elle aussi simplement défendable.

Indépendamment de ses devoirs de mandataire et de l'appréhension de son comportement par le droit étranger en cause, l'avocat doit également faire preuve de sincérité dans ce cadre. S'il lui est interdit de mentir au juge suisse, l'avocat doit *a fortiori* faire preuve de retenue à l'égard du juge étranger, étant rappelé que sa «suprématie» scientifique lui impose alors un devoir de sincérité d'autant plus exigeant et sévèrement jugé⁸⁴, et cela même s'il n'engage pas pour autant sa responsabilité pénale au regard du droit suisse⁸⁵. Il ne peut donc pas, par exemple, établir un avis de droit de complaisance ou attester de conséquences juridiques erronées ou même douteuses sans en exposer précisément les tenants et aboutissants. Par exemple, l'avocat suisse qui attesterait faussement qu'un acte de procédure formé en Suisse déploierait un effet suspensif, afin d'obtenir du juge ou d'une autorité étrangers – *a fortiori* dans un pays appartenant au *common law* – une décision allant dans un certain sens, viole à notre sens son obligation de sincérité, et partant l'art. 12 let. a LLCA.

IV. Conclusion

Chacun des divers emplois judiciaires a sans doute ses caractères particuliers et ses exigences propres, mais tous réclament autant de conscience que de science⁸⁶. La profession d'avocat comporte une lutte quotidienne. Il s'agit de défendre une personne ou un droit, de pourfendre l'arbitraire, de démasquer l'imposture ou d'attaquer un puissant qui abuse de son pouvoir⁸⁷. Les propos tenus par un avocat sont revêtus d'une certaine autorité et sont, à première vue, pris au sérieux⁸⁸. La sincérité, si elle n'exclut évidemment pas l'erreur, est ainsi un devoir d'où naît cette autorité vitale à l'avocat: la crédibilité. L'essentiel est de ne jamais plaider que ce qu'on croit, de ne jamais mentir aux autres après s'être complaisamment menti à soi-même sous quelque prétexte que ce soit⁸⁹, sous peine de devenir un «fantôme muet»⁹⁰.

À travers la définition de l'exigence de sincérité de l'avocat, c'est aussi l'indispensable devoir d'indépendance de l'avocat, sans laquelle la dignité de la profession devient illusoire⁹¹, qui surgit au premier plan. Elle doit protéger – libérer – le plaideur du client toxique comme du magistrat indélicat. Mais aussi, garante d'équilibre, assurer que nul n'oublie, à aucun moment, que la vocation de l'avocat consiste aussi à préserver et défendre la marge, parfois ténue mais souvent irréductible, séparant la vérité judiciaire de l'indéfinissable, voire redoutable, vérité⁹².

Corollairement, le respect de cette obligation devrait permettre à ce dernier, qui ne cesse d'être toujours plus exposé personnellement dans la conduite de ses mandats, d'être alors protégé dans son ministère. Ainsi, l'avocat qui rédige une réquisition de poursuite⁹³ ou sollicite la production d'un extrait d'une fiche de renseignements de police concernant une partie adverse⁹⁴ tout en demeurant sincère ne devrait en principe pas être exposé trop facilement à des reproches. L'obligation de sincérité de l'avocat, figure à ce jour peu développée en droit suisse, se prête en définitive bien à la définition de l'avocat soucieux du respect de son serment. Dans ce sens, elle marque son adhésion au contrat social que constitue l'organisation légale et disciplinaire de la profession d'avocat: celui-là même qui l'oblige à éviter tout ce qui pourrait affaiblir le respect qu'il doit inspirer. Elle apporte ainsi un nécessaire – pour ne pas dire indispensable – besoin de transcendance, dans un monde judiciaire à la porte duquel sonne aujourd'hui la dérégulation disruptive, impersonnelle et robotique.

Le respect par l'avocat de son obligation de sincérité participe ce faisant à la réalisation de l'exigence d'une haute morale à notre profession – justification entre autres de la garantie du secret professionnel, laquelle ne saurait être définitivement tenue pour acquise –, comme le résumait avec pertinence MAURICE GARÇON en 1963⁹⁵: «L'exercice de la profession est indivisible de la recherche continue de solutions morales. Sans elles, l'avocat ne tiendrait qu'un comptoir où il brasserait des affaires. Sans doute ses activités réduites au seul souci matériel pourraient quelquefois être utiles mais il perdrait une partie de ce qui fait la noblesse de son état. Il en arriverait de transactions en transactions avec lui-même à des accommodements qui lui ôteraient une partie de sa dignité et ne mériteraient plus le respect qu'une tradition vieille de plusieurs siècles lui a fait acquérir. Dans la cité, il ne jouirait plus du prestige que la rigueur de ses scrupules ont fait conférer à sa profession».

⁸³ Arrêt 4A_455/2009 du 29.10.2009, consid. 4.2.3.

⁸⁴ Arrêt 6S.391/2002 du 23.12.2002, consid. 2.3; cf. aussi ci-dessus II.3.

⁸⁵ Arrêt 6B_961/2017 du 18.1.2018 (destiné à publication au RO), consid. 2.2.

⁸⁶ HAMELIN, *op. cit.* (note 13), p. 568.

⁸⁷ CHRISTE, *op. cit.* (note 7), p. 188.

⁸⁸ RJN 2005 p. 284, 289; cf. toutefois aussi arrêt 4A_455/2009 du 29.10.2009, consid. 4.2.3.

⁸⁹ GARÇON, *op. cit.* (note 9), p. 57-58.

⁹⁰ CHRISTIAN CHARRIÈRE-BOURNAZEL, L'avocat et la vérité, in La voix du juriste, in <https://lavoixdunjuriste.com/2015/05/08/lavocat-et-la-verite/comment-page-1/>.

⁹¹ CHRISTE, *op. cit.* (note 7), p. 186.

⁹² PATRICK VASSART, *op. cit.* (note 63), p. 861.

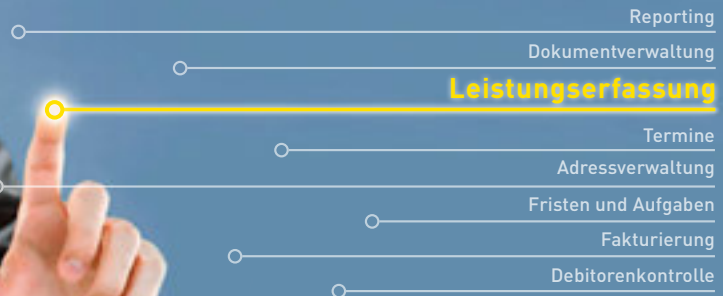
⁹³ Sur la problématique: Revue de l'Avocat 3/2017, p. 127 ss.

⁹⁴ Arrêt 4D_42/2015 du 3.11.2015, consid. 4; cf. BENOÎT CHAPPUIS/URSULA CASSANI, L'instigation à un acte illicite par un avocat, Revue de l'Avocat 9/2017 p. 385 ss, qui mettent avec raison en évidence le risque de «paralyser l'avocat dans ses démarches» (p. 391).

⁹⁵ GARÇON, *op. cit.* (note 9), p. 210.



PLATO



Die smarte Gesamtlösung für Ihre digitale Kanzlei.

Anwälte und Notare sind sich einig: Mit PLATO können administrative Aufwände auf ein angenehmes Minimum reduziert werden. Die moderne und einfach zu bedienende Software für Leistungserfassung, Verwaltung von Dokumenten, Terminen, Aufgaben und Fristen lässt sich perfekt an Ihre Bedürfnisse anpassen. Mit PLATO aus der ALL CLOUD nehmen wir Ihnen den Betrieb der IT Infrastruktur für Ihre Lösung ab. Verlangen Sie unsere Referenzliste oder rufen Sie uns an: Tel. 0848 733 733.



ALL CONSULTING AG | Schuppisstr. 10 | 9016 St.Gallen | www.all-consulting.ch | info@all-consulting.ch | Tel. 0848 733 733

Le premier ouvrage annoté de procédure administrative genevoise



Code annoté de procédure administrative genevoise

LPA/GE et lois spéciales

Stéphane Grodecki, Romain Jordan

Juin 2017, CHF 108.–

430 pages, broché, 978-3-7272-8994-1

Pour la première fois, un ouvrage annoté de procédure administrative genevoise présente, de façon systématique et pratique, la jurisprudence cantonale et fédérale rendue sur la loi genevoise de procédure administrative, mais également sur les principales dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires pertinentes.

Dans une optique résolument pratique s'adressant tout autant aux magistrats, aux administrations, aux avocats et à tout praticien de la procédure administrative genevoise, le présent ouvrage dégage les principes jurisprudentiels illustrés de nombreux exemples.

Commandez directement en ligne :
www.staempflishop.com

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com