RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1248/2006-BARR **ATA/404/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 26 juillet 2006

dans la cause

Monsieur X_____
représenté par Me Mike Hornung, avocat

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

1. Titulaire du brevet d'avocat depuis 1983, M. X_____ exerce la profession d'avocat à Genève. Il n'a pas d'antécédent disciplinaire.

2. En octobre 2002, M. X_____ a été mandaté par Mme M_____ afin d'assurer la défense de ses intérêts dans le cadre d'un litige l'opposant à son assurance maladie A_____, portant sur le versement d'indemnités journalières pour perte de gain.

3. Par décision du 7 février 2003, A_____ a mis Mme M_____ au bénéfice du versement d'indemnités journalières perte de gain pour la période allant du 16 novembre 2002 au 23 janvier 2003.

4. Dans un rapport du 2 février 2004, le Dr D_____, divergeant des opinions des précédents médecins conseils, a conclu à la capacité de travail pleine et entière de Mme M_____. Se fondant sur ce rapport, A_____ a suspendu le versement des indemnités journalières.

5. M. X_____ a contesté ce rapport, en réponse à quoi A_____ a proposé qu'une expertise contradictoire soit conduite.

6. Par courrier du 18 mars 2004, M. X_____ informa le Dr D_____ que Mme M_____ réfutait les conclusions de l'expertise du 2 février 2004. Une plainte pénale allait être déposée contre lui pour violation du secret professionnel, au motif qu'il avait envoyé son expertise au secrétariat d'A_____, et non au médecin-conseil de cette dernière. La commission de surveillance des professions de la santé allait être saisie.

7. Le 11 juin 2004, M. X_____ a dénoncé le Dr D_____ à la commission de surveillance des professions de la santé pour violation du secret professionnel.

8. Une expertise contradictoire, menée le 30 novembre 2004, confirma le rapport du Dr D_____.

9. Le 14 janvier 2005, M. X_____ a déposé auprès de l'Office des poursuites du canton de Genève, au nom de Mme M_____, une réquisition de poursuite à l'encontre du Dr D_____ pour un montant de CHF 20'000.-. Sous la rubrique de la cause de la créance, il était indiqué "dommages et intérêts". Le Dr D_____ a fait opposition au commandement de payer.

10. Par acte du 14 avril 2005, le Dr D_____ a dénoncé M. X_____ à la commission du barreau (ci-après : la commission), du fait de la notification sans communication préalable d'un commandement de payer. Ce faisant, M. X_____

se serait rendu coupable d'exercice de pression sur un expert et de tentative de contrainte au sens de l'article 181 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

11. Par communications des 12 mai et 10 octobre 2005, M. X_____ s'est déterminé sur cette dénonciation. Ses agissements ne sauraient être constitutifs d'une tentative de contrainte au sens de l'article 181 CP. La notification d'un acte de poursuite n'était en effet illicite que si était utilisée de manière abusive, comme moyen de pression pour dissuader la personne visée d'agir correctement dans sa profession. Dans le cas présent, le Dr D_____ avait transmis un rapport confidentiel au secrétariat d'A_____ en violation de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD - RS 235.1). La commission de surveillance des professions de la santé saisie du cas ayant tardé à rendre sa décision, le moyen nécessaire au dépôt d'une action civile faisait défaut. La notification d'un commandement de payer était donc le seul moyen de préserver les intérêts de Mme M_____ qui entendait faire valoir une créance en réparation du tort moral soumise à la prescription annale de l'article 60 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO - RS 220). Cette créance étant fondée, il n'y avait pas d'abus de la procédure de poursuite. De plus, la notification en question était intervenue près d'une année après l'établissement du rapport d'expertise ; ce dernier ne pouvant plus être modifié, le Dr D_____ ne pouvait objectivement être entravé dans sa liberté d'action. M. X_____ n'avait pas violé l'article 12 lettre a de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61), mais avait au contraire respecté son obligation de diligence en sauvegardant de manière adéquate les intérêts de sa mandante.

12. Par décision du 6 février 2006 notifiée le 3 mars 2006, la commission a, en application de l'article 17 LLCA, infligé un avertissement à M. X_____ avec délai de radiation de cinq ans. Elle a en substance retenu que l'article 12 lettre a LLCA imposait à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence. L'usage voulait que l'avocat, lorsqu'il était contraint d'adresser un commandement de payer dans le but d'interrompre une prescription, soit fasse précéder cette démarche d'une invitation au débiteur supposé à renoncer à se prévaloir de la prescription, soit indique cette circonstance dans sa réquisition de poursuite. En l'espèce, la réquisition de poursuite s'inscrivait manifestement dans la mise en cause du rapport du Dr D_____. L'indication "dommages et intérêts" ne mentionnait aucune violation du secret professionnel ; ce dernier grief semblait bien plus devoir justifier après coup un comportement relevant de la pression sur un expert. Par ailleurs, la notification d'un commandement de payer pouvait, en raison de la publicité du registre des poursuites, constituer non seulement une menace abstraite mais également un préjudice concret. Au surplus, l'utilisation d'un tel procédé comme moyen de pression pour dissuader une personne d'agir correctement dans sa profession était clairement abusif, et donc illicite, de sorte qu'elle pouvait constituer une tentative de contrainte. Au regard de la gravité des faits reprochés

et des circonstances dans lesquels ils s'étaient produits, il convenait de prononcer la sanction la plus faible, soit l'avertissement.

13. M. X_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif par acte déposé le 3 avril 2006. Il a reproché à la commission d'avoir considéré que la poursuite litigieuse requise contre le Dr D_____ était constitutive d'un manquement à l'article 12 lettre a LLCA. La chronologie des faits n'avait pas été dûment prise en compte, alors qu'elle démontrait l'absence de contrainte sur le Dr D_____, qui n'avait pas la compétence de trouver un arrangement dans le cadre du dossier de Mme M_____. Une pression exercée sur le Dr D_____ n'aurait nullement servi les intérêts de celle-ci. La somme de CHF 20'000.- étant modeste, la poursuite litigieuse ne devait pas être considérée comme une menace de dommage sérieux au sens de l'article 181 CP. Certes, il avait omis de mentionner que la poursuite était censée interrompre la prescription d'une éventuelle créance en réparation du dommage subi par sa mandante. La commission avait néanmoins fait un usage exorbitant de l'article 12 lettre a LLCA.

14. Le 11 mai 2006, la commission a répondu au recours. A l'appui de l'avertissement prononcé à l'encontre de M. X_____, elle a fait valoir que le manquement reproché comportait une certaine gravité et ne constituait nullement un cas bagatelle. Elle se référait pour le surplus aux considérants de sa décision du 6 février 2006.

15. A l'audience de comparution personnelle du 30 juin 2006, M. X_____ a indiqué que l'envoi d'un commandement de payer avait pour unique but le respect du délai de prescription, qui est d'un an en matière de responsabilité extracontractuelle. A son sens, le Dr D_____ avait commis une faute en envoyant le rapport au secrétariat d'A_____, et il était possible de réclamer des dommages et intérêts pour tort moral du fait de cette violation du secret professionnel. Avant de requérir la poursuite, M. X_____ n'avait pas demandé au Dr D_____ de renoncer à la prescription. La décision de la commission était cependant illogique; dans la mesure où Mme M_____ avait été mise au bénéfice de l'assurance-invalidité le 16 novembre 2004 et que le Dr D_____ n'était plus concerné par l'affaire l'opposant à son assureur au moment de la réception du commandement de payer, il n'était plus possible d'exercer une contrainte sur lui.

16. A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé l'affaire à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56a al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941

- LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le recourant conteste l'avertissement infligé par la commission en vertu de l'article 17 alinéa 1 lettre a LLCA au motif que la notification d'un commandement de payer sans invitation préalable au débiteur à renoncer à la prescription, ni mention que la poursuite intervient pour interrompre celle-là viole l'article 12 lettre a LLCA.

a. La LLCA définit les règles professionnelles applicables aux avocats dans sa section 3, intitulée "Règles professionnelles et surveillance disciplinaire". Selon l'article 12 lettre a LLCA, l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence. La LLCA énumère de manière exhaustive les règles auxquelles sont soumis les avocats (voir Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 VI p. 5331 ss, spéc. p. 5372/5373). En la matière, il n'y a donc plus de place pour le droit cantonal : les cantons ne peuvent prévoir d'autres règles professionnelles ni d'autres sanctions. Le législateur a ainsi voulu clairement délimiter les règles professionnelles des règles déontologiques et ce pour l'ensemble de la Suisse, de manière à faciliter la libre circulation des avocats (Message, p. 5368). Les règles déontologiques conservent une portée juridique, dans la mesure où elles peuvent aider à interpréter et à préciser les règles professionnelles. Elles ne sauraient toutefois servir de référence que si elles expriment une opinion largement répandue au plan national. Les dispositions de la LLCA doivent d'abord chercher à s'appliquer de manière autonome. La formulation ouverte de l'article 12 lettre a LLCA ne doit pas conduire à ce que des coutumes et usages d'un des ordres cantonaux deviennent partie intégrante des obligations auxquelles se soumet l'ensemble de la profession; il ne se justifie pas non plus d'admettre d'emblée une limitation du champ d'application de l'article 12 lettre a LLCA. Sous ces réserves, il y a lieu d'appliquer l'article 12 LLCA aux rapports du recourant avec son client, mais aussi avec les autorités et la partie adverse (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.194/2004 du 23 mars 2005 consid. 3.2 ; ATF 130 II 270 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.191/2003 du 22 janvier 2004, consid. 5.3).

b. Dans une décision du 7 novembre 2002, la commission du barreau du canton de Zürich a relevé que seul un nombre restreint de législations cantonales interdisait la notification d'un commandement de payer sans avertissement préalable, et que, dès lors, cette règle ne préfigurait pas une opinion largement répandue au niveau national. Elle a néanmoins considéré que le comportement en question tombait sous la clause générale de l'article 12 lettre a LLCA; l'avocat procédant de la sorte ne faisait pas preuve des égards dus et ne se comportait pas de manière correcte envers la partie adverse. La réception d'un tel acte avait de plus un effet diffamatoire dans de nombreux cercles de la population (ATF 130 II 270 consid. 3.2.1).

Le Tribunal fédéral a cependant estimé que si un comportement inadapté aux circonstances, dénotant une agressivité exagérée, constituait une violation des devoirs professionnels, l'article 12 lettre a LLCA n'imposait pas à l'avocat de recourir systématiquement au moyen le moins incisif. La simple réquisition d'une poursuite, qui n'est soumise à aucune condition, ne contrevient fondamentalement pas à la disposition précitée, et ce bien qu'une inscription dans le registre des poursuites puisse se révéler désagréable. Une appréciation contraire se justifie uniquement si la poursuite se révèle abusive parce que motivée par un intérêt sans lien avec la créance, telle une atteinte au crédit du prétendu débiteur ou l'inscription d'un montant exagéré. Lorsque le créancier vise l'interruption de la prescription, une requête au débiteur pour que celui-ci renonce à se prévaloir de celle-là est envisageable ; force est cependant d'admettre qu'elle est beaucoup moins avantageuse pour le créancier que l'introduction de la poursuite elle-même. Le seul fait de ne pas formuler une telle demande avant de notifier un acte de poursuite ne viole en tout cas pas l'article 12 lettre a LLCA (ATF 130 II 270 consid. 3.2.2 s).

c. Pour fixer la sanction, l'autorité doit, en application du principe de la proportionnalité, tenir compte tant d'éléments objectifs - telle 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. Vu le large pouvoir d'appréciation dont les autorités jouissent en matière de sanctions administratives, le Tribunal administratif ne censure les prononcés administratifs qu'en cas d'excès (RDAF 2003 I 736 consid. 7a).

d. Il n'est pas contesté que c'est sans sommation ni invitation préalable à renoncer à la prescription que le recourant a notifié un commandement de payer au Dr D_____.

Ce fait ne constitue une violation des devoirs professionnels qu'à la condition de relever d'une attitude abusive ou chicanière. Au vu des démarches qui ont précédé la notification du commandement de payer, force est de constater que tel n'est pas le cas. Le courrier du 18 mars 2004 dans lequel le recourant conteste le rapport établi par le Dr D_____ et annonce la saisine de la commission de surveillance des professions de la santé au motif de violation du secret professionnel était, certes, formulé en termes explicites mais ne dénotait pas une tentative de contrainte en vue d'obtenir une modification favorable du rapport, qui avait déjà été déposé. De même, le libellé de la dénonciation du 11 juin 2004 s'en rapportait uniquement à la contravention au devoir de confidentialité et ne contenait pas d'élément démontrant que le recourant essayait d'exercer des pressions sur le Dr D_____. Au demeurant, la réquisition de poursuite du 14 janvier 2005 était trop tardive pour viser un revirement de position de celui-ci.

Le litige entre le Dr D_____ et Mme M_____ étant circonscrit à la prétendue infraction au secret médical, l'envoi d'un commandement de payer avec

la mention de "dommages et intérêts" ne saurait être interprété comme une tentative de contrainte. Eu égard aux griefs de sa mandante - la réquisition d'une poursuite ne nécessitant au demeurant pas que ceux-ci soient justifiés au fond -, l'on ne saurait considérer que le recourant était motivé par une volonté d'attenter au crédit du Dr D_____ ou de lui nuire en réclamant des montants exagérés.

La réception d'un tel acte a néanmoins dû se révéler fort désagréable; M. X_____ aurait fait preuve d'une diligence plus appropriée en le faisant précéder d'un avertissement ou d'une invitation préalable à renoncer à la prescription.

Il subsiste que le recourant n'a pas indiqué dans la case prévue à cet effet sur le commandement de payer qu'il visait l'interruption de la prescription. En l'espèce, cette seule omission est assurément d'une gravité insuffisante pour constituer une violation de l'obligation de soin et de diligence.

e. Le recourant n'avait au surplus aucun antécédent disciplinaire au 6 février 2006.

3. En avertissant le recourant en application de l'article 12 lettre a et de l'article 17 alinéa 1 lettre a LLCA, la commission du barreau a excédé son pouvoir d'appréciation, de sorte que sa décision sera être annulée.

4. Les arguments développés par le recourant dans son acte de recours n'étant pas pertinents au regard de l'application de l'article 12 lettre a LLCA, il ne lui sera pas alloué d'indemnité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 avril 2006 par Monsieur X_____ contre la décision de la commission du barreau du 2 mars 2006;

au fond :

l'admet;

annule la décision de la commission du barreau du 2 mars 2006;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par-devant le Tribunal fédéral ; 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 en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14 ; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Mike Hornung, avocat du recourant ainsi qu'à la commission du barreau.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :