

GE_GERICHTE ATA/837/2018 vom 21. August 2018

GE Cour de justice, 2018-08-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_837_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/837/2018 du 21 août 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/837/2018 del 21 agosto 2018

Regeste

Résumé: L'activité qui n'est pas limitée à la gestion fiduciaires des titres confiés, mais s'est également étendue à la rédaction d'actes juridiques, soit des conventions fiduciaires, adaptées aux circonstances sur la base de conseils, relève de l'activité typique de l'avocat, soumise au secret professionnel. Le recourant ne pouvait s'exprimer librement in casu, notamment par déclaration testimoniale dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, sans requérir préalablement l'accord de tous ses mandants, sous peine de violer l'obligation de garder le secret à laquelle il est légalement astreint. Compte tenu de sa situation, la sanction infligée, soit le blâme, est justifiée et proportionnée. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 10

octobre 1997 (LBA - RS 955.0). Conformément à ses obligations de diligence, il devait tenir une liste de ses dossiers et prendre toutes les mesures utiles pour vérifier l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique. Les conventions fiduciaires concernées faisaient partie de ces mesures dès lors

- 7/13 - A/2510/2017 qu'elles attestaient du lien contractuel, de l'identité des cocontractants et de celle des ayants droit économiques. Elles étaient donc intimement liées à l'activité d'intermédiation financière, de sorte qu'elles n'étaient pas couvertes par le secret professionnel. Il en allait de même de la convention du 21 mars 2013, en rapport direct avec celle du 17 janvier 2013. Concernant « les conventions fiduciaires orales ou écrites passées entre les parties et feu Mme B_____ et auxquelles [il n'était] pas partie », il n'en avait eu connaissance que par son activité d'intermédiaire financier car elles nécessitaient une modification des conventions fiduciaires le liant aux autres membres de la famille B_____.

À l'appui de ses écritures, il produisait « une liste de sociétés » anonymisée, sur laquelle figurait uniquement le nom d'I_____. 24) Par décision du 8 mai 2017, la commission du barreau a prononcé un blâme à l'encontre de M. A_____ après avoir constaté une violation de l'art. 13 al. 1 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61).

D'une part, M. A_____ avait agi en qualité d'intermédiaire financier au nom et pour le compte d'I_____, figurant dans sa liste de dossiers soumis à la LBA. D'autre part, il avait agi pour le compte des actionnaires de H_____, soit Mme F_____, feu Mme B_____, M. D_____ B_____ et M. G_____ B_____, activité consistant dans la rédaction des conventions fiduciaires et le conseil des actionnaires dans la conclusion d'accords entre eux, divergeant des conventions fiduciaires. Sans cette activité, M. A_____ n'aurait pas eu connaissance de ces accords internes, de sorte qu'il devait savoir qu'il s'agissait d'une activité typique d'avocat, sans quoi il aurait fait figurer H_____ et ses ayants droit

économiques dans la liste de dossiers LBA. Le manquement était grave dans la mesure où il violait une des règles cardinales de la profession d'avocat. M. A_____ n'avait toutefois pas d'antécédent disciplinaire, ce qui justifiait de retenir une sanction modérée. 25) Par acte du 9 juin 2017, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, en concluant à son annulation, à la constatation qu'il n'avait pas violé le secret professionnel, notamment l'art. 13 al. 1 LLCA et à la condamnation de la commission du barreau en tous les frais et au versement d'une indemnité de procédure. Préalablement, il sollicitait la constatation de ce que le recours emportait effet suspensif de plein droit.

En dépit de ce qu'avait retenu la commission du barreau, il ne ressortait d'aucune allégation, élément de fait ou de preuve que sa connaissance des accords internes aurait été le résultat de conseils qu'il aurait dispensés. Au contraire, il n'avait fait que prendre connaissance de ces accords oraux internes à l'occasion des modifications de conventions fiduciaires écrites. Il n'était d'ailleurs pas

- 8/13 - A/2510/2017 nécessaire qu'il exerce une activité de conseil pour en avoir connaissance. En outre, H_____ ne figurait pas dans la liste des sociétés soumises à la LBA, car, en tant que « pure holding et propriétaire à 100 % d'I_____ pour des questions d'optimisation fiscale », elle n'avait jamais été titulaire ou ayant droit économique de compte bancaire ni effectué une quelconque transaction financière telle que visée par la LBA. Quant aux membres de la famille B_____, ayants droit économiques, ils ne devaient pas non plus figurer sur ladite liste car celle produite ne concernait que les sociétés ou cocontractants. Ils devaient en effet être indiqués sur une liste séparée, non produite, conformément aux obligations de diligence conduisant à séparer l'identification des cocontractants de celle des ayants droit économiques. Pour ces motifs, il y avait constatation inexacte des faits pertinents.

Pour le surplus, il persistait dans ses précédents développements. 26) Le 14 juillet 2017, la commission du barreau a transmis son dossier, sans formuler d'observations et en se référant au contenu de sa décision. 27) M. A_____ n'ayant pas formulé d'observations complémentaires dans le délai imparti, les parties ont été informées le 13 octobre 2017 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. 49 de la loi sur la profession d'avocat - LPAv - E 6 10 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

L'objet du litige porte sur la conformité au droit de la sanction infligée par la commission du barreau au recourant pour violation du secret professionnel. 3)

Dans un premier grief, le recourant se plaint d'une constatation inexacte des faits, la commission ayant retenu à tort que les éléments du dossier faisaient ressortir que sa connaissance des accords internes des actionnaires relevait d'une activité de conseil de sa part. Il n'en avait eu connaissance que grâce à son activité d'intermédiaire financier, laquelle ne saurait être couverte par le secret professionnel. En retenant le contraire, la commission du barreau avait violé le droit. 4) a. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b).

- 9/13 - A/2510/2017

b. En l'occurrence, le recourant ne conteste pas que les diverses conventions fiduciaires conclues successivement avaient pour but de tenir compte des situations personnelles de chacun des actionnaires, telle que la condamnation pénale de M. D _____ B _____ en 2006 ou la procédure de divorce de Mme F _____ à partir de 2009, afin d'assurer la conservation desdites actions en mains de la famille.

En outre, dans sa déclaration testimoniale du 28 novembre 2016, il a expressément mentionné que les faits relatés étaient conformes à ce qu'il avait pu observer personnellement.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la commission du barreau a constaté une corrélation entre les accords oraux et internes entre les actionnaires et les conventions fiduciaires signées avec le recourant. 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 ; 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). L'activité typique de l'avocat se caractérise par des conseils juridiques, la rédaction de projets d'actes juridiques, ainsi que l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire (ATF 135 III 410 consid. 3.3). Le secret professionnel de l'avocat ne couvre toutefois pas seulement les documents ou conseils émis par l'avocat lui-même dans le cadre de son activité typique, mais également toutes les informations, faits et documents confiés par le mandant qui représentent un certain rapport avec l'exercice de la profession d'avocat, rapport qui peut être fort ténu (ATF 143 IV 462 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_486/2017 du 10 avril 2018 consid. 3.3).

c. C'est 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 d'avocat (Pascal MAURER et Jean-Pierre GROSS, Secret professionnel in Michel VALTICOS/Christian Michel REISER/Benoît CHAPPUIS [éd.], Commentaire romand - Loi sur les avocats, 2010, p. 165). En outre, faute de claire séparation entre l'activité typique de

- 10/13 - A/2510/2017 l'avocat et l'activité commerciale, il y a lieu, en cas de doute, de conclure au caractère commercial de l'activité (François BOHNET/Vincent MARTENET, op. cit, p. 754 et les références de jurisprudence citées ; Jean-Tristan 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

E. 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 (ATA/185/2015 du 25 mars 2014 consid. 5d).

En revanche, il a été considéré que l'activité de conseil consistant à proposer une solution dans l'intérêt de trois mandants visant à détenir les actions de la société dont ils étaient les actionnaires et à rédiger pour eux une convention de dépôt-séquestre, relevait de l'activité typique de l'avocat, couverte par le secret professionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2C_461/2014 du 10 novembre 2014 ; ATA/185/2015 précité consid. 4 et ss ; ATA/889/2015 du 1er septembre 2015). 6)

En application de l'art. 13 al. 1 LLCA, l'avocat est le titulaire de son secret et il reste maître de celui-ci en toutes circonstances (ATF 136 III 296 consid. 3.3). L'avocat doit toutefois obtenir le consentement de son client, bénéficiaire du secret, pour pouvoir révéler des faits couverts par le secret (art. 321 ch. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0 ; art. 12 al. 2 LPAv). En cas de pluralité de mandants, chacun d'eux doit donner son accord. Lorsque l'accord du client ne peut pas être obtenu, l'avocat peut s'adresser à l'autorité compétente en vue d'obtenir la levée du secret professionnel. Une procédure de levée du secret professionnel de l'avocat ne saurait par conséquent avoir lieu que dans la mesure où le client s'oppose à la levée de ce secret ou n'est plus en mesure de donner son consentement (arrêts du Tribunal fédéral 2C_461/2014 du 10 novembre 2014 consid. 4.1 ; 2C_587/2012 du 24 octobre 2012 consid. 2.4 et les références citées). 7)

En l'espèce, le recourant reconnaît lui-même que c'est à l'occasion des modifications successives des conventions fiduciaires écrites qu'il a pris connaissance des accords internes et oraux entre les quatre actionnaires.

Il s'ensuit que l'activité du recourant ne s'est pas limitée, comme aurait pu l'être celle d'un banquier, à la gestion fiduciaire des titres concernés. Elle s'est au contraire étendue à la rédaction de conventions fiduciaires, soit des actes juridiques, lesquelles ont été adaptées suivant les circonstances aux besoins de la famille, sur conseil du recourant. En effet, tel qu'indiqué précédemment, il n'est pas contesté que la répartition des actions au sein de la famille en question a été

- 11/13 - A/2510/2017 aménagée de façon à assurer leur maintien en mains de celle-ci. Il doit ainsi être considéré que les actionnaires ont fait appel à ses compétences pour élaborer les conventions fiduciaires successives en raison de son expertise d'avocat.

À cela s'ajoute que si le recourant prétend qu'en tant qu'ayants droit économiques, les membres de la famille devaient figurer sur une autre liste que celle produite concernant les sociétés, force est de constater qu'il n'a toutefois aucunement versé un tel document à la procédure.

En ces circonstances, avec la commission du barreau, il faut considérer que l'activité d'intermédiaire financier du recourant au nom et pour le compte d'I_____ était distincte de celle visant à conseiller les actionnaires de H_____ dans la rédaction des conventions

fiduciaires, qu'il a lui-même signées. C'est bien sa fonction d'avocat qui l'a amené à déployer une telle activité, conformément à la jurisprudence susrappelée.

Ainsi, le recourant ne pouvait pas s'exprimer librement à ce sujet, notamment par déclaration testimoniale, sans avoir requis préalablement l'accord de tous ses mandants, sous peine de violer l'obligation de garder le secret à laquelle il est légalement astreint. 8) a. Selon l'art. 17 LLCA, en cas de violation de la LLCA, l'autorité de surveillance peut prononcer les mesures disciplinaires suivantes : l'avertissement, le blâme, une amende de CHF 20'000.- au plus, l'interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de deux ans ou l'interdiction définitive de pratiquer. L'amende peut être cumulée avec une interdiction de pratiquer. L'art. 20 al. 1 LLCA précise que l'avertissement, le blâme et l'amende sont radiés du registre cinq ans après leur prononcé.

b. Pour déterminer la sanction, l'autorité doit, en application du principe de la proportionnalité, tenir compte tant des éléments objectifs, tels l'atteinte objectivement portée à l'intérêt public, que de facteurs subjectifs, comme par exemple les motifs qui ont poussé l'intéressé à violer ses obligations.

c. L'autorité compétente pour prononcer une sanction administrative jouit en général d'un large pouvoir d'appréciation que la chambre administrative ne censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/459/2010 du 29 juin 2010 ; ATA/6/2009 du 13 janvier 2009).

d. En l'espèce, le manquement reproché au recourant est grave, en particulier compte tenu de l'importance du secret professionnel dans le métier d'avocat, car il touche directement à la confiance qu'un client est en droit d'attendre de son avocat, ainsi qu'à la mise en œuvre de la justice. Cela étant, il est vrai que l'intéressé ne fait l'objet d'aucun antécédent disciplinaire.

- 12/13 - A/2510/2017

En outre, compte tenu de sa profession d'avocat, le recourant ne pouvait pas ignorer les dispositions légales et la jurisprudence susrappelées, encadrant l'exercice de son activité professionnelle.

Ainsi, la sanction infligée, à savoir le blâme, apparaît justifiée tant dans son principe que dans le choix de la mesure disciplinaire. En prononçant un blâme, l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. 9)

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. 10) Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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