

[2501] Extrait de l'arrêt de la II^e Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause A. contre B. (recours en matière civile) 5A_485/2020 du 25 mars 2021; zur Publikation bestimmt

Art. 49 Cst.; art. 59 al. 1, 124 al. 1, 132 CPC; art. 12 lit. c LLCA; Conflits d'intérêts de l'avocat; absence de capacité de postuler; compétence du tribunal du fond

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. Pour l'acte introductif d'instance, la capacité de postuler est en outre une condition de recevabilité de la demande selon l'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). 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.

Art. 49 BV; Art. 59 Abs. 1, 124 Abs. 1, 132 ZPO; Art. 12 lit. c BGFA; Interessenkonflikt des Rechtsanwalts; fehlende Postulationsfähigkeit; Zuständigkeit des Sachgerichts
Im Zivilprozess soll die Entscheidung über die Postulationsfähigkeit des Anwalts den ordentlichen Prozessablauf sicherstellen. Entsprechend handelt es sich dabei um eine prozessleitende Verfügung i.S.v. Art. 124 Abs. 1 ZPO. Im Zusammenhang mit der Prozesseinleitung ist die Postulationsfähigkeit überdies eine Prozessvoraussetzung gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO. Wird einem Anwalt die Postulationsfähigkeit abgesprochen, so ist der betroffenen Partei Frist zur Verbesserung des Mangels anzusetzen (Art. 132 ZPO analog). Daraus folgt wiederum, dass in einem hängigen Verfahren nicht etwa die Aufsichtsbehörde über die Postulationsfähigkeit entscheiden muss, sondern entweder das in der Sache zuständige Gericht oder, bei entsprechender Delegation, ein Mitglied dieses Gerichts (Art. 124 Abs. 2 ZPO).

Art. 49 Cost.; art. 59 cpv. 1, 124 cpv. 1; 132 CPC; art. 12 lit. c LLCA; Conflitti d'interesse dell'avvocato; assenza di capacità di postulare; competenza del tribunale competente nel merito della causa

In procedura civile, la decisione sulla capacità di postulare dell'attore ha per oggetto di garantire il buon andamento del processo. Essa rientra pertanto nella categoria delle decisioni relative alla condotta del processo ai sensi dell'art. 124 CPC.

Per quanto riguarda l'atto introduttivo di causa, la capacità di postulare è inoltre una condizione di ricevibilità dell'azione secondo l'art. 59 cpv. 1 CPC. Pertanto, se la capacità di postulare è negata all'avvocato, dev'essere fissato un termine alla parte toccata per rimediare all'irregolarità (art. 132 CPC per analogia). Ne consegue che, nel contesto di una procedura pendente, l'autorità che deve statuire sulla capacità di postulare dell'avvocato è il tribunale competente nel merito della causa o, per delega, un membro di quel medesimo tribunale (art. 124 cpv. 2), ad esclusione dell'autorità di sorveglianza sugli avvocati.

1.1 La décision attaquée se prononce sur la compétence de l'autorité cantonale pour statuer sur la requête visant à l'interdiction de postuler signifiée à un avocat.

1.2 Le Tribunal fédéral examine la décision sur la capacité de postuler de l'avocat dans le cadre de la voie de recours ouverte dans la matière en cause (arrêts 2C_642/2011 du 20 février 2012 consid. 1.2, non publié aux ATF 138 II 162, publié in Pra 2012 p. 743; 1B_434/2010 et 1B_566/2011 du 14 novembre 2011 consid. 3; cf. aussi arrêts 4A_349/2015 du 5 janvier 2016 consid. 1.1; 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 consid. 1.2). Dès lors qu'il s'agit en l'espèce d'une procédure civile, c'est la voie du recours en matière civile qui est ouverte, en application des art. 72 ss LTF.

1.3

1.3.1 Le recours en matière civile est recevable contre les décisions qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF), les décisions partielles (art. 91 LTF) ainsi que les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation (art. 92 al. 1 LTF). Les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF).

1.3.2 A teneur de l'art. 92 al. 1 LTF, les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence peuvent faire l'objet d'un recours.

La loi requiert que la décision soit notifiée séparément, et donc indépendamment du jugement au fond. Pour qu'une décision puisse être qualifiée de décision incidente sur la compétence au sens de l'art. 92 al. 1 LTF, il faut que la question de la compétence soit effectivement et définitivement tranchée (ATF 144 III 475 consid. 1.1.2; arrêt 4A_264/2018 du 7 juin 2018 consid. 2.1 et les références).

Tel n'est pas le cas de la décision par laquelle un tribunal rejette une demande tendant à limiter la procédure à la question de sa compétence, même si le refus repose sur la théorie des faits doublement pertinents (arrêt 4A_619/2020 du 17 février 2021 consid. 3, destiné à la publication). Tel ne l'est pas non plus de la décision rendue dans une procédure de mesures provisionnelles dépendante, par laquelle le juge saisi de la requête refuse d'entrer en matière faute de compétence. En effet, dans cette situation, le tribunal peut revoir sa décision sur la compétence dans le cadre de la procédure au fond et le demandeur se trouve dans la même situation que celui dont la requête est rejetée, en ce sens que la mesure provisionnelle n'est pas ordonnée (ATF 144 III 475 consid. 1.1). Il s'agit donc là de décisions incidentes au sens de l'art. 93 LTF, et non de l'art. 92 LTF.

1.3.3 En l'espèce, l'autorité cantonale est entrée en matière sur la requête préalable du recourant tendant à l'interdiction de postuler de l'avocat de l'intimée. Elle a rendu une décision d'irrecevabilité, en vertu de laquelle elle a tranché effectivement et définitivement sa compétence sur ce point du litige. En effet, les questions dont elle est encore saisie relativement à l'inventaire civil de la succession ne l'amènent plus à se pencher sur celle de sa compétence pour statuer sur la capacité de pos-

tuler de l'avocat. Il s'agit donc d'une décision incidente au sens de l'art. 92 LTF, susceptible d'un recours immédiat.

(...)

3. Pour déterminer si elle était compétente pour statuer sur une requête visant à interdire au conseil d'une partie de postuler, la cour de justice a examiné la norme constitutionnelle et les dispositions légales pertinentes (art. 49 al. 1 Cst.; 59 CPC; 12 et 34 al. 1 LLCA; 43 de la loi genevoise sur la profession d'avocat [RS/GE E 6 10; ci-après: LPAV/GE]), la jurisprudence fédérale et cantonale ainsi que la doctrine. Se fondant sur les arrêts publiés aux ATF 138 II 162 et 135 II 145, ainsi que sur l'arrêt 2C_755/2010 du 10 décembre 2010 et différents auteurs, elle a considéré que, en l'absence d'une disposition du CPC exhaustive et univoque à cet égard, les cantons demeureraient habilités à légiférer sur la compétence des autorités de surveillance des avocats pour statuer sur les situations de conflit d'intérêts et à prononcer une éventuelle interdiction de postuler. Elle a alors jugé que l'art. 43 al. 3 LPAV attribuait à la Commission du barreau le pouvoir de prononcer des injonctions destinées à imposer à l'avocat le respect des usages professionnels, parmi lesquelles figurait le respect de l'interdiction d'agir en cas d'existence d'un conflit d'intérêts, de sorte que cette commission était compétente pour se prononcer sur la capacité de postuler de l'avocat. La requête préalable du recourant était par conséquent irrecevable.

4. Le recourant se plaint tout d'abord de la violation arbitraire de l'art. 118a de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (RS/GE E 2 05; ci-après: LOJ/GE).

4.1 Il reproche à l'autorité cantonale de n'avoir pas procédé à un échange de vues avec la Chambre administrative de la cour de justice avant de rendre l'arrêt attaqué, alors que celui-ci s'écarte de la jurisprudence de cette chambre.

4.2 En l'espèce, la norme cantonale invoquée instaure un mécanisme pour assurer la constance et l'unité de la jurisprudence. En revanche, elle ne confère aucun droit au justiciable, de sorte que le recourant ne peut pas s'en prévaloir.

Le grief doit donc être rejeté, de même que, pour autant que recevable, celui de violation de l'art. 9 Cst. dans l'établissement des faits que le recourant soulève également en lien avec cette critique.

5. Le recourant se plaint de la violation des art. 30 Cst. et 49 al. 1 Cst. (en lien avec les art. 122 Cst. et 4, 59 al. 2 let. c, 60 et 124 CPC), ainsi que d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application des art. 12, 14, 17 et 34 al. 1 LLCA. Il soutient que la capacité de postuler de l'avocat est une question relevant de la recevabilité qui doit être tranchée par l'autorité saisie du fond du litige, sans possibilité de délégation à une autre autorité (art. 59 al. 2 let. c et 60 CPC). S'appuyant à son tour sur plusieurs auteurs, il affirme ensuite que la position de l'autorité cantonale relève d'une doctrine minoritaire.

6. La question qui se pose est de savoir si l'interprétation selon laquelle l'art. 43 al. 3 LPav/GE fonde la compétence de la Commission du barreau pour se prononcer

sur la capacité de postuler d'un avocat dans une procédure civile pendante 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; 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 LLCA, 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 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, in 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, publié 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 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 1^{er} 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, in *Revue de l'avocat* 2012 p. 316 ss [320 s.]; CHAPPUIS, in *La profession d'avocat*, tome I, 2^e éd., 2016, p. 151 s.; JORDAN, Conflit d'intérêts de l'avocat et compétence, in *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, in 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 in-

stituée 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 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, in RSJ 110/2014 p. 234 ss [236]; FELLMANN, Anwaltsrecht, 2^e éd. 2017, n° 691; FELLMANN/BURGER, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, in 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, in 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 (cp. 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. 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.

NOTE

François Bohnet et Marie-Laure Percassi, doctorante et collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel

L'autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat en cas de conflit d'intérêts

L'arrêt 5A_485/2020, destiné à publication, tranche une question controversée dans la doctrine et connaissant des solutions législatives variées: celle de savoir qui, du tribunal en charge de l'affaire ou de l'autorité de surveillance des avocats, a la compétence de se prononcer dans une procédure civile sur la capacité de postuler d'un avocat à qui l'on reproche d'être pris dans un conflit d'intérêts.

L'arrêt concerne une affaire genevoise dans laquelle la Cour de justice a considéré que la Commission du barreau (qui est l'autorité de surveillance des avocats dans le canton de Genève; voir art. 14 LPav/GE) était compétente en procédure civile pour se prononcer sur cette question. A noter que la même Cour avait estimé en 2018 que cette compétence appartenait au tribunal en charge de la procédure (arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/1318/2018 du 25 septembre 2018 consid. 2).

Le Tribunal fédéral, saisi d'un recours contre l'arrêt de la Cour de justice de Genève, retient que la compétence de statuer revient à l'autorité saisie de l'affaire au fond et annule la décision attaquée. Cet arrêt s'inscrit dans la logique du CPC en matière de capacité de postuler.

Le Tribunal fédéral retient que l'avocat pris dans un conflit d'intérêts ne dispose plus de cette capacité (consid. 6.1.3 ci-dessus; voir notamment ATF 138 II 162 consid. 2.5.1; arrêt du TF 4A_349/2015 du 5 janvier 2016 consid. 1.3). Celle-ci peut être définie comme la capacité d'accomplir, sur le plan formel, les actes de procédure (BOHNET, Les parties et leur capacité [d'être partie, d'ester et de postuler] en procédure civile suisse: clarifications terminologiques et dogmatiques, RSPC 1/2018 p. 69 ss, 82). Il s'agit d'un attribut qui doit posséder toute personne qui souhaite représenter conventionnellement une partie en procédure. Si le représentant ne dispose pas de la capacité de postuler, les actes de procédure qu'il effectue ne sont pas recevables (voir consid. 6.2.1 et 6.3 ci-dessus, où le Tribunal fédéral souligne

que la capacité de postuler est une condition de recevabilité au sens de l'art. 59 CPC). Cette problématique est donc de nature procédurale et il est logique que le tribunal en charge de l'affaire puisse se prononcer sur ce point. Sa compétence se fonde alors sur l'art. 60 CPC lors du dépôt d'une demande ou d'une requête, et sur l'art. 124 CPC dans les autres cas – par exemple si l'incapacité de postuler survient en cours de procédure. Soulignons également que la décision constatant qu'un avocat n'a pas la capacité de postuler en raison d'un conflit d'intérêts n'est pas une sanction disciplinaire (ATF 138 II 162 consid. 2.5.1).

Cet arrêt 5A_485/2020 permet ainsi d'avoir une règle uniforme en procédure pénale et en procédure civile. Le Tribunal fédéral avait déjà jugé à plusieurs reprises en procédure pénale que l'autorité saisie du cas était compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat (ATF 141 IV 257 consid. 2.2; arrêt du TF 1B_191/2020 du 26 août 2020 consid. 2; arrêt du TF 1B_582/2019 du 20 mars 2020 consid. 4; cf. consid. 6.2.2 ci-dessus).

Seule une approche conceptuellement différente de la conséquence d'un manque d'indépendance ou d'un conflit d'intérêts pourrait justifier la solution retenue par le droit genevois (ou vaudois; voir arrêt du TC/VD GE. 2020.0168 du 30 novembre 2020 consid. 1 et les réf.). Il faudrait en effet retenir, contrairement aux principes posés par le Tribunal fédéral, que l'avocat souffrant d'un tel manque d'indépendance ou pris dans un conflit ne perd pas sa capacité de postuler, tant et aussi longtemps en tout cas que l'autorité de surveillance ne lui aurait pas fait interdiction de s'occuper d'une affaire. Chacune des deux conceptions a ses avantages et ses inconvénients. La solution du Tribunal fédéral sert l'économie de procédure. Elle évite de devoir suspendre la procédure dans l'attente qu'une autre autorité prenne connaissance du cas et se prononce sur la capacité de postuler de l'avocat. Mais elle suscite des difficultés quant aux informations qu'il faut partager avec l'autorité saisie du fond et elle peut parfois aboutir à des incohérences, lorsque l'autorité de surveillance ne partage pas, sur le plan disciplinaire, la solution retenue par le juge en procédure.

Suite à cette décision, et à moins d'une révision législative sur le plan fédéral, Genève et le canton de Vaud devront adapter leur pratique. A noter que dans le canton de Zurich, l'*Obergericht* a laissé cette question ouverte tout en insinuant que la compétence de se prononcer en procédure civile sur la capacité de postuler en cas d'allégation de conflit d'intérêts devrait revenir à l'autorité de surveillance des avocats (arrêts de l'OG/ZH RT190155 et RT190156 du 12 février 2020 consid. 3.1).