

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1800/2011-PROF

ATA/638/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 octobre 2011

dans la cause

Monsieur X _____

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né en 1954, a prêté le serment d'avocat en 1978 et est inscrit au registre cantonal des avocats du canton de Genève.
2. Le 10 février 2000, la société R_____ S.A. (ci-après : la société) a été inscrite au registre du commerce de Genève. Monsieur G_____ en était le président et Monsieur L_____ le vice-président.
3. Selon ses dires, M. X_____ aurait été informé le 30 mars 2000 lors d'un rendez-vous en son étude avec un de ses clients et ami de famille de longue date, Monsieur C_____, accompagné de M. G_____, que les actions de la société étaient en main de M. G_____, de M. L_____ et de M. C_____, ce dernier ne devant pas apparaître comme actionnaire.
4. Le 28 avril 2000 une convention de dépôt séquestre a été signée en un seul exemplaire, selon laquelle M. X_____ était le dépositaire du registre des actions et de la totalité des actions de la société avec pour ordre de n'agir que sur instruction conjointe des trois actionnaires.

Selon M. X_____, les actions de la société étaient détenues en apparence pour 56 % par M. G_____ et pour 44 % par M. L_____.
5. Une convention d'actionnaires datée du 28 avril 2000, liant M. G_____ et M. L_____ aurait été contresignée par M. X_____ pour attester du fait que ce dernier s'assurerait du respect de l'exercice des modalités du droit d'emption relatif aux actions précitées.

M. X_____ a soutenu avoir en réalité contresigné cette convention pour s'assurer du respect de la règle de l'unanimité entre les actionnaires réels.
6. Durant l'incarcération de M. C_____ en 2006 qui a abouti à sa condamnation pour actes de gestion déloyale en 2008, M. X_____ a cessé d'occuper dans la procédure pénale et aurait détruit la convention de dépôt-séquestre.
7. Par décision du 26 novembre 2008, la commission du barreau (ci-après : la commission) a retenu une violation du devoir de fidélité de M. X_____ à l'égard de ses mandataires M. L_____ et M. G_____. Il lui était reproché d'avoir, dans deux courriers adressés à M. C_____, relaté les faits relatifs à un litige entre MM. C_____, L_____ et G_____ portant sur l'actionnariat de la société. Aucune sanction n'a été prononcée, car M. X_____ avait agi "mû par un sentiment de justice, dans l'intérêt de son client M. C_____ estimant de bonne foi, certes à tort, que sa mission perdurait nonobstant la fin de son mandat".

8. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 30 octobre 2009, M. C_____ a assigné MM. L_____ et G_____ en reddition de comptes. M. X_____ a été cité comme témoin en vue d'établir que les cités détenaient, à titre fiduciaire pour le compte de M. C_____, 20 % du capital de la société.
9. Le 9 novembre 2010, M. X_____ a saisi le bureau de la commission (ci-après : le bureau) d'une requête de levée de son secret professionnel en vue de sa comparution en qualité de témoin lors de l'audience du Tribunal de première instance du 16 novembre 2010.
10. Par décision du 12 novembre 2010, le bureau a considéré en substance que MM. C_____, G_____ et L_____ avaient conjointement mandaté M. X_____. Les rapports entre MM. G_____, L_____ et X_____ étaient couverts par le secret professionnel. Il a refusé de délier M. X_____ de son secret. Cette décision était sujette à recours devant la commission plénière (art. 12 al. 3 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPA_v - E 6 10)).
11. Le 15 novembre 2010, le président du bureau a interdit à M. X_____ de produire ou faire état des considérants de cette décision. Seul le dispositif pouvait être communiqué à des tiers.
12. Le 22 novembre 2010, M. X_____ a demandé que sa requête de levée du secret professionnel soit soumise à la commission plénière.
13. Par télécopie du 16 décembre 2010, M. C_____ a requis d'être entendu par la commission du barreau ou un membre de celle-ci, alléguant avoir un intérêt manifeste à l'issue de la procédure.
14. Le 9 mai 2011, la commission a notifié à M. X_____ la décision qu'elle avait rendue le 7 mars précédent.

L'audition de M. C_____ avait été refusée car elle aurait été sans objet, celui-ci ayant déjà délié M. X_____ du secret en ce qui le concernait.

La question de savoir si le secret était dû également à MM. G_____ et L_____ était laissée ouverte. L'avocat n'ayant pas été menacé dans son honneur, la demande de levée du secret n'était fondée que sur la recherche de la vérité matérielle ; cette dernière ne constituait pas un intérêt prépondérant permettant d'admettre la requête. En conséquence, M. X_____ n'était pas délié de son secret professionnel.

Cette décision n'était pas sujette à recours.

15. Par acte posté le 8 juin 2011, M. X_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours.

La commission avait violé son droit d'être entendu en refusant d'auditionner M. C_____. L'intérêt personnel de ce dernier à la manifestation de la vérité, prépondérant notamment au vu du litige civil portant sur plusieurs millions de francs suisses, n'avait pas été pris en compte. Le recourant n'avait pas été mandaté par MM. G____ et L_____.

A titre subsidiaire, M. X_____ avait lui-même un intérêt prépondérant à la levée du secret afin de laver son honneur et démontrer sa probité face aux dénonciations de violation des dispositions légales et des règles déontologiques dont il avait fait l'objet auprès du Bâtonnier. MM. G_____ et L_____ avaient opposé abusivement leur droit au secret. La commission avait statué arbitrairement en éludant la question de la qualité de mandants de ces derniers et en estimant que les intérêts de MM. C_____ et X_____ n'étaient pas prépondérants. La décision de la commission du barreau du 7 mars 2011 devait être annulée.

16. Par courrier du 4 août 2011, M. X_____ a prié la chambre administrative d'entendre M. C_____.
17. Le 7 juillet 2011, la commission du barreau a fait parvenir son dossier sans émettre d'observations.
18. La cause a été gardée à juger le 11 août 2011, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1. Il est nécessaire en premier lieu de déterminer si la chambre administrative est compétente pour connaître du présent litige.
 - a. L'art. 12 al. 3 LPAv prévoit que, si le bureau de la commission du barreau refuse de délier un avocat de son secret professionnel, ce dernier peut demander que sa requête soit soumise à la commission plénière qui statue par une décision non susceptible d'un recours.
 - b. Le fait de pouvoir porter une contestation devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux du droit universellement reconnu. Ce principe est concrétisé par les garanties de procédure conférées par l'art. 6 § 1 de la convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH - RS 0.101 ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 2006, vol. 2, 2ème éd., n. 1199 p. 562 et les références citées).
 - c. L'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, concrétise la garantie

de l'accès au juge accordé par l'art. 6 § 1 CEDH. Il donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Le contrôle judiciaire est étendu en principe à toutes les contestations juridiques pouvant faire l'objet d'une décision (ATA/835/2010 du 30 novembre 2010, consid. 4).

d. Les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral (art. 86 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral - LTF - RS 173.110).

e. Le Tribunal fédéral a jugé que la commission de surveillance des avocats du canton de Zurich n'était pas une autorité judiciaire répondant aux exigences de l'art. 6 § 1 CEDH et 30 al. 1 Cst. (ATF 126 I 228, p. 231 ; A. AUER / G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *op. cit.*, p. 572-573 n. 1227-1228 et références citées).

f. Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international (art. 190 Cst.). Cette règle s'impose également aux autorités cantonales (ATF 134 I 106 c. 6 ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *op. cit.*, n. 1872 p. 658). Ces dernières ont l'obligation de contrôler préjudiciellement la conformité au droit fédéral des normes cantonales appliquées au cas concret. Une disposition du droit cantonal de procédure qui soustrait les lois cantonales à ce contrôle contrevient au principe de la primauté du droit fédéral (RDAF 1987, 433 a).

En l'espèce, le recourant remet en cause l'art. 12 al. 3 LPAv par voie d'exception. Il estime qu'une voie de recours doit être ouverte à l'encontre de la décision de refus d'octroi d'autorisation de levée du secret professionnel.

L'art. 12 al. 3 LPAv *in fine* n'est plus conforme aux exigences conventionnelles, constitutionnelles et de la législation fédérale en matière d'accès au contrôle judiciaire rappelées ci-dessus, dès lors qu'il ne prévoit pas de recours devant une autorité judiciaire cantonale.

g. Il est en conséquence nécessaire de déterminer l'autorité judiciaire compétente pour connaître du recours.

Selon l'art. 132 al. 1 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative ; elle ne peut toutefois connaître des recours contre les décisions de la Cour d'appel du pouvoir judiciaire ainsi que contestant les décisions du Conseil d'Etat et du Grand Conseil portant sur la levée du secret de fonction d'un de leurs membres ou anciens membres, en raison de leur caractère politique prépondérant au sens de l'art. 86 al. 3 de la loi

fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) (art. 132 al. 7 LOJ), ni de ceux concernant les décisions pour lesquelles le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ).

La décision litigieuse n'appartenant pas à l'une de ces catégories, la chambre administrative admettra sa compétence pour connaître du recours lequel, interjeté en temps utile, est recevable (art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. ainsi que par la loi de procédure applicable (art. 41 LPA), comprend avant tout le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise (art. 30 al. 1 LPA). L'intéressé doit notamment avoir la possibilité de s'exprimer, de prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration des preuves essentielles, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.520/2002 du 17 juin 2003, cons. 2.2). La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; ATA/435/2010 du 22 juin 2010 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b).

En l'espèce, la commission a refusé d'entendre M. C_____ suite à la demande du recourant. Le fait qu'il soit délié du secret par M. C_____ n'implique pas que l'audition de ce dernier ne puisse éclairer les autorités, notamment quant aux intérêts en jeu ainsi que préciser le contenu du mandat liant le recourant à MM. G_____ et L_____. A défaut d'entendre M. C_____, tout au moins par écrit, la commission a violé le droit d'être entendu du recourant.

3. Le recourant conteste la qualité de mandant de MM. G_____ et L_____ et l'étendue du secret professionnel afférent aux services qu'il a rendus les concernant. En l'état actuel de l'instruction, ses activités de conseil relatives à l'actionnariat de la société consistent notamment en le dépôt-séquestre, la rédaction puis la destruction de la convention y relative, la tenue du registre d'actionnaires avec le contrôle du droit d'emption entre MM. G_____ et L_____.
- a. Les rapports entre l'avocat et son client sont soumis aux règles du mandat découlant des articles 394 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). A moins

d'un refus immédiat, le mandat est réputé accepté lorsqu'il se rapporte à des affaires pour la gestion desquelles le mandataire a une qualité officielle, ou qui rentrent dans l'exercice de sa profession, ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services (art. 395 al. 1 CO ; L. THEVENOZ/F. WERRO, Commentaire romand du Code des Obligations I, 2003, ad. art. 395, n. 8 p. 2036). L'étendue du mandat est déterminée, si la convention ne l'a pas expressément fixée, par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte (art. 396 al. 1 CO).

En l'espèce, le recourant était lié par un contrat de mandat envers ses trois clients MM. C_____, G_____ et L_____, ce dès qu'ils ont, par leur propre manifestation de volonté, requis ses services sans que le recourant ne les ait refusés (art. 1, 19 et 395 CO).

4. Repris de l'art. 13 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA - RS 935.61), l'art. 12 al. 1 LPAv prévoit que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ou dont il a connaissance dans l'exercice de celle-ci. Cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard de tiers. Le secret subsiste également après les relations contractuelles de l'avocat et de son client qu'elles aient cessé en raison de l'exécution du mandat, de sa résiliation ou pour d'autres motifs (art. 15 Code suisse de déontologie FSA ; F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 1818 p. 750 ; n. 1845 p. 759 ; n. 1913-1914 p. 780 et 781 et références citées).

L'art. 12 LPAv prévoit que sans en avoir l'obligation, l'avocat peut toutefois révéler un secret si la personne qui l'a mandaté y consent (al. 2). Il en est de même si l'avocat obtient l'autorisation écrite de la commission du barreau. L'autorisation n'est délivrée que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés (al. 4).

Toute tâche de l'avocat accomplie en sa qualité de mandataire est soumise au secret professionnel en vertu de son obligation de fidélité au sens de l'art. 398 al. 2 CO et 13 LLCA. La levée du secret doit être prévue par la loi, présenter un intérêt public suffisant et être proportionnée. La levée ne peut être prononcée qu'au terme d'une pesée des intérêts en jeu (F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 1818 p. 750 ; n. 1845 p. 759 ; n. 1913-1914 p. 780 et 781 et références citées).

La qualité de mandataire de l'avocat doit être précisée car le secret professionnel ne couvre pas toutes les affaires que l'avocat s'est chargé de gérer ; il porte seulement sur ce qui relève de l'activité professionnelle spécifique (ou typique) d'un avocat, et d'autres services atypiques d'un avocat qui pourraient aussi être fournis par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banquiers, tels que l'administration de sociétés et la gestion de fortune ou de fonds, en sont exclus (ATF 132 II 103 consid. 2.1 p. 105 ; 120 Ib 112 consid. 4 p. 119 ; voir

aussi ATF 112 Ib 606 ; ATF 87 IV 108 ; SJ 2011 II p. 153, 168 ; SJ 2010 p. 145, 150).

En l'espèce, pour statuer sur le bien-fondé de la levée du secret, il est nécessaire de déterminer au préalable la nature et l'étendue du mandat donné respectivement par MM. G_____, L_____ et C_____ au recourant. Pour ce faire, il sied de catégoriser individuellement chaque rapport de droit pour déterminer s'il relève de manière prépondérante d'une activité typique d'un avocat. Cette analyse ne peut être menée que sur la base d'enquêtes appropriées, par exemple en auditionnant les intéressés.

Il se justifie, dès lors, d'admettre le recours et de renvoyer la présente cause à la commission pour instruction complémentaire, au sens des considérants.

5. Compte tenu de l'issue de la cause, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à l'autorité intimée (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant, qui n'a pas exposé de frais (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 8 juin 2011 par Monsieur X_____ contre la décision de la commission du Barreau du 9 mai 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision de la commission du Barreau du 9 mai 2011 ;

renvoie la cause à la commission du barreau au sens des considérants ;

met à la charge de la commission du barreau un émolument de CHF 1000.- ;

dit qu'il n'est pas 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 ;

communiqué le présent arrêt à Monsieur X_____ ainsi qu'à la commission du Barreau.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Hurni et Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :