

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1566/2017-PROF

ATA/1405/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 octobre 2017

dans la cause

Monsieur A_____

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

1. Monsieur B_____ et ses sœurs Mesdames C_____, D_____ et E_____ (ci-après : les soeurs B_____) sont les héritiers de leur père, qui détenait, notamment, des actions de F_____, G_____ (ci-après : G_____) et H_____ (ci-après : H_____).

2. Le 10 août 2016, M. B_____, représenté par Me A_____, a requis des mesures provisionnelles et superprovisionnelles auprès du Tribunal civil de première instance visant à faire interdiction à ses sœurs de céder à tout tiers leurs actions dans les sociétés précitées.

Il exposait que peu après le décès de leur père, un acquéreur potentiel avait fait part aux soeurs B_____ de son intention de racheter les actions. Ces dernières avaient informé celui-ci le 4 mars 2016 de leur volonté commune de permettre audit acquéreur - pour autant qu'il exerce son droit d'option avant le 30 septembre 2016 - d'acquérir l'intégralité des actions des trois sociétés, « y compris celles détenues par [lui] ! ». La lettre d'intention précisait qu'un délai serait imparti à M. B_____ au 4 mai 2016 pour adhérer au contrat d'option ; en cas de refus de celui-ci, seules les actions des soeurs B_____ seraient cédées. La lettre d'adhésion et le projet de contrat d'option lui avaient été adressés « par voie d'avocat (!) » le 16 mars 2016.

La fratrie s'était réunie le 14 avril 2016 à Genève pour discuter du sort qui devait être réservé aux actions sus-évoquées. Avaient également participé à cette réunion, en particulier, les avocats de la famille B_____, soit Me I_____, avocat fiscaliste français, Mes J_____ et K_____, avocats fiscalistes suisses, et Monsieur L_____. Ce dernier est le mari de Mme E_____, administrateur de G_____ et administrateur vice-président de H_____.

M. B_____, qui n'était alors pas assisté de son conseil, avait enregistré les propos tenus lors de cette réunion, à l'insu des autres participants. À l'appui de sa requête, il a produit cet enregistrement, qui dure plus d'une heure et dont il a partiellement retranscrit les minutes 58 à 61, afin de rendre vraisemblable son droit de priorité ou de préemption sur les actions de ses sœurs, qui serait aussi fondé sur un projet de pacte social.

3. Le 22 août 2016, Me A_____ a refusé la demande de Me M_____, avocat des soeurs B_____, de retirer l'enregistrement du dossier civil ; il appartenait au Tribunal civil de déterminer si l'enregistrement était recevable.

4. Par courrier électronique du 22 août 2016 adressé à Me M_____, Me J_____ a indiqué que la réunion du 14 avril 2016 était confidentielle parce

qu'elle portait sur des questions d'ordre familial et que ni lui, ni son collaborateur n'avaient conscience de cet enregistrement, ni a fortiori, y avaient donné leur accord.

5. a. Par ordonnance du 3 octobre 2016, le Tribunal civil a écarté la pièce litigieuse, révoqué l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 11 août 2016 et rejeté la requête de mesures provisionnelles.

M. B_____ ne contestait pas le caractère illicite de l'enregistrement, et il n'existait pas d'intérêt prépondérant justifiant l'utilisation d'une preuve obtenue de manière illicite. En outre, la pièce litigieuse n'apparaissait pas de nature à apporter un éclairage sur l'existence d'un droit de préemption.

- b. Par arrêt du 10 février 2017, la chambre civile de la Cour de justice a rejeté l'appel formé par M. B_____.

Elle a retenu que l'enregistrement effectué à l'insu de la personne enregistrée constituait une preuve illicite. La manifestation de la vérité relative à des prétentions de nature patrimoniale ne devait pas prendre le pas sur le respect de l'art. 179ter du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Ainsi, les propos tenus par M. L_____ pendant la réunion enregistrée et auxquels l'appelant se référerait, ne pouvaient être pris en considération.

6. a. Le 5 octobre 2016, Me M_____ a dénoncé Me A_____ auprès de la commission du barreau pour violation de l'art. 12 let. a de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61), qui prévoit que l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence.

b. Me A_____ a contesté la violation reprochée. Lorsqu'il avait rédigé la requête susmentionnée, il avait informé son client des faibles chances de succès de celle-ci. Ce dernier lui avait alors remis l'enregistrement, fait à l'insu des autres participants, de la réunion du 14 avril 2016, lors de laquelle M. L_____ s'était référé aux droits de priorité de M. B_____, sans être contredit par ses interlocuteurs. Me A_____ avait alors choisi de produire cet enregistrement. Il considérait qu'il était de son devoir de le produire, quand bien même il était illicite, dès lors que cette pièce contribuerait à la manifestation de la vérité.

7. Par décision du 10 avril 2017, la commission du barreau a constaté que Me A_____ avait violé l'art. 12 let. a LLCA et a prononcé un avertissement à son encontre. La violation de cette disposition pouvait rendre illicite une preuve au sens de l'art. 152 al. 2 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272). L'intéressé avait sciemment produit un enregistrement qu'il savait illicite. La réunion enregistrée avait été tenue en présence de Me J_____, qui conseillait régulièrement les frère et soeurs B_____. Elle visait à trouver, si faire se pouvait, une solution transactionnelle. Elle avait ainsi un caractère confidentiel.

En produisant cet enregistrement, qu'au demeurant le Tribunal civil n'avait pas jugé de nature à l'éclairer sur les droits allégués, l'avocat avait commis un manquement grave, dès lors qu'il remettait en cause le principe des discussions transactionnelles confidentielles. L'absence d'antécédent conduisait toutefois la commission à ne prononcer que la sanction la plus légère, à savoir l'avertissement.

8. Par acte expédié le 1^{er} mai 2017 à la chambre administrative de la Cour de justice, Me A_____ a recouru contre cette décision, dont il a demandé l'annulation, concluant à ce qu'il soit constaté qu'il n'avait pas violé l'art. 12 let. a LLCA. Il n'avait fait que soumettre au juge civil une pièce qu'il appartenait à celui-ci d'examiner pour procéder à la pesée des intérêts conduisant à la recevabilité de celle-ci au sens de l'art. 152 al. 2 CPC. La réunion du 14 avril 2016 n'avait pas pour but de trouver une solution transactionnelle ; le différend était survenu plus tard. Par ailleurs, seules les communications confidentielles entre avocats ne pouvaient être divulguées ; le recourant n'avait pas assisté à la réunion susmentionnée. Enfin, il avait produit l'enregistrement dans son intégralité, non pas pour révéler des faits en lien avec la problématique fiscale qui n'intéressait pas le juge civil, mais pour permettre à ce dernier de s'assurer que les extraits n'étaient pas tronqués.

Invitée à se déterminer sur le recours, la commission s'est référée à sa décision.

9. Par courrier du 6 juin 2017, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; applicable par renvoi de l'art. 49 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 - LPAv - E 6 10).).
2. a. L'avocat autorisé à pratiquer doit respecter les règles professionnelles énoncées à l'art. 12 LLCA.

Selon l'art. 12 let. a LLCA, l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence. Le devoir de diligence comprend le respect de la confidentialité des discussions menées à des fins transactionnelles et l'inadmissibilité de leur utilisation en procédure. L'interdiction pour l'avocat de se prévaloir en justice de discussions transactionnelles confidentielles est fondée sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges, les parties devant pouvoir s'exprimer

librement lors de la recherche d'une solution extrajudiciaire (ATF 140 III 6 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 2A.658/2004 du 3 mai 2005 consid. 3.4).

b. La LLCA définit de manière exhaustive les règles professionnelles auxquelles les avocats sont soumis. Les règles déontologiques conservent toutefois une portée juridique en permettant de préciser ou d'interpréter les règles professionnelles, dans la mesure où elles expriment une opinion largement répandue au plan national (ATF 136 III 296 consid. 2.1 ; 131 I 223 consid. 3.4). Dans le but d'unifier les règles déontologiques sur tout le territoire de la Confédération, la Fédération Suisse des Avocats (FSA) a précisément édicté le Code suisse de déontologie (ci-après: CSD); consultable sur <http://www.sav-fsa.ch>, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

Selon l'art. 6 CSD, l'avocat ne porte pas à la connaissance du tribunal des propositions transactionnelles, sauf accord exprès de la partie adverse. L'art. 26 CSD répète qu'il ne peut être fait état en procédure « de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles ». L'utilisation en procédure du contenu de pourparlers transactionnels constitue une violation de l'obligation résultant de l'art. 12 let. a LLCA (ATF 140 III 6 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 2C_900/2010 du 17 juin 2011 et du 3 mai 2005 consid. 3.3).

c. L'obligation de diligence imposée à l'art. 12 let. a LLCA est directement déduite de l'art. 398 al. 2 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) ; elle interdit à l'avocat d'entreprendre des actes qui pourraient nuire aux intérêts de son client. Pour qu'un comportement tombe sous le coup de cette disposition légale, il suppose l'existence d'un manquement significatif aux devoirs de la profession (arrêts du Tribunal fédéral 2C_878/2011 du 28 février 2012 consid. 5.1 et 2C_452/2011 du 25 août 2011 consid. 5.1).

d. Aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Le juge procède alors à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité. Les règles professionnelles énumérées à l'art. 12 LLCA constituent des normes dont la violation peut rendre une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC (ATF 140 III 6 consid. 3.1 ; 136 III 296 consid. 2.1).

Dans les causes à caractère purement patrimonial soumises à la maxime des débats, l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle, résultant prétendument du moyen de preuve illicite, ne saurait prévaloir face à l'intérêt public au respect strict de la règle de confidentialité (ATF 140 III 6 consid. 3.1 ; ACJC/670/2017 du 9 juin 2017 consid. 3 et les références citées).

e, L'avocat est le titulaire de son secret professionnel. Celui-ci est absolu : l'avocat est libre de divulguer ou non des faits qui lui ont été confiés, même après avoir été délié du secret par son client ou son autorité disciplinaire (ATF 136 III 296 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_587/2012 du 24 octobre 2012 consid. 2 ; cf. art. 13 al. 1 LLCA).

f. La chambre administrative examine librement si le comportement incriminé contrevient à l'art. 12 let. a LLCA (art. 67 LPA ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.318/2006 du 27 juillet 2007 consid. 12.1 ; ATA/820/2014 du 28 octobre 2014).

3. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'enregistrement litigieux est illicite au sens de l'art. 179ter CP.

a. Il l'est également en tant que sa production contrevient aux règles déontologiques, au respect desquelles le recourant est contraint. En effet, et contrairement à ce que ce dernier soutient, la réunion du 14 avril 2016 avait pour objet de trouver un accord au sujet de la vente des actions dont les intéressés avaient hérité. Il ressort de la requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles rédigée par le recourant que son client avait été à tout le moins contrarié – ce que marque l'utilisation de points d'exclamation – de ce que ses sœurs avaient, début mars 2016, répondu sans le consulter, à un acquéreur potentiel, qu'elles étaient disposées à lui vendre l'intégralité des actions détenues par les héritiers, et qu'il n'avait été informé de ce projet que par courrier adressé à son avocat le 16 mars 2016. Les relations entre les frère et sœurs étaient ainsi affectées par la contrariété éprouvée par M. B_____. Dans ce contexte, il ne peut être retenu que la réunion du 14 avril 2016 est intervenue en dehors de tout différend, ni a fortiori, qu'elle n'avait pas pour but de permettre aux frère et sœurs de trouver un accord. Bien que le recourant n'ait pas assisté à cette réunion, il se devait de respecter le caractère confidentiel des pourparlers, qui se sont déroulés en présence de plusieurs de ses confrères.

b. En outre, et quand bien même il conviendrait de retenir que les échanges qui ont eu lieu le 14 avril 2016 ne constituent pas des discussions transactionnelles au sens des art. 6 et 26 CSD, elles n'en demeurent pas moins couvertes par le secret professionnel des avocats qui y ont assisté, et ne pouvaient, de ce fait non plus, être révélées en cours de procédure. Les participants à la réunion enregistrée comportaient, notamment, les avocats de la famille B_____, soit Me I_____, avocat fiscaliste français, ainsi que Me J_____, également fiscaliste, et son collaborateur. Il n'est pas nécessaire de déterminer si M. L_____ était présent en qualité d'avocat, d'époux d'une des héritières ou membre du conseil d'administration de deux sociétés dans lesquelles le défunt avait des intérêts patrimoniaux. En effet, le fait que la discussion a eu lieu en présence d'avocats fiscalistes prodiguant leurs conseils professionnels aux hoirs suffit à retenir le caractère confidentiel des propos échangés lors de cette réunion, au demeurant couverts par le secret professionnel des avocats fiscalistes.

Conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus, l'utilisation par le recourant, en procédure, de propos tenus dans le cadre de discussions transactionnelles, confidentielles, respectivement couvertes par le secret professionnel de ses confrères, constitue une violation des obligations de l'avocat résultant de l'art. 12 let. a LLCA.

c. Le recourant doit également se voir reprocher d'avoir manqué à son devoir de diligence au sens de l'art. 398 al. 2 CO.

D'une part, en ne dissuadant pas son client de faire état de l'enregistrement, mais au contraire en l'utilisant dans la procédure civile, il l'a exposé à l'éventualité d'une poursuite pénale, l'enregistrement illicite de conversations étant réprimé par l'art. 179ter CP. D'autre part, la jurisprudence n'admettant que de manière très restrictive l'utilisation de preuves illicites, et l'ayant notamment exclue dans des litiges soumis, comme en l'espèce, à la maxime des débats portant sur des questions d'ordre purement patrimonial, il était manifeste que le Tribunal civil allait écarter l'enregistrement. Tel a effectivement été le cas – ce que l'instance d'appel a d'ailleurs confirmé –, le Tribunal civil relevant en outre que le moyen de preuve n'était pas de nature à rendre vraisemblable le fait allégué.

Au vu de ces éléments, le recourant ne pouvait produire l'enregistrement illicite, sans violer de manière significative son obligation de diligence résultant du mandat qui le liait à son client.

d. Compte tenu de ce qui précède, la commission du barreau a, à juste titre, retenu que le recourant avait failli à ses obligations professionnelles et, en particulier, violé l'art. 12 let. a LLCA.

4. Le recourant ne conteste, à raison, pas le type de sanction prononcée à son encontre. L'avertissement étant la moins grave des sanctions prévues à l'art. 17 LLCA, la commission n'a, en effet, pas excédé ni abusé du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose (ATA/820/2014 du 28 octobre 2014 consid. 7 ; ATA/174/2013 précité consid. 7 ; ATA/127/2011 précité consid. 9d).

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et un émolument de CHF 1'000.- mis à la charge du recourant, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

6. Le dénonciateur n'étant pas partie à la procédure devant la chambre de céans, ni le présent arrêt ni son dispositif ne lui seront notifiés. La tâche d'informer le dénonciateur reviendra ainsi à la commission (ATA/1058/2015 du 6 octobre 2015 ; ATA/475/2015 du 19 mai 2015 et les références citées).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1^{er} mai 2017 par Monsieur A_____ contre la décision de la commission du barreau du 10 avril 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Monsieur A_____ ;

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.

communique le présent arrêt à Monsieur A_____, ainsi qu'à la commission du barreau ;

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :