

GE_GERICHTE ATA/638/2011 vom 11. Oktober 2011

GE Cour de justice, 2011-10-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_638_2011

FR: GE_GERICHTE ATA/638/2011 du 11 octobre 2011

IT: GE_GERICHTE ATA/638/2011 del 11 ottobre 2011

Regeste

Résumé: La chambre administrative est compétente pour connaître des recours à l'encontre des décisions rendues par la commission plénière du barreau contrairement à ce que prévoit l'art. 12 al. 3 LPAV, dont la teneur n'est plus conforme aux exigences conventionnelles, constitutionnelles et fédérales en matière d'accès au contrôle judiciaire.

Erwägungen

E. 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 1er janvier 2007, concrétise la garantie

- 5/9 - A/1800/2011 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

- 6/9 - A/1800/2011 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).

E. 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.

E. 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 jeux 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.

E. 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

- 7/9 - A/1800/2011 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).

E. 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

- 8/9 - A/1800/2011 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.

E. 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).

* * * * *

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