

GE_GERICHTE ATA/185/2014 vom 25. März 2014

GE Cour de justice, 2014-03-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_185_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/185/2014 du 25 mars 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/185/2014 del 25 marzo 2014

Regeste

Résumé: Constatation de l'absence de secret professionnel sur recours de l'avocat contre une décision de la commission du barreau refusant de le délier dudit secret. Examen de l'existence d'un secret professionnel de l'avocat à l'égard de personnes à qui celui-ci a rendu des services. Distinction entre activité typique et activité atypique de l'avocat

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

La question litigieuse porte sur l'existence et, cas échéant, la levée du secret professionnel du recourant dans le cadre des services qu'il a rendus à MM. A_____, Y_____ et Z_____. 3) a. Dans l'arrêt rendu par la chambre de céans dans le litige opposant alors le recourant à la seule commission (ATA/638/2011), la cause avait été renvoyée à la commission du barreau pour instruction complémentaire afin de catégoriser individuellement chaque rapport de droit en vue de déterminer s'il relevait de manière prépondérante d'une activité typique d'avocat.

En outre, dans le cadre du présent recours, le recourant a conclu à ce que les parties soient entendues en audience de comparution personnelle par la chambre de céans.

b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_799/2011 du 20 juin 2012 consid. 6.1 ; 4A_108/2012 du 11 juin 2012 consid. 3.2 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237 ; 138 IV 81 consid. 2.2 p. 84 ; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 et les arrêts cités ; 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C_514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). Cela n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/305/2013 du 14 mai 2013 consid. 3 ; ATA/40/2013 du 22 janvier 2013).

A cet égard, il convient de préciser que MM. Y_____ et Z_____ sont devenus parties à la procédure et ont pu s'exprimer par écrit, au même titre que le

- 8/14 - A/1300/2013 recourant, par-devant la commission et dans le cadre du présent recours. En conséquence, les constatations qui ressortent des pièces figurant au dossier étant suffisantes pour établir les faits pertinents pour l'issue du litige, la chambre de céans renoncera à procéder à des mesures d'instruction complémentaires. 4) a. 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 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10) prévoit que l'avocat est soumis au secret professionnel – également prévu par l'art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) – 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 professionnel 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 du Code suisse de déontologie FSA ; F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 1'818 p. 750 ; n. 1'845 p. 759 ; n. 1'913-1'914 p. 780 et 781 et les références citées).

b. 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. L'autorisation n'est délivrée que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés (al. 4). 5) a. Le secret professionnel couvre tous les faits et documents confiés à l'avocat qui présentent un rapport certain avec l'exercice de sa profession.

b. 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 activités atypiques d'un avocat, appelées aussi activités purement commerciales, qui pourraient aussi être fournies par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banquiers, telles que l'administration de sociétés et la gestion de fortune ou de fonds, en sont exclus (ATF 135 II 410 consid. 3.3 ; 132 II 103 consid. 2.1 ; 120 Ib 112 consid. 4 ; voir aussi ATF 112 Ib 606 ; ATF 87 IV 108 ; SJ 2011 II p. 153, 168 ; SJ 2010 p. 145, 150).

c. Ce sont la conjonction de l'exercice de la profession, à titre indépendant, par un avocat inscrit sur le registre professionnel et le constat que la prestation fournie est destinée à l'accès du client au droit ou à la justice qui doivent amener à la conclusion que l'intervention de l'avocat s'inscrit bien dans l'exercice de ses activités professionnelles spécifiques (P. MAURER et J.-P. GROSS, Secret professionnel in N. VALTICOS/C. REISER/B. CHAPPUIS [éd.], Commentaire romand - Loi sur les avocats, 2010, p. 165). En outre, faute de claire séparation

- 9/14 - A/1300/2013 entre l'activité typique de l'avocat et l'activité commerciale, il y a lieu, en cas de doute, de conclure au caractère commercial de l'activité (F. BOHNET/ V. MARTENET, op. cit, p. 754 et les références de jurisprudence citées ; J.-T. MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, Revue de l'avocat 10/2009 et 11-12/2009, pp. 501 et 546).

d. S'agissant du mandat de dépôt ordinaire et notamment de la garde en dépôt d'un contrat, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une activité typique de l'avocat ou

du notaire (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.32/2005 du 11 juillet 2005 consid. 3.2 et les références citées ; Arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.209 du 6 octobre 2009 consid. 3.2). Il en va de même de l'activité de dépositaire de certificats d'actions et du registre des actionnaires, qui n'est pas spécifique à la profession d'avocat. 6)

En l'espèce, les activités déployées par le recourant, telles qu'elles ressortent des déclarations des parties, sont celles de dépositaire des certificats d'actions, du registre d'actions ainsi que de la convention. A cela s'ajoute, dans une mesure qui n'est pas clairement établie, celle de rédaction de la convention voire celle de conseil, en amont de la signature de ladite convention.

a. Bien que le recourant et les intimés ne reconnaissent pas comme établis tous les faits concernant leur relation, ils s'accordent néanmoins pour admettre que le recourant était l'avocat de M. A_____ avant leur rencontre (mémoire de réponse et demande reconventionnelle du 25 mai 2010 point 8.4 et déclarations de M. Y_____ lors de l'audience de comparution personnelle du 12 octobre 2010 par-devant le tribunal, procès-verbal p. 5).

b. Il ressort des écritures du recourant que lors de la rencontre du 30 mars 2000 avec M. A_____ et M. Y_____, voire M. Z_____, il s'agissait de formaliser une situation dans laquelle M. A_____, détenant une part de 20 % du capital- actions d'une société anonyme dont les intimés détenaient le solde, ne devait pas apparaître officiellement.

Pour les intimés, comme ils l'exposent dans leurs écritures, il s'agissait, à la demande de M. A_____, de garantir une créance illicite de celui-ci, au moyen d'un mécanisme permettant de retenir les 20 % du capital-actions, dans l'hypothèse où la créance ne serait pas honorée. A cet égard, les intimés précisent que M. A_____ ayant exigé une garantie et sachant que leurs bonnes relations avec la banque qui employait ce dernier à l'époque étaient en jeu, ils avaient dû s'incliner. En outre, ils exposent que « les parties voulaient un mécanisme qui permettrait à M. A_____ de retenir les 20 % du capital-actions dans l'hypothèse où sa créance ne lui serait pas versée » et que « l'idée des parties était de garantir la créance de M. A_____ » en précisant que ce dernier « tenait à ne pas expliquer de manière complète à l'avocat les raisons pour lesquelles il ne voulait pas apparaître comme actionnaire ». Ils précisent que l'avocat mandaté n'était pas au

- 10/14 - A/1300/2013 courant de « l'arrière-plan » de cette transaction (mémoire de réponse et demande reconventionnelle du 25 mai 2010 point 8.2, 8.3 et 8.6 et déclarations de M. Y_____ lors de l'audience de comparution personnelle du 12 octobre 2010 par-devant le tribunal, procès-verbal p. 4).

S'agissant encore du rapport des intimés avec le recourant, ils ont déclaré qu'ils n'avaient pas signé de procuration en sa faveur et ne lui avaient pas versé d'honoraires, ou du moins ne s'en souvenaient pas. Ils ne se souvenaient pas non plus avoir échangé de correspondance avec le recourant (p. 9 et 10 du procès-verbal d'audience de comparution personnelle du 12 octobre 2010 par-devant le tribunal). Les intimés et le recourant s'accordent également pour affirmer qu'aucune copie de la convention n'a été remise aux intimés, et qu'un seul exemplaire, restant en main du recourant, avait été signé.

En conséquence, il découle de ce qui précède et de la version des faits donnée par les intimés eux-mêmes que l'idée du « mécanisme » à mettre en place venait des parties à la convention et qu'ils n'ont pas exposé l'entier des faits au recourant, taisant notamment le

fait que M. A_____ n'était pas propriétaire du 20 % du capital-actions. Aussi les intimés ne sauraient-ils se prévaloir dans la présente procédure, visant à déterminer l'existence d'un secret professionnel du mandataire en examinant la qualification du mandat qui a été confié à ce dernier, de faits qu'ils ont tus à celui-ci.

Force est de constater que dans la mesure connue par le recourant, le mandat donné était celui de garder, dans l'intérêt de M. A_____, les certificats d'actions et le registre d'actions ainsi que la convention indiquant l'actionnariat réel de la société. 7)

S'agissant du dépôt des actions, du registre et de la convention, les intimés et le recourant s'accordent sur le fait que le rôle de l'avocat, tel qu'il ressort de la volonté exprimée par les parties lors de l'entrevue avec le recourant, était de garder en dépôt les documents et de les restituer à la demande des trois signataires de la convention.

Le contrat de dépôt, qui peut être collectif, se définit comme le contrat par lequel une personne s'engage à recevoir puis garder en lieu sûr et à restituer à la demande du ou des déposants, la chose mobilière, que lui confie l'autre partie (art. 472 ss CO). S'agissant du dépôt de titres, il s'agit d'un contrat classique de la pratique bancaire. Lorsque l'obligation du dépositaire se réduit à la garde de la chose, sans qu'il doive l'administrer, on parle de dépôt normal ou dépôt dit « fermé » (P. TERCIER/P. G. FAVRE Les contrats spéciaux, 4ème éd., 2009, p. 997 ss).

Les intimés qualifie le mandat donné de « dépôt séquestre » ou de « consignation à titre de garantie ou de sûreté (contrat d'Escrow) », soit un dépôt

- 11/14 - A/1300/2013 ordinaire, mais effectué auprès d'un tiers, afin de garantir un créancier. Le dépositaire ne peut, dans ce cas, restituer la chose que selon les termes de l'accord. Une telle activité est considérée, quoique de façon controversée, comme relevant d'une activité typique d'avocat car elle implique de la part de ce dernier une prestation en rapport avec l'accès au droit. C'est notamment le cas quand l'avocat offre la garantie que la déconsignation n'interviendra que si toutes les conditions dont elle doit dépendre sont remplies (P. MAURER/J.-P. GROSS, op. cit., p. 172 ; H. NATER/G.G. ZINDEL, ad art. 13, in W. FELLMANN/ G.G. ZINDEL [éd.] Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2ème éd, 2011, p. 353).

La distinction entre activité soumise au secret professionnel et activité atypique a été examinée dans le cadre de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (LBA - RS 955.0). Les activités des avocats et des notaires relevant du secret professionnel, d'après la pratique, ne sont pas soumises à la LBA. L'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, dans ses directives portant sur cette distinction (Circulaire 2011/1 Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA), indique que pour déterminer si un avocat faisant office de consignataire est soumis à la LBA, il convient d'examiner si ses compétences professionnelles sont nécessaires à l'exécution du contrat de consignation. L'activité de consignataire (escrow agent) lorsqu'elle est en lien direct avec un mandat juridique précis, nécessitera ces compétences. En revanche, si l'exécution du contrat n'est pas en lien direct avec un mandat juridique précis, il convient de partir du principe que les compétences professionnelles de l'avocat ne sont pas nécessaires. Dans cette hypothèse, les parties mandatent l'avocat non pas en raison de ses compétences professionnelles spécifiques, mais parce qu'elles préfèrent faire appel aux services d'une personne neutre et digne de confiance pour l'exécution du contrat.

En l'espèce, la qualification du contrat d'escrow agreement ayant nécessité les compétences juridiques de l'avocat, ne saurait être retenue. En effet, les intimés perdent de vue qu'ils allèguent expressément ne pas avoir exposé la situation réelle de leur relation au recourant, et notamment ne pas avoir informé le recourant du fait que M. A_____ était au bénéfice d'une créance et n'était pas propriétaire d'une partie du capital-actions qui devait servir de garantie. Ils affirment, comme le recourant d'ailleurs, avoir demandé uniquement à ce dernier de conserver les documents remis et de les leur restituer à leur demande conjointe, ce qui a été fait.

Le recourant a dès lors fourni une prestation sortant du cadre strict de son activité d'avocat en concluant un contrat de dépôt ordinaire. Cette activité atypique n'est pas couverte par le secret professionnel, comme vu ci-dessus. 8)

S'agissant finalement des conseils que le mandataire aurait prodigués en amont de la signature de la convention à tous les signataires, ce qui pourrait

- 12/14 - A/1300/2013 constituer de prime abord une activité typique de la profession d'avocat, rien n'indique que l'activité déployée par le recourant dans ce domaine ait dépassé celle dont auraient bénéficié ses mandants dans le cadre d'un dépôt auprès d'un établissement bancaire ou auprès d'une fiduciaire.

S'agissant de l'activité de conseil juridique, les intimés ne parviennent pas à établir de façon convaincante qu'ils en auraient bénéficié de la part du recourant. En outre, il convient de souligner que les intérêts des intimés s'avéraient de fait divergents de ceux de leur débiteur, et qu'il n'est dès lors guère plausible qu'ils aient cherché à être conseillés par l'avocat de celui-ci. Ils n'allèguent pas avoir consulté le recourant en dehors de l'unique entrevue au cours de laquelle le contrat de dépôt a été conclu et ils n'ont pas échangé de correspondance avec lui, ni ne lui ont versé d'honoraires. Bien plus, il découle de leurs déclarations que l'activité de conseil et/ou de rédaction d'un document formalisant la garantie recherchée par M. A_____, ne l'a été qu'au profit de ce dernier, déjà client du recourant.

Le recourant n'était ainsi lié par le secret professionnel qu'à l'égard de M. A_____, ce dernier ayant seul bénéficié d'une activité typique de l'avocat, consistant en la défense de ses intérêts ; les intimés n'ont bénéficié que de l'activité atypique de dépositaire, non couverte par le secret professionnel de l'avocat. 9)

Au vu de ce qui précède, la chambre de céans constate qu'en l'espèce le recourant n'est pas lié par le secret professionnel à l'égard des intimés. En conséquence, la décision de la commission, lui refusant d'être délié dudit secret, sera annulée. La cause ne sera pas renvoyée à ladite commission, le recourant n'ayant pas besoin d'être délié de son secret professionnel. 10) Le recours est admis. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de MM. Y_____ et Z_____ pris conjointement et solidairement. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant, qui n'y a pas conclu et n'a pas exposé de frais (art. 87 al. 2 LPA), ni aux autres parties vu l'issue du litige (ibid.).

* * * * *

- 13/14 - A/1300/2013