

GE_GERICHTE ATA/440/2014 vom 17. Juni 2014

GE Cour de justice, 2014-06-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_440_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/440/2014 du 17 juin 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/440/2014 del 17 giugno 2014

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA, par renvoi de l'art. 49 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 - LPAv - E 6 10). 2)

Aux termes de l'art. 61 LPA, le recours peut être formé : a) pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation ; b) pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (al. 1) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2). La LPAv ne prévoit pas une telle exception. 3)

Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui n'a pas de portée différente dans ce contexte, le droit d'être entendu comprend, notamment, le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de

- 20/33 - A/2347/2013 participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 ; 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_123/2013 du 10 juin 2013 consid. 1.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas l'autorité de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier si elle 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 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 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 ; ATA/249/2013 du 10 décembre 2013 ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012). Le droit d'être entendu n'implique pas non plus une audition personnelle des parties, qui doivent seulement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; ATA/302/2012 du 15 mai 2012).

En l'occurrence, il n'y pas lieu de donner une suite favorable au chef de conclusions préalable de la recourante tendant à sa comparution personnelle, étant donné que les éléments de fait du dossier sont suffisamment clairs et établis pour permettre à la chambre de céans de statuer en toute connaissance de cause. 4)

a. La LLCA s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse (art. 2 al. 1 LLCA). Elle régit l'ensemble de leur activité professionnelle, que celle-ci relève de la représentation ou du conseil. Les avocats y sont également soumis lorsqu'ils agissent dans le cadre d'un contrat de fiducie, comme exécuteurs testamentaires, gérants de fortune ou mandataires à l'encaissement ou encore comme membres d'un conseil d'administration (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_257/2010 du 23 août 2010 consid. 3.1 et les références citées).

Encore faut-il, en principe, que cette activité soit en lien direct avec la profession d'avocat. Le caractère onéreux de la prestation est à cet égard un indice de la nature professionnelle du service rendu. Selon certains auteurs, l'usage du titre d'avocat constitue également un critère (François BOHNET/Vincent MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 1116 et 1119). D'après un autre auteur, l'avocat agit dans l'exercice de sa profession lorsqu'il est fait appel à lui en vue d'accéder au droit (critère du "Zugang zum Recht" : Kaspar SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, n. 330 ss). De manière très générale, l'activité extra-professionnelle des avocats n'est pas soumise à la loi sur les avocats. Il en va ainsi non seulement des comportements qui relèvent de leur vie privée, mais aussi des activités politiques et associatives ainsi que de la participation à des organismes poursuivant un but économique, lorsque l'intéressé

- 21/33 - A/2347/2013 n'en fait pas partie en sa qualité d'avocat et cherche à promouvoir des intérêts étrangers à sa profession. Les comportements relevant de ce champ d'activités ne tombent sous le coup de la LLCA que s'ils donnent lieu à des condamnations pénales incompatibles avec la profession d'avocat ou si, en raison d'une telle activité, l'intéressé fait l'objet d'un acte de défaut de biens (cf. art. 8 al. 1 let. b et c LLCA ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_257/2010 précité consid. 3.1 et les références citées).

b. En l'occurrence, la recourante n'a jamais contesté que sa charge invoquée d'exécutrice testamentaire présentait des liens avec sa profession d'avocate. Elle a, dans ce cadre, proposé des solutions qu'elle estimait fondées sur le droit, sollicité des honoraires et perçu une avance à ce titre.

C'est donc à juste titre que la commission intimée s'est déclarée compétente pour statuer sur le respect ou l'absence de respect par la recourante des règles professionnelles en relation avec les faits décrits plus haut. 5) a. L'avocat autorisé à pratiquer doit respecter les règles professionnelles énoncées à l'art. 12 LLCA. L'art. 12 LLCA définit exhaustivement les règles professionnelles applicables aux avocats (ATF 136 III 296 consid. 2.1 ; ATF 131 I 223 consid. 3.4 ; ATF 130 II 270 consid. 3.1 ; ATA/132/2014 du 4 mars 2014). Il n'y a plus de place pour une réglementation cantonale divergente (ATF 130 II 270 consid. 3.1).

Ces règles professionnelles sont des normes destinées à réglementer, dans l'intérêt public, la profession d'avocat, afin d'assurer son exercice correct et de préserver la confiance du public à leur égard (ATF 135 III 145 consid. 6.1).

b. Aux termes de l'art. 12 let. a LLCA, l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence.

Cette disposition constitue une clause générale, visant le soin et la diligence de l'avocat dans l'exercice de son activité professionnelle. Ceci l'astreint à se comporter de façon correcte vis-à-vis de ses clients, mais aussi envers les autorités judiciaires ou administratives, ses confrères et le public (ATF 130 II 270, consid. 3.2 ; Michel VALTICOS, in Michel VALTICOS/Christian REISER/Benoît CHAPPUIS [éd.],

Commentaire romand - Loi sur les avocats, 2010, n. 6 ad art. 12 LLCA). Le fait de devoir observer certaines règles non seulement dans les rapports avec les clients, mais aussi à l'égard des autorités, des confrères et du public est en effet nécessaire à une bonne administration de la justice et présente un intérêt public (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.191/2003 du 22 janvier 2004 consid. 5 ; Isaak MEIER, Bundesanwaltsgesetz : Probleme in der Praxis, in Plädoyer 5/2000 p. 33).

- 22/33 - A/2347/2013

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

E. 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 toutefois 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).

c. L'art. 12 let. h LLCA prévoit que l'avocat conserve séparément les avoirs qui lui sont confiés et son patrimoine.

A teneur de l'art. 23 CSD, l'avocat conserve les avoirs qui lui sont confiés séparément de son propre patrimoine (al. 1) ; il les administre de manière consciencieuse et est en mesure de les restituer en tout temps. Les valeurs pécuniaires doivent être restituées aux clients sans retard ; le droit de l'avocat de compenser avec sa créance d'honoraires est réservé (al. 2) ; l'avocat tient une comptabilité complète et exacte des fonds confiés (al. 3). 6)

En vertu de l'art. 17 LLCA, en cas de violation de la présente loi, l'autorité de surveillance peut prononcer les mesures disciplinaires suivantes : a. l'avertissement ; b. le blâme ; c. une amende de CHF 20'000.- au plus ; d. l'interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de deux ans ; e. l'interdiction définitive de pratiquer (al. 1) ; l'amende peut être cumulée avec une interdiction de pratiquer (al. 2) ; si nécessaire, l'autorité de surveillance peut retirer provisoirement l'autorisation de pratiquer (al. 3).

Des sanctions disciplinaires contre un avocat présupposent, du point de vue subjectif, une faute, dont le fardeau de la preuve incombe à l'autorité disciplinaire. La faute peut consister en une simple négligence ; peut être sanctionné un mandataire qui a manqué du soin habituel qu'en toute bonne foi on peut et doit exiger de chaque avocat (ATF 110 Ia 95 = JdT 1986 I 142 ; Alain BAUER/Philippe BAUER, in Michel VALTICOS/Christian REISER/Benoît CHAPPUIS [éd.], Commentaire romand - Loi sur les avocats, 2010, n. 11 ad art. 17 LLCA).

L'avertissement, le blâme et l'amende sont radiés du registre cinq ans après leur prononcé (art. 20 LLCA). 7)

Chaque canton désigne une autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur son territoire (art. 14 LLCA). À Genève, ce rôle est dévolu à la commission du barreau (art. 14 LPAv) à laquelle les avocats inscrits au registre cantonal sont soumis, sans préjudice des règles de droit commun (art. 42 al. 1 LPAv), et qui statue sur tout manquement

- 23/33 - A/2347/2013 professionnel en pouvant prononcer, suivant la gravité du cas, les sanctions énoncées à l'art. 17 LLCA (art. 43 al. 1 LPAv). 8)

La procédure de surveillance des avocats a pour but d'assurer l'exercice correct de la profession par les avocats et de préserver la confiance du public à leur égard et non de défendre les intérêts privés des particuliers (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2).

La commission peut ordonner des mesures probatoires et charger de l'instruction un ou plusieurs de ses membres (art. 45 LPA). Elle motive ses décisions et respecte le droit d'être entendu de l'avocat visé (art. 46 al. 1 et 2 LPAv). Au surplus, elle agit en conformité des dispositions de la LPA (art. 49 LPAv). 9)

L'obligation de motiver les décisions administratives découle du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., et rappelé à l'art. 46 LPAv. Pour répondre à l'exigence de motivation, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. La motivation doit également permettre au juge de contrôler la légalité de la décision dont est recours (ATF 133 III 439 consid. 3.3 ; 129 I 232 consid. 3.2 et les références citées ; ATA/334/2014 du 13 mai 2014 consid. 4 ; ATA/11/2009 du 13 janvier 2009 consid. 3).

En l'espèce, dans sa décision querellée, la commission intimée n'a pas examiné si la recourante pouvait se fonder sur des règles du droit pour refuser de transmettre les documents et les fonds afférents au compte bancaire à Monaco de la fondation aux héritiers, se contentant d'affirmer que le contexte ne souffrait d'aucune ambiguïté, alors que l'intéressée invoquait, dans ses écritures, sa qualité d'exécutrice testamentaire, voire de trustee, ainsi que la préservation des droits d'une partie des héritiers et des légataires. Il s'agit pourtant d'une question essentielle pour déterminer si des violations des règles professionnelles ont été commises ou non.

Cela étant, la recourante ne fait valoir une telle violation et la chambre de céans est en mesure d'analyser ces points, de sorte que l'absence de motivation y afférente de la part de l'intimée ne portera pas à conséquence. 10) Une sanction disciplinaire contre la recourante ne peut se justifier que si les actes qui lui sont reprochés ne pouvaient en aucun cas reposer sur des bases juridiquement défendables, ce qui sera examiné ci-après, sans que les questions de droit des successions soient définitivement tranchées. 11) a. L'ouverture de la succession effectuée par les héritiers devant les autorités de Chypre, dernier domicile de la défunte, pouvait *prima facie* être fondée sur les

- 24/33 - A/2347/2013 art. 86 al. 1 et 87 al. 1 a contrario de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP - RS 291).

Il n'appartient pas à la chambre administrative d'élucider comment la procédure d'ouverture et de surveillance de la succession de feu Mme B_____ s'est déroulée à Chypre, ni si les héritiers réservataires au sens du droit suisse – MM. C_____ et E_____ et feu Mme F_____, respectivement, après le décès de cette dernière, son mari et leurs deux enfants – ont respecté leurs obligations devant les autorités chypriotes compétentes.

Néanmoins, la position tenue par Me N_____ dans sa lettre du 1er février 2010, selon laquelle seul le testament de 1984 était valable et pouvait être produit devant les autorités chypriotes dans la mesure où les originaux du testament du 15 mai 1999 et de son avenant du 6 décembre 2006 n'avaient pas été retrouvés ni présentés malgré ses demandes réitérées

depuis le 8 octobre 2009, aurait pu s'avérer problématique si une solution correspondant dans les grandes lignes au droit suisse avait été applicable. En effet, l'art. 556 CCS dispose que le testament découvert lors du décès est remis sans délai à l'autorité compétente, même s'il paraît entaché de nullité (al. 1), et que sont tenus, dès qu'ils ont connaissance du décès, de satisfaire à cette obligation, sous leur responsabilité personnelle, l'officier public qui a dressé acte ou reçu dépôt d'un testament et quiconque en a accepté la garde ou en a trouvé un parmi les effets du testateur (al. 2). La violation de cette règle par des héritiers peut même entraîner leur indignité en application de l'art. 540 al. 1 ch. 4 CCS (Jean GUINAND/Martin STETTLER/Audrey LEUBA, Droit des successions, 2005, n. 443). La question pouvait dès lors sérieusement se poser si les héritiers de feu M^{me} B_____ avaient l'obligation de présenter les actes pour causes de mort de 1999 et 2006 devant les autorités chypriotes compétentes, même s'ils ne disposaient que de copies – fait qui ressort des échanges de correspondance en 2009 et 2010 entre Me N_____ et la recourante –, et s'il n'incombait pas plutôt auxdites autorités de décider quels testaments étaient valables et, le cas échéant, de solliciter des originaux de la part de l'exécutrice testamentaire désignée. Le fait que l'on puisse regretter que la recourante n'ait adressé les copies conformes des originaux desdits actes aux héritiers réservataires que plusieurs mois après le décès de la de cujus et la première requête de Me N_____ n'y changeraient rien.

Au vu de ce qui précède, on ne voit pas *prima facie* sur quelle base les héritiers, à tout le moins les héritiers réservataires, pouvaient écarter d'emblée, par eux-mêmes et sans en référer aux autorités compétentes, ou sans motivation sous l'angle du droit chypriote ou d'un autre droit désigné par le droit international de Chypre (art. 91 al. 1 et 92 LDIP ; cf., à ce sujet, Fiorenzo COTTI, in Antoine EIGENMANN/Nicolas ROUILLER, Commentaire du droit des successions, 2012, n. 76 ss ad art. 517 CCS), la qualité d'exécutrice testamentaire de la recourante clairement désignée par le testament de 1999 et son codicille de 2006 - 25/33 - A/2347/2013 (cf. art. 517 al. 1 CCS), dont les héritiers ne paraissent du reste pas avoir contesté la validité quant au contenu, se contentant de fonder l'absence de validité sur l'absence d'originaux.

Il n'était dès lors à tout le moins pas manifestement infondé que la recourante se prévale de la qualité d'exécutrice testamentaire dans ses relations avec les héritiers et en vue du partage de la succession, en leur adressant notamment des projets à cette fin, ce d'autant moins qu'il ne ressort pas du dossier que d'éventuelles décisions ou mesures prises par les autorités chypriotes compétentes aient fait l'objet d'une reconnaissance en Suisse en vertu de l'art. 96 LDIP.

b. Selon l'art. 518 CCS, si le disposant n'en a ordonné autrement, les exécuteurs testamentaires ont les droits et les devoirs de l'administrateur officiel d'une succession (al. 1) ; ils sont chargés de faire respecter la volonté du défunt, notamment de gérer la succession, de payer les dettes, d'acquitter les legs et de procéder au partage conformément aux ordres du disposant ou suivant la loi (al. 2) ; lorsque plusieurs exécuteurs testamentaires ont été désignés, ils sont réputés avoir reçu un mandat collectif (al. 3).

Selon un arrêt ancien du Tribunal fédéral, l'exécuteur testamentaire, qui a une position indépendante à l'égard des héritiers, peut même, en fonction des circonstances, être amené à procéder contre eux ou contre certains d'entre eux, en vue d'exécuter les volontés du défunt (ATF 90 II 376 consid. 2 = JdT 1965 I 336 ; cf. aussi ATF 108 II 535 = JdT 1983 I 591). Cette primauté des dernières volontés du défunt sur l'unanimité des héritiers lorsqu'il y a un

exécuteur testamentaire est toutefois contestée par une partie de la doctrine, alors qu'une autre la soutient (Jean GUINAND/Martin STETTLER/Audrey LEUBA, op. cit., n. 531 ; Stephan WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, 2004, p. 225 s.). Selon d'autres auteurs, si tous ou quelques-uns des héritiers sont en désaccord avec la proposition de partage faite par l'exécuteur testamentaire, ce dernier doit proposer une ou plusieurs nouvelles solutions de partage, et si ces dernières sont également refusées, il n'a pas le droit d'imposer une proposition de partage, mais peut soit attendre que les héritiers déposent une action en partage, soit renoncer à sa charge (Martin KARRER/Nedim Peter VOGT/Daniel LEU, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2011, n. 62 art. 518 CC).

La recourante pouvait dès lors de bonne foi se croire autorisée à ne pas suivre strictement les souhaits ou les accords de partage conclus entre les héritiers, d'autant plus, d'une part, que la défunte avait émis des volontés précises de partage en faveur d'héritiers, de petits-enfants et de légataires, et, d'autre part, qu'il n'est pas établi que les héritiers autres que les héritiers réservataires aient participé ou adhéré à des accords. Elle s'est en outre déclarée disposée, dans ses courriers des 22 septembre et 6 décembre 2010, à revoir et modifier ses projets de partage et d'inventaire.

- 26/33 - A/2347/2013 12) A teneur de l'art. 554 al. 2 CCS, s'il y a un exécuteur testamentaire désigné, l'administration de l'hérédité lui est remise.

En droit suisse, l'exécuteur testamentaire n'a pas automatiquement la qualité d'administrateur de la succession, car, lorsque les conditions pour la désignation d'un administrateur officiel sont réalisées (art. 554 CC), il faut encore que l'autorité compétente le désigne (cf. dans ce sens ATF 42 II 339 = JdT 1917 I 117). La remise de l'administration d'une succession à l'exécuteur testamentaire ne peut pas être refusée simplement parce que des conflits existent entre lui et les héritiers et que ces derniers déclarent qu'il ne jouit pas de leur confiance ; la méfiance des héritiers à l'égard de l'exécuteur testamentaire ne peut empêcher sa désignation comme administrateur de la succession que lorsque est apportée la preuve de faits justifiant des doutes sérieux sur la confiance qu'on peut mettre en lui (ATF 98 II 276 consid. 4 = JdT 1973 I 249).

L'exécuteur testamentaire est soumis à la surveillance de l'autorité compétente, qui peut le révoquer s'il est incapable ou viole gravement les devoirs de sa charge ou encore s'il y a un conflit entre des intérêts divergents qu'il devrait défendre (cf. dans ce sens ATF 90 II 376 consid. 5 = JdT 1965 I 336). Une attente de deux mois et demi avant de remettre à l'autorité compétente les dispositions pour cause de mort du défunt ne constitue en tant que telle pas une violation grave des devoirs de l'exécuteur testamentaire, étant précisé que les obligations prévues par l'art. 556 CC sont une simple prescription d'ordre dont l'inobservation n'exerce aucune influence sur la validité du testament (ATF 90 II 376 consid. 6 = JdT 1965 I 336).

Au regard de ces principes, on ne voit pas pour quels motifs la recourante, pour exercer ses droits et devoirs d'exécutrice testamentaire, qu'ils aient porté sur la phase de l'administration de la succession ou sur celle du partage (Jean GUINAND/Martin STETTLER/Audrey LEUBA, op. cit., n. 528 ss), n'a pas remis, dès le décès de la de cujus, le testament de 1999 et le codicille de 2006 à une autorité qui pouvait être compétente, qu'elle soit chypriote (art. 86 LDIP), neuchâteloise (art. 87 LDIP) ou genevoise (art. 88 LDIP), ni sollicité de celle-ci sa désignation ou confirmation en tant qu'exécutrice testamentaire, éventuellement administratrice de la succession, voire la délivrance d'un certificat d'exécuteur

testamentaire. En s'abstenant de le faire, durant une période relativement longue, qui plus est alors que sa qualité d'exécutrice testamentaire et la portée des actes pour cause de mort de 1999 et 2006 étaient contestées, la recourante a indubitablement violé ses devoirs d'exécutrice testamentaire dont elle s'est pourtant constamment prévalu. Ceci vaut même si elle ne savait pas exactement quelle autorité serait compétente.

Il est surprenant que l'intimée n'ait pas relevé ce manquement.

- 27/33 - A/2347/2013 13) Par ailleurs, les héritiers, représentés par Me N_____, ont sollicité, de manière répétée et sans succès, depuis le 8 octobre 2009, la fourniture de l'ensemble des documents constitutifs de la fondation ainsi qu'une copie des documents d'ouverture du compte bancaire de celle-ci à Monaco. À teneur du dossier, ce n'est qu'après trois ans, le 5 octobre 2012, juste après son interdiction temporaire de pratiquer, que la recourante a, par l'intermédiaire de son avocat, adressé les documents sollicités à la commission.

Or l'exécuteur testamentaire, sous l'angle du droit suisse, doit renseigner les héritiers sur les faits qui peuvent déterminer leurs droits successoraux et leur indiquer les actions judiciaires qu'ils ont la faculté d'intenter. Il ne saurait notamment se fonder sur sa qualité d'organe d'une fondation pour refuser de donner des renseignements et fournir des dossiers relatifs à cette dernière aux héritiers, en vertu du droit successoral (ATF 90 II 365 consid. 3b et 3d = JdT 1965 I 325). Des renseignements manquants ou insuffisants constituent une violation des devoirs de l'exécuteur testamentaire et peuvent donner lieu à un droit à des dommages-intérêts (Hans Rainer KÜNZLE, Das Erbrecht, in Berner Kommentar, III/1/2/2, 2011, n. 217 ad art. 517-518 CCS).

Il s'ensuit que la recourante, en sa qualité invoquée d'exécutrice testamentaire, avait l'obligation, dès le 8 octobre 2009, de présenter aux héritiers les documents qu'ils sollicitaient relativement à la fondation et au compte à Monaco, ce qui, vu ses connaissances acquises dans le cadre de l'exercice de sa profession, ne pouvait lui échapper. Au regard de la jurisprudence précitée, elle ne pourrait pas se prévaloir de sa qualité de trustee. 14) Les deux manquements retenus ci-dessus, prima facie difficilement compréhensibles, représentent, comme l'a retenu l'intimée, des violations des devoirs professionnels de la recourante, selon l'art. 12 let. a LLCA.

Il ne saurait toutefois être fait abstraction des circonstances qui ont, à tout le moins à partir du mois d'octobre 2009, entouré la commission de ces violations et qui sont de nature à en nuancer la gravité.

A la lecture des lettres que la recourante a adressées à Me N_____, il apparaît en effet que son attention a tout d'abord, entre le 8 octobre 2009 et le 23 juillet 2010, été particulièrement sollicitée par les questions relatives à la validité des différents testaments et à l'autorité compétente pour l'ouverture de la succession. A cela s'ajoutait que les héritiers réservataires avaient d'emblée nié la qualité d'exécutrice testamentaire à la recourante, n'étaient pas entrés en matière sur son second projet de partage et l'avaient enjointe à ne pas agir en invoquant cette capacité. Puis, dès le 25 août 2010, la recourante apparaît s'être concentrée sur les questions du transfert des fonds réclamé par les héritiers réservataires ainsi que du règlement du partage. Elle était en litige avec Me N_____ sur ces points. Ce litige s'est aggravé, à tout le moins du point de vue de la recourante, lorsque

- 28/33 - A/2347/2013 celle-ci a découvert, seulement en mars 2011, que MM. C _____ et E _____ et Mme F _____ avaient signé le 16 novembre 2009 une convention de partage.

Les manquements aux devoirs de renseigner les autorités et les héritiers s'inscrivaient donc, dès le mois d'octobre 2009 à tout le moins, dans un contexte où ceux-ci l'avaient dissuadé de déposer les dispositions pour cause de mort de 1999 et 2006 devant l'autorité compétente du canton de Genève, ne faisant pas non plus preuve d'une totale transparence à son égard et agissaient de telle sorte qu'elle soit écartée de tout rôle dans le cadre de la succession.

Au surplus, les héritiers réservataires avaient connaissance de l'existence de la fondation déjà avant le décès de leur mère et le "projet II de liquidation et de partage de la succession" établi par la recourante indiquait la valeur, au jour du décès de la de cujus, des avoirs sur le compte à Monaco.

Enfin, selon ses allégations formulées devant la commission, la recourante a subi un grave accident le 21 février 2010, en raison duquel elle a suivi un lourd traitement durant l'année 2010, ce qui peut expliquer partiellement ses omissions. 15) Dès le 25 août 2010, les héritiers réservataires ont réclamé le transfert des fonds détenus par la fondation sur le compte à Monaco, étant rappelé qu'ils avaient entretemps, le 21 avril 2010, obtenu un certificat de décès et d'héritiers des autorités chypriotes. La recourante a fondé ses refus de transfert sur sa volonté de ne pas léser les parts de feu Mme F _____, de certains des petits-enfants de feu Mme B _____ et des légataires. Elle a néanmoins, le 22 décembre 2010, ordonné à la banque à Monaco le transfert sur le compte de l'étude de Me N _____ de la somme totale EUR 680'000.- avec des attributions précises, attributions considérées comme non avenues par les mandants de Me N _____. Une tentative de conciliation devant le bâtonnier a échoué au printemps 2011, à la suite de laquelle la recourante a déclaré invalider la convention de partage du 16 novembre 2009, dont elle venait d'apprendre l'existence. Cette invalidation a été contestée le 30 juin 2011 par Me N _____, après quoi rien ne semble avoir été entrepris de part et d'autre jusqu'au dépôt de la plainte pénale de MM. C _____ et E _____ et M. Q _____ le 27 avril 2012.

Or la situation était relativement complexe au plan juridique : comme relevé plus haut, la recourante pouvait, de bonne foi, se croire investie de la fonction d'exécutrice testamentaire, mais elle n'avait aucune prise sur la procédure de succession, de laquelle elle avait été écartée par les héritiers réservataires et qui présentait un caractère international puisqu'elle était censée se dérouler à Chypre ; les parties divergeaient en outre sur le testament qui devait être exécuté. A cet égard, d'une part, la recourante a, le 22 septembre 2010, évoqué la possibilité que les originaux des testaments qu'elle considérait comme valables soient déposés auprès des autorités genevoises, en vue du règlement du partage. D'autre part, et dans l'hypothèse où les autorités suisses avaient été compétentes, tous ou

- 29/33 - A/2347/2013 quelques-uns des héritiers pouvaient formuler leurs reproches contre la recourante devant les autorités de surveillance compétentes, suisses (art. 595 al. 3 CCS) ou chypriotes (cf., à ce sujet, ATF 90 II 376 consid. 3 = JdT 1965 I 336 ; ATF 48 II 308 = JdT 1923 I 290 ; Fiorenzo COTTI, op. cit., n. 136 ss ad art. 518 CCS), ou exercer, après un certain temps d'inaction de la part de la recourante, une action en partage (Hans Rainer KÜNZLE, op. cit., n. 305 ad art. 517-518 CCS). Au surplus, la recourante a invoqué, apparemment à titre subsidiaire, sa qualité de trustee en relation avec la fondation et les fonds de cette dernière, pour justifier sa position.

Dans la mesure où ni le testament de 1999 et son codicille de 2006, ni la qualité d'exécutrice testamentaire de la recourante ne pouvaient prima facie être écartés d'emblée par les héritiers avant la conclusion définitive du partage, les positions de celle-ci relativement au partage ne sauraient être considérées comme manifestement incongrues ou comme indéfendables. Sa volonté et son obstination – même devant le procureur et la commission – de procéder au partage selon les règles prescrites par la défunte et, partant, de conditionner les transferts d'argent au respect de celles-ci, dont la durée s'explique à tout le moins en grande partie par l'incompatibilité des positions juridiques entre elle-même et Me N_____ et par la complexité de la situation juridique, ne sauraient ainsi violer les règles professionnelles d'avocat.

Il sied de relever ici qu'à teneur du ch. 4 du testament de 1999, tous les montants attribués aux petits-enfants de feu Mme B_____ étaient à administrer soit par ses propres enfants, soit par l'exécuteur testamentaire jusqu'à l'âge de 25 ans de ses petits-enfants. A cet égard, l'un des soucis – compréhensible – de la recourante était que deux des petits-enfants étaient mineurs à l'époque des faits qui lui sont reprochés.

Plus discutable apparaît la condition de l'obtention d'une décharge générale posée par la recourante au nouveau calcul des parts, en date du 6 décembre 2012. Cette exigence correspondait toutefois à l'une des propositions formulées par Me N_____ dans ses lettres des 1er octobre et 30 novembre 2010, et pouvait s'expliquer par le fait qu'elle craignait de ne pas se conformer aux dernières volontés de la défunte en cas de nouveaux calculs. Il ne saurait donc y avoir de sanction disciplinaire sur ce point, ce que n'a pas non plus retenu l'intimée.

En tout état de cause, comme l'a retenu le procureur dans son ordonnance du 25 février 2013, la recourante, qui a certes fait preuve d'une lenteur certaine dans son activité, n'a jamais eu l'intention de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime provenant du compte bancaire de la fondation à Monaco, de sorte qu'il n'y a pas eu d'abus de confiance. Il n'y a pas eu non plus de gestion déloyale de la part de la recourante, la gestion effectuée sur ledit compte ayant été expliquée à satisfaction et ne soulevant aucune violation du devoir de gérer. Enfin, celle-ci n'a pas usé de contrainte. Il ressort au contraire du dossier qu'en dépit de ses manquements, elle a toujours agi dans ce qu'elle pensait être - 30/33 - A/2347/2013 l'intérêt de l'ensemble des héritiers et légataires, selon les dernières volontés de la défunte.

Enfin, le seul prélèvement que la recourante a opéré en sa propre faveur, à concurrence de CHF 48'000.-, ne saurait, comme l'a considéré l'intimée, constituer une violation des devoirs professionnels.

Au vu de ce qui précède, c'est à tort que la commission intimée a vu une violation des devoirs professionnels, en particulier de l'art. 12 let. a et h LLCA, dans le refus de la recourante de transférer l'entier des avoirs de la fondation sur le compte de l'étude de Mes N_____ et R_____. 16) Pour ce qui est du reproche formulé par l'intimée à la recourante selon lequel celle-ci avait fait preuve de désinvolture en ne répondant pas aux interventions pressantes de la commission ni dans le premier délai qui lui avait été imparti au 7 septembre 2012 pour se déterminer, ni dans le second au 21 septembre suivant, et ce malgré la gravité des faits et l'urgence, la recourante a démontré, dans son recours, avoir réagi immédiatement après le premier courrier de l'intimée, c'est-à-dire le 14 août 2012, en en adressant copie à son avocat et en lui proposant un projet de détermination. Son conseil lui a

répondu le 3 septembre 2012 qu'il lui proposerait un rendez-vous avant l'échéance du délai du 7 septembre 2012. La recourante allègue que celui-ci ne l'a pas contactée et qu'elle n'a plus pris d'initiative, se reposant sur ce que ferait son avocat. Quoi qu'il en soit, c'est ce dernier qui a sollicité et obtenu la prolongation du délai de détermination du 7 au 21 septembre 2012. On ignore pour quel motif aucune écriture n'a été adressée à la commission dans ce dernier délai.

Cela étant, vu la lettre et le projet de détermination adressés le 14 août 2012 à son conseil et le fait qu'elle attendait que ce dernier fasse le nécessaire dans ses rapports avec la commission, la recourante ne saurait avoir fait preuve de désinvolture ou manqué de diligence à l'égard de celle-ci.

Aucune violation de ses devoirs professionnels ne peut donc lui être reprochée sur ce point. 17) En définitive, les seules violations par la recourante de ses devoirs professionnels résident dans les faits, d'une part, qu'elle n'a pas remis le testament de 1999 et le codicille de 2006 à une autorité qui pouvait être compétente, ni sollicité de la part de celle-ci sa confirmation en tant qu'exécutrice testamentaire, voire administratrice de la succession, d'autre part, qu'elle n'a pas présenté aux héritiers, après l'ouverture de la succession, les renseignements et documents nécessaires relatifs à la fondation et au compte bancaire de cette dernière.

Ces manquements, en soi graves, doivent être relativisés par les difficultés et les oppositions des héritiers réservataires mandants de Me N_____ auxquelles

- 31/33 - A/2347/2013 elle a fait face relativement à son invocation de la qualité d'exécutrice testamentaire et à ses positions et propositions afférentes au partage, telles qu'exposées plus haut. Il n'y a pas lieu ici de déterminer si son point de vue à ce sujet était fondé au point qu'elle aurait obtenu gain de cause devant des tribunaux civils, mais il suffit de retenir qu'il était défendable.

Dans ces conditions, compte tenu du fait que la recourante n'a pas cherché à léser les héritiers et les légataires, ni n'a d'antécédent disciplinaire, et au regard de la pratique de la chambre de céans en matière de sanctions, un avertissement au sens de l'art. 17 al. 1 let. a LLCA apparaît suffisant et proportionné. 18) Le présent arrêt statuant au fond, le chef de conclusions préalable de la recourante tendant à l'octroi de l'effet suspensif est sans objet.

Les chefs de conclusions constatatoires de la recourante, c'est-à-dire ceux tendant à la constatation qu'elle avait suivi les instructions précises de sa mandante feu Mme B_____ depuis le début des mandats confiés et que la convention du 16 novembre 2009 était invalidée, sont quant à eux irrecevables. Ils n'ont en effet pas été l'objet de la décision querellée (ATA/18/2013 du 8 janvier 2013 consid. 10) et présentent, par surabondance, un caractère civil prépondérant.

Est également irrecevable, pour les mêmes motifs, le chef de conclusions tendant à la réserve des droits de la recourante pour tout le dommage subi. 19) Au vu de la réduction significative de la sanction disciplinaire, il convient de réduire l'émolument de décision de l'intimée au paiement duquel la recourante a été condamnée et de l'arrêter à CHF 200.- (art. 9 al. 5 du règlement d'application de la loi sur la profession d'avocat du 7 décembre 2010 - RPAv - E 6 10.01 ; par renvoi de l'art. 49A LPAv).

La procédure devant la commission s'avérant ainsi fondée, même dans une mesure réduite, la recourante ne saurait se voir allouer une indemnité de procédure pour ses frais d'avocat

afférents à cette procédure, ni pour ses éventuels frais indispensables causés par le recours au sens de l'art. 87 al. 2 LPA.

Compte tenu des manquements en motivation de la décision querellée et du fait que la sanction disciplinaire prononcée selon le présent arrêt est considérablement réduite par rapport à celle infligée par la décision attaquée, aucun émolument au sens l'art. 87 LPA ne sera mis à la charge de la recourante. 20) A teneur de l'art. 48 LPAv, si la procédure a été ouverte sur une dénonciation, l'auteur de cette dernière est avisé de la suite qui y a été donnée ; il n'a pas accès au dossier ; la commission lui communique la sanction infligée et décide dans chaque cas de la mesure dans laquelle il se justifie de lui donner connaissance des considérants.

- 32/33 - A/2347/2013

Les dénonciateurs n'étant pas parties à la procédure devant la chambre administrative, ni le présent arrêt, ni son dispositif ne leur seront notifiés (ATA/288/2014 du 29 avril 2014 consid. 6 ; ATA/132/2014 du 4 mars 2014 consid. 10 ; Thierry TANQUEREL, Les tiers dans les procédures disciplinaires, in Les tiers dans la procédure administrative, 2004, p. 118). La tâche d'informer les dénonciateurs reviendra à la commission.

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.