

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4321/2016-PROF

ATA/283/2017

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 14 mars 2017**

dans la cause

**Monsieur A**\_\_\_\_\_

contre

**COMMISSION DU BARREAU**

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_

représenté par Me Grégoire Mangeat, avocat

---

## EN FAIT

1. Le 15 octobre 2015, le Ministère public du canton de Genève a ouvert une procédure pénale à la suite du dépôt d'une plainte par les sociétés internationales C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ (P/\_\_\_\_\_/2015) des chefs d'escroquerie, d'abus de confiance, de gestion déloyale, de blanchiment aggravé et d'infractions à la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD - RS 241). Les sociétés plaignantes étaient notamment assistées par Me A\_\_\_\_\_, avocat à Genève, qui s'est constitué le 15 octobre 2015.
2. Dans le cadre de cette procédure, Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après : le prévenu) a été mis en prévention des infractions pénales précitées par décision du Ministère public du 23 novembre 2015.
3. Le 3 juin 2016, Me Grégoire MANGEAT s'est constitué pour la défense du prévenu.
4. Lors d'une audience du 7 juin 2016 devant la procureure chargée de la procédure, le prévenu a fait valoir un conflit d'intérêts potentiel de Me A\_\_\_\_\_, en rapport avec un mandat qu'il avait conduit en sa faveur préalablement. Il a réitéré ce grief lors d'une audience du 17 juin 2016 après que son avocat ait reçu de l'étude de Me A\_\_\_\_\_ le dossier dudit mandat.
5. Le 7 juin 2016, la procureure a imparti un délai de dix jours aux parties pour se déterminer au sujet de ce conflit d'intérêts.
6. Le 10 juin 2016, le conseil du prévenu a informé la procureure qu'il entendait saisir la commission du barreau instaurée par l'art. 14 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10) - (ci-après : la commission) de la question du conflit d'intérêts, dans les plus brefs délais, dès lors que celle-ci était l'instance compétente pour connaître de ce litige, conformément à l'art. 43 al. 3 LPAv. Si le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la possibilité d'une autre solution, la jurisprudence cantonale avait continué de considérer la commission comme seule compétente pour imposer une interdiction de postuler, y compris dans les procédures soumises au Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0) depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011. En l'occurrence, s'agissant de trancher un conflit d'intérêts d'un avocat en rapport avec un ancien mandat, cette solution était la seule permettant de garantir le respect des droits du client. En effet, l'examen de cette question impliquait de dévoiler des détails sur un mandat ancien qui ne concernait en rien la procédure pénale en cours. Obliger les parties à exposer son contenu exact devant le Ministère public violerait clairement le droit au secret professionnel de l'avocat.

7. Le 15 juin 2016, la procureure a indiqué à l'avocat qu'elle se considérait compétente, en tant que direction de la procédure pénale, pour statuer sur l'éventuel conflit d'intérêts d'un avocat intervenant dans une procédure pénale. Cette compétence avait été confirmée par la chambre pénale de recours de la Cour de justice (ci-après : CPR), dans un arrêt du 9 novembre 2015.
8. Le 16 juin 2016, le conseil du prévenu a contesté la compétence du Ministère public. Celui-ci était partie à une procédure pénale. Lui confier la charge de statuer sur un conflit d'intérêts reviendrait à donner cette mission à l'adversaire procédural de l'avocat, ce qui n'était pas acceptable. Il se référait à un arrêt du 3 décembre 2015 de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), qui avait confirmé une décision de la commission du barreau en matière de conflit d'intérêts.
9. Le 17 juin 2016, le prévenu s'est déterminé sur le conflit d'intérêts dont il se prévalait. Me A\_\_\_\_\_ avait eu une activité en sa faveur entre le 25 mai 2012 et le 30 novembre 2012. Cette activité avait porté sur des questions patrimoniales, fiscales, ainsi que de restructuration du patrimoine. Le mandat s'était exercé en faveur de sa compagne, de son enfant et de lui-même. Me A\_\_\_\_\_ et son étude avaient pu, par le biais de ce mandat, connaître tous les détails les plus sensibles de sa situation patrimoniale. Il existait un risque évident qu'agissant pour le compte de la partie plaignante, cet avocat fasse usage des informations apprises dans le cadre de son ancien mandat. Pour ces raisons, il devait lui être interdit de postuler à la défense des intérêts de la partie plaignante. En raison de la « double casquette » que portait le Ministère public au cours d'un procès pénal, il serait tout sauf sain de lui accorder la compétence de trancher la question du conflit soulevé. Il aurait ainsi connaissance de faits non seulement couverts par le secret, mais encore ne concernant en rien la procédure. D'un côté, la CPR avait admis la compétence du Ministère public. D'un autre côté, la chambre administrative reconnaissait et confirmait les décisions rendues par la commission du barreau qui enjoignaient aux avocats de cesser de représenter un mandant en présence de conflits d'intérêts. Le Tribunal fédéral n'avait pas tranché effectivement cette question. Il convenait de différencier la situation de l'avocat chargé de la défense de plusieurs co-prévenus, de celui qui se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts en raison d'un ancien mandat. Dans ce deuxième cas, c'était à la commission du barreau que revenait le rôle de trancher le différend.
10. Le 23 juin 2016, Me A\_\_\_\_\_ a écrit à la procureure. Par courrier du 10 juin 2016, Me MANGEAT lui avait fait interdiction, sous la menace des peines des art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) et 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61), de dévoiler toute information relative à l'ancien mandat qui l'avait lié au prévenu. Il avait soumis à ce dernier par pli séparé son projet d'observations avec une demande de levée de son secret limitée à cette écriture.

11. Le 28 juin 2016, le conseil du prévenu a refusé toute levée du secret professionnel, dès lors qu'il considérait que les informations relatives au premier mandat n'avaient pas à être portées à la connaissance de l'accusation. En revanche, Me A\_\_\_\_\_ serait délié du secret pour tout ce qui relevait de la procédure qui se déroulait devant la commission.
12. Le 28 juin 2016, Me A\_\_\_\_\_ a écrit à la procureure. Dans la mesure où son client lui faisait interdiction d'évoquer le mandat ancien, il n'avait pas d'autre choix que de saisir la commission d'une levée du secret professionnel. Il constatait que le prévenu avait choisi de ne produire aucun élément de preuve à l'attention de la procureure pour étayer les conflits dont il se prévalait, en se contentant d'allégations qui n'appartenaient qu'à lui-même et qui ne correspondaient pas à la réalité. La procureure devait retenir que le conflit d'intérêts n'avait pas été prouvé et rejeter la requête.
13. Le 30 juin 2016, le conseil du prévenu a écrit à la procureure. Son mandat ne refusait aucunement de collaborer. Il estimait simplement que des informations plus détaillées n'avaient pas à être portées à la connaissance de l'accusation. Il transmettrait toutes les preuves à l'appui de ses dires à la commission lorsque cette dernière serait amenée à trancher le conflit d'intérêts. L'avocat prenait en exemple un des volets de l'ancien mandat confié par le prévenu à l'étude de Me A\_\_\_\_\_, qui portait sur une question fiscale. Le fait de s'être penché sur cette question impliquait que Me A\_\_\_\_\_ disposait d'un certain nombre d'informations relatives à la situation patrimoniale du prévenu, qui fondaient le conflit d'intérêts.
14. Le 1<sup>er</sup> juillet 2016, Me A\_\_\_\_\_ a sollicité de la commission qu'elle le délie du secret professionnel pour transmettre à la procureure le projet de détermination qu'il avait préparé.
15. Le 1<sup>er</sup> juillet 2016, par ordonnance sur la capacité de postuler, la procureure a constaté l'absence de conflit d'intérêts et a confirmé la capacité de Me A\_\_\_\_\_ de postuler.
16. Le 7 juillet 2016, le bureau de la commission a rejeté la requête de Me A\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> juillet 2017.
17. Le 14 juillet 2016, le prévenu a recouru auprès de la CPR contre l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2016.
18. Le 18 juillet 2016, la CPR a refusé de prendre des mesures à titre provisionnel. A priori, le Ministère public avait la compétence pour prendre la décision querellée. Elle se référait à son arrêt de principe du 2 novembre 2015 (ACPR/586/2015).

À ce jour, la CPR n'a pas encore statué sur le fond du litige.

19. Le 26 juillet 2016, le prévenu a saisi la commission d'une requête en incapacité de postuler pour cause de conflit d'intérêts, dirigée contre Me A\_\_\_\_\_. Il lui demandait de constater le conflit d'intérêts, et de lui faire interdiction, ainsi qu'aux associés et collaborateurs de l'étude E\_\_\_\_\_ de postuler. Il se référait aux faits rappelés ci-dessus.

Le précédent mandat de l'avocat, à la base du conflit d'intérêts, portait sur des questions patrimoniales, fiscales et de structuration du patrimoine. Il avait porté sur la situation patrimoniale propre du prévenu, mais aussi sur celle de tierces personnes. L'exécution du mandat avait impliqué des démarches auprès d'autorités fiscales, mais aussi l'analyse de structures patrimoniales et de conseils concernant la structure dudit patrimoine et sa gestion. Sur ces différents aspects, le prévenu a soumis à la commission différentes pièces relatives à l'exécution du mandat de Me A\_\_\_\_\_, qui n'avaient pas été soumises au Ministère public et il a détaillé la façon dont la relation de mandat s'était déroulée jour après jour.

Il existait un lien entre le précédent mandat conduit par Me A\_\_\_\_\_ et la procédure pénale en cours, dans la mesure où les infractions qui lui étaient reprochées étaient de nature économique, et qu'elles avaient été commises, selon l'accusation, entre 2010 et 2015. Dans la plainte pénale à l'origine de la procédure P/\_\_\_\_\_/2015, les sociétés plaignantes avaient fait état de biens immobiliers se trouvant sous la maîtrise du prévenu en exploitant ainsi des connaissances acquises par Me A\_\_\_\_\_ au cours de son mandat antérieur. Elles avaient invoqué des pistes d'investigations, et sollicité des auditions de personnes dont l'identité ne pouvait avoir été connue qu'au travers de l'exécution dudit mandat.

En l'espèce, l'existence d'un conflit d'intérêts était indéniable. Celui-ci survenait dès qu'il y avait la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat en faveur d'un tiers, les connaissances acquises antérieurement et couvertes par le secret professionnel, lors d'un premier mandat. Ces conditions étaient réalisées. La teneur de la plainte déposée contre le prévenu révélait des éléments issus des connaissances acquises par l'avocat sur son ancien client. Il y avait un lien de connexité entre les deux affaires en raison de la nature économique des infractions reprochées. Le conflit d'intérêt de Me A\_\_\_\_\_ devait être admis et il devait lui être fait interdiction de postuler, ainsi qu'aux collaborateurs de l'étude E\_\_\_\_\_.

20. Me A\_\_\_\_\_ s'est déterminé le 12 septembre 2016. Il concluait au rejet de la requête. La démarche du prévenu faisait partie de diverses manœuvres obstructives visant à bloquer l'avance de la procédure pénale. La compétence de la direction de la procédure pour trancher d'éventuels conflits d'intérêts était exclusive en matière pénale, ce que les autorités judiciaires des cantons voisins admettaient également. Il en allait de même des procureurs fédéraux, lorsque la direction de la procédure lui revenait. Il n'était pas admissible de laisser au

prévenu la possibilité de soulever un prétendu conflit d'intérêts à l'encontre du conseil d'une partie sans se prévaloir d'aucune preuve. Le CPP prévoyait une procédure, celle des scellés, qui visait précisément à éviter que la direction de la procédure n'ait accès à des informations protégées par le secret professionnel. Il revenait à M. B\_\_\_\_\_ d'agir par cette voie. Ne l'ayant pas fait, il ne pouvait critiquer le fait que le Ministère public ait pris une décision sans disposer de l'ensemble des éléments pertinents pour l'appréciation du prétendu conflit d'intérêts. La commission ne pouvait se pencher sur un conflit d'ores et déjà soumis à l'examen d'une autre autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure toujours pendante. Même s'il fallait faire abstraction de la compétence désormais exclusive de la direction de la procédure pour trancher une situation de conflit potentiel d'intérêts, il fallait à tout le moins retenir que la saisine du Ministère public emportait litispendance et qu'elle constituait un obstacle absolu à ce qu'une autre autorité soit saisie par la suite de la même affaire.

Juridiquement, il était acquis, depuis l'entrée en vigueur du CPP, qu'il revenait à la direction de la procédure de statuer sur la capacité de postuler des avocats. C'était ce constat qui avait conduit la CPR à admettre un tel fait dans son arrêt du 2 novembre 2015. Cette compétence de la direction de la procédure tenait également au fait que la LLCA ne prévoyait pas la possibilité pour les autorités de surveillance cantonales d'interdire à un avocat la conduite d'un mandat dans une procédure déterminée. Une telle sanction n'était pas prévue dans le catalogue de l'art. 17 LLCA. Au demeurant, conférer une compétence concurrente à la commission du barreau était contraire au principe de célérité exigé par la procédure pénale.

Certes, l'art. 43 al. 3 LPAv donnait une compétence à la commission pour prononcer des injonctions propres à imposer à l'avocat les règles professionnelles. Une telle compétence de la commission, fondée sur le droit cantonal, ne pouvait priver la direction de la procédure de toute compétence pour statuer sur des conflits d'intérêts. Tout au plus une compétence parallèle de la direction de la procédure et de la commission du barreau pouvait être admise. Dans une telle hypothèse, un conflit positif de compétences entre ces deux autorités devait se régler de la façon suivante : dès que l'une des autorités ouvrait une procédure, soit par un acte d'autorité, soit par l'acte de l'administré qui saisit l'autorité, il y avait litispendance. Dès lors, cette autorité avait l'obligation de statuer, mais aucune autre autorité ne pouvait être saisie ou ne pouvait se saisir de la même affaire en application de l'exception de litispendance.

En l'occurrence, le prévenu s'était prévalu pour la première fois du conflit d'intérêts devant le Ministère public. Il avait ensuite choisi de porter l'affaire devant la CPR. Il avait créé un lien d'instance avec le Ministère public. Il ne pouvait plus dès lors saisir la commission du même litige. Il essayait de se prévaloir d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu en matière de circulation routière,

en prétendant qu'un jugement pénal ne liait pas l'autorité administrative. Un tel argument était hors de propos. Récemment, la chambre administrative avait rappelé que la commission ne pouvait que déclarer irrecevable une dénonciation pour conflit d'intérêts en lien avec une procédure pénale dont l'issue pourrait mettre fin à l'intérêt d'une procédure devant la commission (ATA/11/2014 du 7 janvier 2014). Il concluait au constat de l'incompétence de la commission pour trancher sur sa capacité de postuler dans la procédure P/19498/2015.

21. Le 27 septembre 2016, le prévenu a persisté dans les termes de sa requête. La commission était pleinement compétente pour statuer sur le conflit d'intérêts. L'argumentaire relatif à la litispendance s'appliquant dans le cas de concurrence entre des autorités de même nature. Il ne pouvait être transposé à des autorités de nature distincte, de surcroît incompetentes pour certaines. Si l'on devait admettre une compétence parallèle de la direction de la procédure et de la commission du barreau, et si ces autorités voulaient prévenir le risque de solutions divergentes sur des questions connexes, il reviendrait à l'une d'elles de suspendre sa procédure dans l'attente d'une décision de l'autre. Dans un tel cas, le bon sens commanderait à la CPR, autorité non spécialisée dans les questions de conflit d'intérêts et ne disposant pas du dossier complet relatif au précédent mandat, de suspendre sa procédure. Une telle façon de procéder lui avait été suggérée. La proposition de placer les documents du précédent mandat sous scellés était insensée, la procédure de scellés n'étant pas prévue pour de telles missions, mais pour le tri de pièces afin d'écarter celles couvertes par le secret professionnel. L'entier du dossier de Me A\_\_\_\_\_ lié au mandat antérieur conduit en faveur du prévenu était soumis au secret. Si la CPR et la commission du barreau devaient rendre des décisions admettant chacune leur propre compétence, une action pouvait être portée devant la chambre constitutionnelle de la Cour de justice. Enfin, le fait que le Ministère public ait usé d'une compétence qu'il n'avait pas ne pouvait avoir pour conséquence d'empêcher le prévenu de saisir l'autorité compétente, instituée à cet effet. De même, le sort de la procédure pendante devant la commission ne dépendait pas de la solution que retiendraient les autorités pénales, la commission n'étant aucunement liée par la décision rendue par le Ministère public.

Il était admis que Me A\_\_\_\_\_ n'avait pu se déterminer devant le Ministère public parce qu'il n'avait pas été relevé du secret professionnel. Il était toutefois regrettable, alors que Me A\_\_\_\_\_ en avait été délié devant la commission, qu'il ne s'explique pas et ne démontre pas en quoi la présentation du contenu de son précédent mandat telle que relatée par le prévenu n'était pas conforme à la réalité. Le prévenu transmettait une copie intégrale du classeur remis par l'étude E\_\_\_\_\_ relatif à l'exécution de leur mandat en sa faveur.

22. Le 7 octobre 2016, Me A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions. La commission ne pouvait pas se déclarer compétente pour statuer sur un conflit d'intérêts alors que l'autorité saisie du fond l'avait déjà fait. Une double

compétence n'était pas possible, dès lors qu'une décision avait déjà été rendue. Dans un arrêt récent du 15 septembre 2016, le Tribunal fédéral avait confirmé la compétence du Ministère public genevois pour statuer d'office et en tout temps sur la capacité de postuler d'un avocat dans le cadre d'une procédure pénale. Il transmettait à la commission une copie de l'arrêt rendu. Il sollicitait la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure P/19498/2015 sur le recours, puis demandait un délai pour pouvoir prendre position sur les faits allégués par le dénonciateur devant l'autorité disciplinaire, dont il contestait la réalité.

23. Le 10 octobre 2016, le prévenu a exercé son droit à la réplique. Le fait d'avoir dû soulever la question du conflit d'intérêts devant le Ministère public ne relevait pas d'un choix délibéré, mais de la nécessité de devoir motiver la raison pour laquelle il se refusait à répondre aux questions de la procureure. Il était exclu qu'il se prononce devant ses anciens avocats lors de l'audience du 7 juin 2016. Comme il lui revenait d'expliquer à la procureure pourquoi il adoptait une telle attitude, il avait invoqué le conflit d'intérêts qui l'opposait aux avocats des plaignantes, sans pouvoir le détailler. L'arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 2016 cité par Me A\_\_\_\_\_ visait un autre complexe de faits, non lié à des problèmes de secret professionnel. Pour le surplus, il se référait à l'argumentation qu'il avait développée dans le cadre de son recours à la CPR contre la décision du 1<sup>er</sup> juillet 2016.

24. Le 18 octobre 2016, le bureau de la commission du barreau a fait injonction à Me A\_\_\_\_\_ de cesser de représenter les sociétés plaignantes dans la procédure pénale P/\_\_\_\_\_/2015 dirigée à l'encontre du prévenu. Cette décision était immédiatement exécutoire. Elle revêtait un caractère confidentiel, si bien qu'il était fait interdiction aux parties d'en produire à tout tiers, y compris aux mandantes de Me A\_\_\_\_\_ et sous la seule réserve des autorités de recours, d'autres extraits que les considérants 1 à 17 de la partie « en droit » et le dispositif. L'ouverture d'une procédure disciplinaire était réservée.

La commission avait pour compétence de statuer sur tout manquement aux devoirs professionnels. Parmi les règles que les avocats devaient respecter figurait celle d'éviter tout conflit entre les intérêts de leur client et ceux des personnes avec qui il était en relation sur le plan professionnel ou privé. La LLCA ne désignait pas l'autorité compétente habilitée à empêcher de plaider l'avocat confronté à un conflit d'intérêts. Dans les cantons qui n'avaient pas légiféré en la matière, la compétence revenait depuis l'entrée en vigueur du CPP, pour les procédures pénales, à l'autorité investie de la procédure, ainsi que le Tribunal fédéral l'avait rappelé (ATF 138 II 162). À Genève, la question était réglée par l'art. 43 al. 3 LPAv. L'arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 2016, s'il admettait la compétence du Ministère public pour statuer sur la capacité de postuler d'un mandataire professionnel, ne traitait pas de la compétence de la commission, laquelle était fondée sur l'art. 43 LPAv. Depuis l'ATF 138 II 162, le

Tribunal fédéral avait rappelé qu'en dehors des cas où des conflits d'intérêts étaient dénoncés par les clients ou les anciens mandants d'un avocat, la constatation du conflit pouvait être soulevée par une autorité judiciaire ou par les autorités disciplinaires. Récemment encore, le Tribunal fédéral n'avait pas remis en cause la compétence de la commission. Conformément à la jurisprudence précitée, l'interdiction de postuler ne relevait pas du droit disciplinaire, mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat, et, partant, de l'exercice de la profession d'avocat. Dès lors, en sa qualité de garante du respect des règles professionnelles, la commission devait pouvoir examiner les situations potentielles de conflits d'intérêts dans lesquels se trouvait un avocat. La compétence de la commission répondait à un intérêt public important. Elle s'imposait d'autant plus lorsque des faits couverts par le secret professionnel qui n'avaient pas à être connus de l'autorité judiciaire saisie de la cause risquaient d'être dévoilés. Invité par le représentant du Ministère public à se prononcer sur un problème de conflit d'intérêts, l'avocat concerné se trouverait dans une situation inextricable. S'il révélait les faits couverts par le secret, il s'exposerait à une procédure disciplinaire, voire pénale. En outre, les faits portés à la connaissance de la procureure pourraient être utilisés par celle-ci dans le cadre de l'instruction de la procédure. Le bureau de la commission considérait être compétent pour se prononcer sur des situations de conflits d'intérêts. La compétence de la direction de la procédure instaurée par le CPP n'était pas exclusive, contrairement à ce qu'avait retenu la CPR.

Dans le cas d'espèce, la procureure avait pris la décision en constatant que le prévenu qui avait allégué le conflit d'intérêts, n'en avait pas apporté la preuve. Sa décision ne résultait pas d'un examen approfondi du dossier d'exécution du mandat, certains faits, couverts par le secret professionnel n'ayant pas pu être portés à sa connaissance. Le prévenu avait soulevé l'existence du conflit d'intérêts en la personne de Me A\_\_\_\_\_ dès l'audience du 7 juin 2016 et avait toujours contesté la compétence du Ministère public pour statuer sur cette question. Il était donc en droit de s'adresser à la commission du barreau dont la compétence pour traiter des conflits d'intérêts était expressément prévue par la LPAv.

Sur le fond, il ressortait des pièces remises par le prévenu que son ancien conseil avait déployé une activité en sa faveur du 25 mai au 30 novembre 2012. La période durant laquelle s'était exercé le mandat et le temps consacré à teneur du time sheet établi, ne permettait pas de considérer l'activité comme ponctuelle. Dans ce cadre, à teneur des documents soumis, Me A\_\_\_\_\_ avait eu connaissance d'éléments touchant la situation économique de son client. Or, celui-ci avait été mis en prévention pour des infractions de nature économique. Dans ce contexte, la structure de son patrimoine pourrait être pertinente, tant du point de vue des faits reprochés que de celui des prétentions qui pourraient être émises à son encontre par les parties plaignantes. Les intérêts de celles-ci et du prévenu se trouvaient directement opposés. L'avocat se trouvait donc dans une situation de

conflit d'intérêts concret qui l'empêchait d'intervenir pour la défense des intérêts des parties plaignantes.

25. Le 27 octobre 2016, Me A\_\_\_\_\_ s'est opposé à la décision du bureau de la commission. Il s'est référé à l'arrêt de principe de la CPR, et a repris son argumentation relative à l'incompétence de la commission pour statuer sur le conflit d'intérêts. Il a demandé que cette décision soit traitée par la commission en séance plénière.
26. Le 1<sup>er</sup> novembre 2016, le prévenu a relevé que postérieurement à l'arrêt de la CPR du 2 novembre 2015, la chambre administrative n'avait pas cessé d'admettre la compétence de la commission du barreau pour statuer sur des questions de conflit d'intérêts.
27. Le 14 novembre 2016, la commission, réunie en séance plénière, a confirmé la décision du 18 octobre 2016 en reprenant le dispositif de cette décision. Elle a communiqué sa décision le 15 novembre 2016 à Me A\_\_\_\_\_. Une copie en a été adressée au prévenu.
28. Le 16 décembre 2016, Me A\_\_\_\_\_ a déposé au greffe de la chambre administrative un recours contre la décision de la commission du 15 novembre 2016 reçue le 16 novembre 2016. Il a conclu à son annulation et au constat de l'incompétence de la commission pour trancher de sa capacité de postuler dans la procédure P/\_\_\_\_\_/2005. La requête d'interdiction de postuler formée par le prévenu devait être déclarée irrecevable. La compétence du Ministère public sur la capacité de postuler des avocats était établie dans un arrêt de principe du 2 novembre 2015. Cet arrêt était conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la compétence du Ministère public de statuer sur cette question, approuvée par la doctrine récente. La CPR avait exclu toute double compétence à ce sujet. Cette compétence se justifiait parce que la LLCA ne prévoyait pas la possibilité pour les autorités de surveillance cantonales d'interdire à un avocat la conduite d'un mandat. Cette solution se justifiait par la nécessité d'assurer la célérité des procédures pénales. Pour ces raisons et celles qu'il avait déjà fait valoir, la chambre administrative devait constater que la commission n'était pas compétente pour trancher d'un éventuel conflit d'intérêt. Il reprenait également son argumentation en rapport avec la litispendance. L'existence d'une procédure de recours devant la CPR empêchait la commission de statuer pour éviter des décisions contradictoires. Sur le fond, le conflit dont se prévalait l'intimé était inexistant et n'était invoqué que dans un but dilatoire.
29. Le 23 janvier 2017, la commission s'est déterminée. Elle a persisté dans les termes de la décision entreprise et conclu au rejet du recours. Le conflit d'intérêts dénoncé était patent, ce que le Ministère public n'avait pas été en mesure d'apprécier, dès lors que le secret professionnel faisait obstacle à sa complète information par le prévenu et ancien client du recourant. C'était pour cette raison

que la compétence de la commission devait être reconnue. En matière de gestion des conflits d'intérêts d'un avocat, le législateur fédéral n'avait manifestement pas épuisé la matière, laissant la place à la législation cantonale qui permettait d'éviter que l'impossibilité de renseigner complètement la direction de la procédure laisse perdurer d'évidentes situations de conflit d'intérêts. S'agissant de la question de la célérité, il était rappelé que le bureau de la commission pouvait très rapidement statuer, si nécessaire, soit en quelques jours, voire moins, par des mesures superprovisionnelles.

30. Le 8 février 2017, le prévenu a conclu au rejet du recours. Il s'est référé à l'argumentation développée devant la commission, qu'il s'agisse de la compétence de celle-ci, qui devait être reconnue, de l'inapplicabilité de l'exception de litispendance dans un contentieux impliquant des autorités qui n'étaient pas de même nature. C'était plutôt à la CPR de suspendre la procédure jusqu'à droit jugé de l'affaire par la chambre administrative pour éviter toute décision contradictoire.
31. Le 10 février 2017, le juge délégué a informé la procureure en charge de la P/\_\_\_\_\_/2015 de l'existence du contentieux.
32. Le 28 février 2017, Me A\_\_\_\_\_ a exercé son droit à la réplique en transmettant le time-sheet établi pour le bref mandat assumé en faveur du prévenu et en donnant des détails sur le contenu du mandat assumé. Il avait été interrogé de manière générale et théorique sur des modalités d'installation en Suisse. Il avait été question à compter du 12 juillet 2012 de conseils en rapport avec sa compagne et leur fils mineur, même si le prévenu était resté l'interlocuteur s'agissant de la personne s'acquittant des honoraires dus. Il n'avait reçu aucune information concrète sur la situation patrimoniale de celui-ci. La démarche de l'intéressé relevait d'un artifice de procédure à but dilatoire.
33. Sur ce, les parties ont été informées le 3 mars 2017 que la cause a été gardée à juger.

## **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile, devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 49 de la loi sur la profession d'avocat - LPAv - E 6 10 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Sur le fond, le litige porte sur le droit du recourant à postuler pour la représentation de plaignants dans une procédure pénale, du fait d'un conflit d'intérêts invoqué par un ancien client, prévenu dans ladite procédure pénale. Compte-tenu de l'existence d'une décision déjà prise sur ce point par la direction

---

de la procédure le 1<sup>er</sup> juillet 2016, doit être examinée préalablement la compétence de la commission pour statuer par le biais d'une injonction sur le même objet.

3. a. Selon l'art. 12 LLCA, l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence (let. a), exerce son activité professionnelle en toute indépendance (let. b) et 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 (let. c).

b. En vertu de l'art. 13 LLCA, l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés. Cette obligation est rappelée à l'art. 12 al. 1 LPAv. Elle est susceptible de sanctions disciplinaires et sa violation est sanctionnée pénalement par l'art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

4. L'obligation énoncée à l'art. 12 let c. LLCA de renoncer à représenter un mandant en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat (ATF 141 IV 257 consid. 2.1 ; ATF 138 II 162 consid. 2.4 ; ATF 135 II 145 consid. 9.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_967/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.3.2 ; 2C\_889/2008 du 21 juillet 2009 consid. 3.1.3). Elle découle de l'obligation d'indépendance ancrée à l'art. 12 let. b LLCA, de l'obligation de fidélité et du devoir de diligence de l'avocat (arrêts du Tribunal fédéral 2A.293/2003 du 9 mars 2004 consid. 2 ; 1A.223/2002 du 18 mars 2003 consid. 5.2 ; François BOHNET/Vincent MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, p. 576 n. 1395). Elle est en lien avec la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA (ATF 134 II 108 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_967/2014 précité consid. 3.3.2 ; 2C\_688/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). Elle permet également à l'avocat de sauvegarder le secret professionnel auquel il est astreint (arrêt du Tribunal fédéral 2A.310/2006 du 21 novembre 2006 consid. 6.2 ; François BOHNET/Vincent MARTENET, op. cit., p. 576 n. 1395).

Cette obligation a été reprise aux art. 11 à 13 du Code Suisse de Déontologie du 10 juin 2005 (ci-après CSD) adopté par l'association suisse des avocats (consultable sur le site [ww.sav-fsa](http://ww.sav-fsa)) de l'avocat, directive professionnelle destinée à assurer une interprétation uniforme de la LLCA (Stéphane GRODECKI/Nicolas JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts in SJ 2015 II 107, 109) ainsi que dans les directives professionnelles destinées aux avocats européens édictées par l'International Bar Association (Benoît CHAPPUIS, La profession d'avocat, 2<sup>ème</sup> éd. 2016, tome I, p. 116).

5. Le conflit d'intérêts peut survenir dans le cas de l'exercice simultané de plusieurs mandats (double représentation), mais aussi de l'exercice de mandats

successifs en faveur de mandants différents (mandats opposés), voire en raison de l'existence d'intérêts propres (Stéphane GRODECKI/Nicolas JEANDIN, op. cit., p. 113 ; Benoît CHAPPUIS, op. cit., p. 120).

6. Dans l'hypothèse de mandats opposés, il y a violation de l'art. 12 let. c LLCA lorsqu'il existe un lien entre deux procédures et que l'avocat représente dans celles-ci des clients dont les intérêts ne sont pas identiques. Il importe peu en principe que la première des procédures soit déjà terminée ou encore pendante, dès lors que le devoir de fidélité de l'avocat n'est pas limité dans le temps (ATF 134 II 108 consid. 3).

Le conflit d'intérêts est réalisé au sens de l'art. 12 let. c LLCA dès que survient la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat les connaissances acquises antérieurement sous couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un premier mandat. Il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner un tel conflit d'intérêts. Un risque purement abstrait ne suffit pas et le risque de conflit d'intérêts doit être concret (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_967/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.3.2 ; 2C\_885/2010 du 22 février 2011 consid. 3.1). Plus précisément, il s'agit de déterminer si, en présence d'éléments concrets qui révèlent un risque de conflit d'intérêts, ce risque est concrètement potentiel sans qu'il importe qu'il se soit réalisé ou non (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_597/2014 du 27 mars 2014 consid. 3.3.2 ; 2C\_885/2010 précité consid. 3.3 ; 2C\_688/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). S'il est décisif d'établir si les connaissances acquises dans le cadre d'un mandat d'avocat peuvent s'avérer préjudiciables à l'exercice d'un autre mandat, peu importe de savoir, sur le plan procédural, quelle partie doit apporter la preuve des faits pertinents, l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) n'entrant pas en considération dans le cadre de cet examen (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_885/2010 précité consid. 3.3 in fine).

7. Il n'existe pas d'interdiction de principe d'agir contre un ancien client. Toutefois, l'interdiction d'utiliser les informations obtenues à l'occasion du précédent mandat peut impliquer le devoir de renoncer à un dossier contre un ancien mandant. Selon le Tribunal fédéral, l'obligation de secret et le devoir de fidélité interdisent à l'avocat d'accepter un mandat contre un ancien client, lorsqu'il existe une relation étroite entre les deux mandats. L'interdiction de plaider contre un ancien client prévaut dès l'instant où la possibilité existe que des connaissances acquises à la faveur de l'ancien mandat puissent être utilisées dans l'exercice du nouveau. Cette situation légitime une limitation du droit au libre choix de l'avocat et à la liberté d'exercice de la profession (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_7/2009 du 16 mars 2009 consid. 5.5 = SJ 2009 I 386, 388 consid. 5.5). Selon l'art. 13 CDS, l'avocat n'accepte pas un nouveau mandat si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance des affaires d'un précédent client pourrait porter préjudice à ce

dernier. Il convient de déterminer si les connaissances acquises par rapport à l'ancien mandat sont nécessaires ou utiles dans le cadre du nouveau mandat. Il faut être particulièrement attentif lorsque l'avocat occupait la position d'un avocat de confiance (François BOHNET/Vincent MARTENET, op. cit., p. 589 n. 1439 et ss.).

Les obligations d'indépendance et de fidélité ainsi que le devoir d'éviter les conflits d'intérêts et celui de diligence envers le mandant survivent à la fin du rapport contractuel, de sorte que l'avocat doit respecter son devoir d'éviter tout conflit d'intérêts également lorsqu'il accepte un mandat contre un ancien client. Ce n'est qu'à ces conditions que sont respectés les buts de la loi sur les avocats qui tend, notamment, à protéger la confiance du public en la profession d'avocat et à garantir la sauvegarde du secret professionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_26/2009 du 18 juin 2009 consid. 3.1). Avant d'accepter un mandat contre un ancien client, l'avocat devra apprécier différents critères, tels que la nature, l'importance et la durée de l'ancien mandat, les connaissances acquises par l'avocat sur son ancien client, le temps qui s'est écoulé entre les deux causes ainsi que l'existence d'un lien de connexité entre celles-ci. Plus le nouveau mandat se situe dans un laps de temps relativement proche du précédent et s'inscrit dans un complexe de faits identique, et plus le client pourra considérer que la constitution de son ancien avocat à son encontre revêt un caractère choquant et qu'il en résulte une situation de conflit d'intérêts. Le lien de connexité entre les deux mandats s'appréciera surtout au vu des connaissances que l'avocat aura pu recueillir durant son précédent mandat, lesquelles demeurent couvertes par le secret professionnel. Un avocat ne peut accepter un nouveau mandat que s'il est exclu qu'il puisse faire valoir ou doive faire état de circonstances qu'il a apprises dans le cadre d'un précédent mandat, et la seule existence de la possibilité d'une utilisation d'informations tirées de l'exécution du premier mandat et couvertes par le secret suffit pour que l'avocat soit contraint de renoncer au nouveau (Stéphane GRODECKI/Nicolas JEANDIN, op. cit. p. 114 et jurisprudence fédérale et cantonale citée ; Michel VALTICOS in Michel VALTICOS/Christian M. REISER/Benoît CHAPPUIS [éd.], Loi sur les avocats, Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 2010, ad art. 12 n. 175 et 177).

8. Le contexte légal étant rappelé, il s'agit d'examiner en premier lieu le grief du recourant qui conteste la compétence de la commission à lui interdire de postuler dans la mesure où cette question a été réglée par ordonnance du Ministère public du 1<sup>er</sup> juillet 2016 rendue dans la procédure pénale dans laquelle il est constitué.
9. La LLCA ne détermine pas quelle est l'autorité compétente pour empêcher un avocat de représenter une partie dans le cadre d'une procédure civile, administrative ou pénale, mais renvoie la procédure aux cantons (art. 34 al. 1 LLCA - arrêt du Tribunal fédéral 1A\_223/2002 du 18 mars 2003 consid.

3.2). Selon la doctrine, c'est le juge qui conduit l'affaire qui est compétent (François BOHNET/Vincent MARTENET, op. cit., p. 596 n. 1465), à moins que le droit de procédure ou la législation cantonale relative à la profession d'avocat ne règle ce problème.

10. Dans le canton de Genève, la seule norme cantonale qui entre en considération est l'art. 43 LPAv dont la teneur est la suivante :

«<sup>1</sup> La commission du barreau statue sur tout manquement aux devoirs professionnels. Si un tel manquement est constaté, elle peut, suivant la gravité du cas, prononcer les sanctions énoncées à l'article 17 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000. La prescription est régie par l'article 19 de cette même loi.

<sup>2</sup> Le président de la commission peut classer les dénonciations qui lui apparaissent manifestement mal fondées, en informant la commission à sa plus proche séance. Si le dénonciateur, dûment avisé, persiste, la commission plénière statue.

<sup>3</sup> La commission du barreau peut prononcer des injonctions propres à imposer à l'avocat le respect des règles professionnelles. En cas d'urgence, le bureau de la commission est compétent pour prononcer des mesures provisionnelles; l'avocat faisant l'objet d'une injonction prononcée par le bureau peut demander que la mesure soit soumise à la commission plénière. Dans ce dernier cas, les membres du bureau participent également à la délibération ».

11. a. Jusqu'à l'annulation, le 20 février 2012, d'un arrêt de la chambre de céans (ATA/383/2011 du 21 juin 2011) par le Tribunal fédéral (ATF 138 II 162 précité), la gestion du conflit d'intérêts était traitée sous un angle disciplinaire dans le canton de Genève. La commission du barreau avait la compétence, fondée sur l'art. 43 LPAv précité, de statuer sur celle-ci dans le cadre d'une procédure dans laquelle seul l'avocat était partie. Le Tribunal fédéral a mis fin à cette pratique en définissant que, d'une part, l'interdiction de postuler ne relevait pas du droit disciplinaire (consid. 2.5.1) mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat, ce qui induisait que l'intéressé était partie à la procédure et avait la qualité pour recourir (consid. 2.5.2). Il n'a pas remis en question la compétence de décision de la commission dans le cas d'espèce mais il a relevé qu'en raison de l'entrée en vigueur du CPP, notamment des art. 61 et 62 CPP, en procédure pénale, la compétence de prononcer une interdiction de plaider pourrait ne plus revenir à l'autorité de surveillance (consid. 2.5.1).

b. Dans l'ATA/586/2013 du 3 septembre 2013, la chambre administrative a été amenée à statuer sur une décision de la commission relative à une interdiction de postuler faite à un avocat. Le contentieux avait surgi en 2009 avant l'entrée en

vigueur du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0) et n'a pas été examiné à l'aune des dispositions nouvelles de cette loi. Dans un premier temps, la décision d'interdiction avait été prise par un juge d'instruction et la chambre d'accusation avait déclaré le recours de l'avocat irrecevable. Sur recours de l'avocat, le Tribunal fédéral, par arrêt du 10 décembre 2010 (2C\_777/2010), après avoir dénié toute compétence à un juge d'instruction pour statuer sur un conflit d'intérêts de l'avocat, avait annulé la décision de celui-ci d'interdire à un avocat de postuler, et avait transmis la cause à la commission pour connaître de la question du conflit d'intérêts, tout en relevant que la situation procédurale qui prévalait à Genève n'était pas claire, il avait jugé que l'option selon laquelle la commission possédait la compétence exclusive d'interdire à un avocat de représenter une partie paraissait être la solution clairement préférable.

c. Après l'entrée en vigueur du CPP le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la chambre de céans, par arrêt du 12 juin 2014 (ATA/419/2014), a confirmé une décision de la commission sanctionnant un avocat d'un avertissement pour avoir accepté un mandat alors qu'il se trouvait en situation de conflit d'intérêts. Il ressort de la chronologie de ce contentieux que la commission avait été saisie d'une dénonciation par le Ministère public. Dans sa détermination, l'avocat avait invoqué l'incompétence de la commission pour statuer, le rôle de statuer sur un conflit d'intérêts d'un avocat constitué dans une procédure pénale revenant au Ministère public. Par la suite, un avocat d'office ayant été nommé pour la défense des intérêts du mandant de l'avocat, la commission avait pris acte que la dénonciation du Ministère public était devenue sans objet. Elle avait cependant sanctionné l'avocat pour son comportement.

d. Par arrêt du 2 juin 2015 (ATA/559/2015), la chambre administrative a rejeté le recours d'un avocat français en confirmant une décision de la commission qui lui interdisait d'occuper pour la défense d'une personne mise en prévention dans une procédure pénale. Dans un premier temps, le procureur conduisant la procédure avait été saisi par une requête de la partie plaignante qui invoquait un conflit d'intérêts et il avait fait interdiction à l'avocat par ordonnance d'assister la prévenue. L'ordonnance en question avait été annulée par arrêt de la CPR du 23 mai 2014 (ACPR/274/2014), au motif que la commission possédait la compétence exclusive d'interdire à un avocat de représenter une partie. Suite à cela, le Ministère public avait saisi la commission pour qu'elle interdise à l'avocat de postuler. La commission avait fait injonction avec effet immédiat à celui-ci de cesser de représenter les intérêts de la prévenue. Dans son arrêt précité, la chambre administrative avait confirmé cette position en rejetant le recours de l'avocat. Cet arrêt a été confirmé sur le fond par le Tribunal fédéral le 2 novembre 2015 (2C\_587/2015), sans que celui-ci n'aborde la question de la compétence de la commission, question qui n'a pas été soulevée devant lui.

12. Dans une contribution commune déjà citée, parue en juin 2015 (SJ 2015 II 107 précités), deux auteurs de doctrine, MM. Stéphane GRODECKI et Nicolas JEANDIN ont critiqué la façon dont la question du règlement des litiges en matière de conflit d'intérêts de l'avocat était réglée à Genève. Ils ont relevé que la doctrine majoritaire (voir doctrine citée in SJ 2015 II 128, note de bas de page n°106) et la CPR considéraient à tort, après l'entrée en vigueur du CPP mais aussi du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, que la commission était la seule instance compétente pour traiter des questions de conflit d'intérêts. Selon ces auteurs, la question de l'interdiction de postuler d'un avocat en raison d'un conflit d'intérêts ne relevait pas de la réglementation sur la profession de l'avocat, mais constituait une question procédurale à régler en fonction des dispositions applicables (SJ 2015 II 131). Dans le domaine tant pénal que civil, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la question devait être réglée par application des dispositions du CPP et du CPC en vertu de la primauté du droit fédéral garantie par l'art. 49 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). S'agissant de la compétence, tant le CPP que le CPC prévoyaient que le rôle de statuer sur la capacité de postuler d'un avocat dans une procédure civile ou pénale revenait à la direction de la procédure, à teneur tant de l'art. 59 CPC que de l'art. 62 CPP (SJ 2015 II 133). Depuis l'entrée en vigueur de ces lois de procédure fédérale, l'art. 43 al. 3 LPAv ne constituait plus une base légale fondant une compétence de la commission pour statuer sur des questions de conflit d'intérêts dans des procédures relevant de ces deux domaines du droit, celle-ci restant cependant compétente pour intervenir dans le cadre du contentieux administratif, mais surtout au titre d'autorité disciplinaire pour sanctionner les avocats qui auraient enfreint le principe de l'art. 12 al. 1 let. c LLCA.
13. Par arrêt du 2 novembre 2015 (ACPR/586/2015 auquel il a déjà été fait référence), la CPR est entièrement revenue sur sa jurisprudence antérieure et notamment sur l'ACPR/274/2014 précité à propos de l'autorité compétente pour statuer sur un conflit d'intérêts. Désormais, ce rôle était dévolu à la direction de la procédure, à l'exclusion de la commission. L'interdiction faite à un avocat de représenter une partie visait à garantir la bonne marche du procès, notamment en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'une d'elles – en cas de défense multiple – ou en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse, acquises lors d'un mandat antérieur, au détriment de celle-ci (ACPR/586/2015 consid. 2.4). La CPR se basait sur l'opinion de doctrine précitée, mais aussi sur deux arrêts du Tribunal fédéral du 29 janvier 2013 (1B\_611/2012 et 1B\_613/2012) qui reconnaissaient la compétence du Ministère public cantonal pour statuer sur cette question.
14. a. Dans un arrêt du 3 décembre 2015 (ATA/1288/2015), la chambre administrative a rejeté le recours d'un avocat contre une décision de la commission lui interdisant de représenter les intérêts d'une partie dans une

procédure pénale. Dans le cas d'espèce, le Ministère public n'était pas intervenu. L'avocat avait été dénoncé à la commission par les avocats de sa partie adverse. Le Ministère public n'avait pas été saisi parce que le conflit d'intérêts n'avait été invoqué qu'après le renvoi des prévenus devant le Tribunal de police. Par la suite, le Tribunal fédéral, par arrêt du 11 juillet 2016 (2C\_45/2016) a admis le recours de l'avocat. Il n'a pas abordé la question de la compétence de la commission pour prononcer une injonction d'interdiction de postuler, cette question n'ayant pas été soulevée. Il a admis le recours sur le fond, en retenant il n'y avait pas de conflit d'intérêts.

b. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 15 septembre 2016 (1B\_226/2016), a rejeté le recours d'un avocat écarté d'une procédure par ordonnance du Ministère public en raison d'un conflit d'intérêts. Devant la juridiction fédérale, le recourant avait contesté la compétence de la direction de la procédure pour lui interdire de postuler pour devenir l'avocat de choix du prévenu. Le Tribunal fédéral a écarté ce grief en confirmant que l'autorité en charge de la procédure statuait d'office et en tout temps sur la capacité de postuler d'un mandataire professionnel ainsi qu'elle l'avait déjà retenu, en se référant aux ATF141 IV 257 et 138 II 162, la question de savoir si l'avocat doit se départir de son mandat en vertu de la LLCA relevait précisément de la légalité de la procédure et de son bon déroulement (consid 2).

c. Le Tribunal fédéral a enfin confirmé, par arrêt du 1<sup>er</sup> novembre 2016 (1B\_354/2016) dans une cause fribourgeoise, le rôle dévolu à la direction de la procédure en matière pénale dans la gestion des situations de conflits d'intérêts des avocats (consid 3.1).

15. Selon l'art. 49 al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe constitutionnel 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 œuvre ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de manière exhaustive (ATF 140 I 277 consid. 4.1 ; 138 I 468 consid. 2.3.1 ; 135 I 106 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_405/2015 du 6 avril 2016 consid. 3.1).
16. a. Le CPP régit l'ensemble des procédures pénales réprimant les infractions prévues par le droit fédéral. Il s'applique à tous les stades de la procédure, des investigations de la police à celui des débats devant les tribunaux de première instance et les autorités de recours, en passant par la procédure d'instruction du Ministère public (André KUHN/Yvan JEANNERET, Code de procédure pénale, Commentaire romand 2011, p. 2, n. 3). Il règle le déroulement de la procédure devant les autorités pénales tant cantonales que fédérales (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 du code de procédure pénale).

b. La compétence de la Confédération pour édicter le CPP se fonde sur l'art. 123 al. 1 Cst. Il s'agit d'une compétence générale, non limitée aux principes, seule l'organisation judiciaire et l'administration de la justice revenant aux cantons, sauf disposition contraire de la loi (art. 123 al. 2 Cst.).

c. Selon l'art. 62 al. 1 CPP, la direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure pénale. Le Ministère public fait partie des autorités investies de la direction de la procédure, ainsi que le précise l'art. 61 al. 1 let. a CPP.

17. Les parties s'opposent sur la question de la compétence de la commission à prendre des injonctions d'interdiction de postuler dans le cadre d'une procédure pénale. La question de cette compétence, jusque-là admise par la chambre administrative, doit être réexaminée à l'aune des jurisprudences fédérale et cantonale précitées et de l'opinion de la doctrine rappelée.

L'art. 43 al. 3 LPAv autorise la commission à prononcer des injonctions destinées à imposer à l'avocat le respect des usages professionnels. Parmi celles-ci figure indéniablement le respect de l'interdiction d'agir en cas d'existence d'un conflit d'intérêts. Néanmoins, cette compétence de droit cantonal qui dépasse le strict cadre du droit disciplinaire réglé à l'art. 43 al. 1 LPAv, doit céder le pas aux dispositions de procédure fédérale définissant la fonction des autorités, selon des règles qui s'imposent aux cantons, telles celles du CPP. Ainsi, à l'instar de ce qui a été décidé par la CPR, le 2 novembre 2015, la chambre administrative admettra que, lorsqu'une procédure pénale est ouverte, c'est la direction de la procédure au sens de l'art. 61 CPP qui est compétente pour déterminer s'il y a lieu ou non d'interdire à un avocat de postuler en raison d'un conflit d'intérêts, en raison du rôle de contrôle de la légalité de la procédure qui lui est dévolu par l'art. 62 al. 1 CPP. Il n'y a dès lors plus place, lorsqu'une procédure pénale est ouverte, pour une intervention de la commission en application de l'art. 43 al. 3 LPA.

La chambre administrative admet avec la commission que cette solution peut présenter des désavantages, dans la mesure où la personne qui se prévaut du conflit d'intérêts doit exposer le contenu de celui-ci aux parties à la procédure. Elle peut, dans cette situation, être amenée à fournir au procureur ou aux autres parties concernées, lesquelles doivent se déterminer sur la matérialité de ce conflit, des explications détaillées à l'appui de sa requête en interdiction de postuler. En particulier, le rôle dévolu au procureur est susceptible de placer le prévenu dans une situation inconfortable compte tenu du droit qui lui est reconnu de ne pas s'auto-incriminer, mais aussi de son droit au respect de la confidentialité des données soumises au secret professionnel de l'avocat. Néanmoins, l'obligation d'assurer la primauté du droit fédéral doit conduire à se rallier à la solution adoptée par la CPR dans l'arrêt du 2 novembre 2015 précité et à retenir que la commission, dans l'hypothèse où une procédure pénale est ouverte, n'est plus

compétente pour décerner des injonctions aux avocats intervenant dans celle-ci, ce rôle étant dévolu à la direction de la procédure concernée.

Il appartiendra ainsi à cette dernière de déterminer « le seuil de matérialité » (Stéphane GRODECKI/Nicolas JEANDIN, op. cit., p. 123) à partir duquel le représentant du Ministère public devra retenir la vraisemblance d'un conflit d'intérêts au regard des faits qui lui sont exposés, en tenant compte des droits qui sont conférés au bénéficiaire du secret de ne pas tout lui exposer.

Une solution autorisant une double compétence de la direction de la procédure et de la commission ne peut être retenue. Elle contreviendrait au principe de la primauté du droit fédéral. Elle n'est pas souhaitable parce qu'elle serait génératrice d'insécurité juridique, voire d'une inégalité de traitement entre les justiciables.

La commission reste compétente pour prononcer des injonctions en vertu de l'art. 43 al. 3 LPav dans les procédures judiciaires non soumises au CPC ou au CPP (Stéphane GRODECKI/Nicolas JEANDIN, op. cit., p. 132). Elle demeure également compétente, pour prononcer des sanctions disciplinaires au sens des art. 17 LLCA et 43 al. 1 LPav à l'encontre d'avocats qui contreviendraient à leurs obligations découlant de l'art. 12 al. 1 let. c LLCA.

18. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis. La décision de la commission sera mise à néant. Pour assurer la préservation du secret professionnel, la chambre administrative reprendra à son compte l'injonction faite aux parties de faire interdiction à celles-ci de produire à tout tiers, y compris aux mandantes du recourant d'autres extraits que les considérants 1 à 17 de la partie en droit et le dispositif de celle-ci.
19. Vu l'issue du recours, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant qui n'y a pas conclu et qui, au demeurant, comparaît en personne, et n'a pas exposé avoir engagé des frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).
20. Le présent arrêt sera communiqué pour information à la CPR.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 16 décembre 2016 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre la décision de la commission du barreau du 14 novembre 2016 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule la décision de la commission du barreau du 14 novembre 2016 ;

confirme que la décision du bureau de la commission du barreau du 18 octobre 2016 revêt un caractère confidentiel et fait interdiction à Me A\_\_\_\_\_ ainsi qu'à Monsieur B\_\_\_\_\_ d'en produire à tout tiers, y compris aux mandants de Me A\_\_\_\_\_, et sous la seule réserve des autorités de recours, d'autres extraits que les considérants 1 à 17 de la partie « en droit » et le dispositif ;

dit qu'il n'est pas prélevé d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Monsieur A\_\_\_\_\_, à la commission du barreau, ainsi qu'à Me Grégoire Mangeat, avocat de Monsieur B\_\_\_\_\_ et à la chambre pénale de recours de la Cour de justice.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Dumartheray, Verniory,  
Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

S. Hüsler Enz

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :