

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4095/2015-PROF

ATA/1288/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 décembre 2015

2^{ème} section

dans la cause

M. A_____

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

1. Le 4 novembre 2015, le bureau de la commission du barreau (ci-après : le bureau), statuant en urgence, a fait injonction à M. A_____, avocat inscrit au registre cantonal genevois, de cesser de représenter la partie plaignante dans la procédure pénale P/1_____. La décision était déclarée exécutoire nonobstant recours, l'audience de jugement étant fixée du 7 au 11 décembre 2015.

L'avocat susmentionné s'était constitué le 30 septembre 2015 pour son client au côté d'un conseil déjà constitué. Il avait été dénoncé à la commission du barreau (ci-après : la commission) le 16 octobre 2015 pour une situation de conflit d'intérêts par les avocats du prévenu, renvoyé devant le Tribunal de police pour gestion déloyale avec dessein d'enrichissement illégitime. Ce dernier était employé et actionnaire de la société B_____SA (ci-après : la société) inscrite au registre du commerce de Genève (ci-après : le RC) ayant pour but l'exploitation d'un bureau de gestion et dont le président du conseil d'administration depuis 1996 était associé de M. A_____. Bien que les faits à l'origine de la procédure pénale ne concernassent pas directement la société, un autre administrateur de celle-ci avait été entendu en qualité de témoin pendant l'instruction et pouvait l'être à nouveau. En outre, le client de M. A_____ avait requis à plusieurs reprises du ministère public la mise en œuvre de mesures de contraintes à l'encontre de la société. Les faits reprochés au prévenu étaient certes antérieurs à son arrivée dans la société, mais ils s'étaient produits dans le même domaine d'activité. L'issue de la procédure pénale pouvait avoir des conséquences, en termes d'image voire économiques pour la société. Les intérêts de celle-ci et de la partie plaignante étaient donc divergents. De par sa constitution pour cette dernière, M. A_____ avait accès à l'entier de la procédure pénale et donc à des éléments dont son associé, président du conseil d'administration de la société, ne pourrait avoir connaissance autrement. Compte tenu des obligations de ce dernier envers la société, M. A_____ ne pouvait pleinement assurer la défense des intérêts de son client, lequel devait pouvoir compter sur une activité n'ayant pas à souffrir d'une quelconque réticence liée aux incidences que pourrait avoir sa procédure sur une autre cliente de l'Étude de son avocat. Celui-ci ne pouvait ainsi continuer à assurer son mandat sans porter atteinte en particulier à son devoir d'indépendance à l'égard de son client et à celui d'éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il était en relation sur le plan professionnel.

2. Le 9 novembre 2015, la commission, réunie en séance plénière à la demande de M. A_____, a repris comme siens les considérants de la décision du bureau, estimant que ses motifs étaient justifiés et a fait injonction à l'avocat de cesser de représenter la partie plaignante dans la procédure pénale P/1_____. Cette décision datée du 12 novembre 2015 était exécutoire nonobstant recours.

3. Par acte du 25 novembre 2015, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préjudiciellement à la restitution de l'effet suspensif au recours et, principalement, à l'annulation de la décision susmentionnée.

Il n'y avait aucun conflit d'intérêts. Son associé n'avait aucun mandat avec le prévenu. La société n'était pas partie à la procédure pénale et n'avait pas mandaté son associé ni lui-même pour la représenter dans une quelconque procédure qui serait connexe ou participerait du complexe de faits pénal. Ces faits étaient tous antérieurs à l'arrivée du prévenu dans la société. L'administrateur de la société avait été entendu en lien avec des faits antérieurs à l'engagement du prévenu et indépendants de son activité au sein de celle-ci. Quant aux actes d'enquêtes demandés envers la société mais refusés, ils visaient uniquement la situation personnelle du prévenu. Que son associé soit président du conseil d'administration de la société était donc sans aucune incidence. Cela ne créait ni double représentation ni conflit prohibé car il ne s'agissait pas des mêmes personnes. La société n'était pas susceptible d'être affectée juridiquement par un jugement de condamnation du prévenu. Elle n'avait aucun intérêt propre et concret dans la procédure pénale et n'était pas exposée à des prétentions ou actions récursoires en découlant. Son associé pourrait lui-même agir en qualité d'avocat contre le prévenu si les intérêts de la société le commandaient. Le fait que ledit associé puisse, par hypothèse, avoir accès à des éléments de la procédure pénale, n'était pas de nature à porter atteinte aux intérêts de la partie plaignante ou de la société. Le conflit d'intérêts ne serait concret que si la partie plaignante et la société avaient des intérêts contraires dont la protection exigerait que les intérêts de l'un soient concrètement sacrifiés aux dépens de ceux de l'autre, ce qui n'était pas le cas. Le risque de dommage d'image était hypothétique et abstrait.

Par ailleurs, dans une décision du 9 novembre 2015, statuant sur dénonciation de sa part, le bureau avait considéré qu'il n'y avait, en l'état pas de conflit d'intérêts pour les deux conseils du prévenu alors que leur associé était administrateur depuis le 30 mars 2015 de la société C_____ SA (ci-après : la banque) dont le prévenu avait été employé et organe, comme il l'avait été d'une autre entité du même groupe, toutes deux apparaissant dans le complexe de faits pénal, la première ayant investi dans le fonds de placement de la seconde. Le bureau avait considéré que les faits retenus à l'encontre du prévenu se rapportaient à son activité en qualité de directeur général de la seconde entité, laquelle devait être distinguée de la banque. Ni cette dernière ni une autre entité du groupe n'étaient partie à la procédure pénale. Le bureau avait retenu qu'il n'y avait ainsi pas d'élément concret permettant d'admettre que les conseils du prévenu détiendraient des informations susceptibles d'être utilisées en violation de leur secret professionnel ou qu'ils ne bénéficieraient pas de l'indépendance nécessaire pour défendre leur client. Le bureau avait indiqué que la situation pourrait être différente dans l'hypothèse d'une condamnation du prévenu pour des faits relevant

de son activité au sein de la seconde entité si des actions étaient alors intentées à l'encontre de la banque. Mais il avait retenu qu'il s'agissait d'une pure hypothèse qu'il ne lui appartenait pas d'anticiper. Enfin, le bureau avait relevé que l'associé des conseils ne siégeait que depuis mars 2015 au conseil d'administration de la banque et qu'auparavant d'autres associés de la même étude y siégeaient déjà sans que cela n'ait jamais été évoqué au cours de la procédure pénale.

La décision querellée était erronée et arbitraire.

L'effet suspensif devait être restitué au recours, les seuls intérêts en jeu étant ceux de la partie plaignante et de son avocat interdit d'occuper et les chances de succès du recours étaient élevées.

4. Le 27 novembre 2015, la commission a transmis son dossier en s'en rapportant à justice sur la restitution de l'effet suspensif au recours et en s'en référant à la décision attaquée quant au fond.
5. Le 1^{er} décembre 2015, les parties ont été informées 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. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Selon l'art. 14 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPav - E 6 10), la commission du barreau exerce les compétences dévolues à l'autorité de surveillance des avocats par la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61), ainsi que celles qui lui sont attribuées par le droit cantonal. Elle est en particulier l'autorité de surveillance des avocats d'un autre barreau autorisés à assister ou représenter une partie devant les tribunaux genevois, pour l'activité qu'ils exercent sur le territoire du canton (art. 42 al. 2 LPav). La commission du barreau statue sur tout manquement aux devoirs professionnels et peut, si un tel manquement est constaté et suivant la gravité du cas, prononcer les sanctions énoncées à l'art. 17 LLCA (art. 43 al. 1 LPav). Elle peut aussi prononcer des injonctions propres à imposer à l'avocat le respect des règles professionnelles. En cas d'urgence, le bureau de la commission du barreau est compétent pour prononcer des mesures provisionnelles ; l'avocat faisant l'objet d'une injonction prononcée par le bureau peut demander que la mesure soit soumise à la commission plénière. Dans ce dernier cas, les membres du bureau participent également à la délibération (art. 43 al. 3 LPav).

En l'espèce, cette procédure a été correctement appliquée. L'injonction litigieuse trouve son fondement légal à l'art. 43 al. 3 LPav. Elle ne constitue pas, selon le Tribunal fédéral, une mesure disciplinaire au sens de l'art. 17 LLCA, mais relève du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat (ATF 138 II 162 consid. 2.5.1).

3. Il convient d'examiner si M. A_____ se trouve confronté à un conflit d'intérêts dans le cadre de la procédure pénale P/1_____.

a. Selon l'art. 12 LLCA, l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence (let. a), exerce son activité professionnelle en toute indépendance (let. b) et évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (let. c).

b. L'obligation de renoncer à représenter un mandant en cas de conflit d'intérêts est une règle cardinale de la profession d'avocat (ATF 138 II 162 consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_587/2015 du 2 novembre 2015 consid. 3.1 et les références citées). Elle découle de l'obligation d'indépendance ancrée à l'art. 12 let. b LLCA, de l'obligation de fidélité et du devoir de diligence de l'avocat. Elle est en lien avec la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA (ATF 134 II 108 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_587/2015 précité consid. 3.1). Elle permet également à l'avocat de sauvegarder son secret professionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2A.310/2006 du 21 novembre 2006 consid. 6.2).

Le Tribunal fédéral a souvent rappelé que l'avocat a notamment le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois, car il n'est alors plus en mesure de respecter pleinement son obligation de fidélité et son devoir de diligence envers chacun de ses clients (ATF 135 II 145 consid. 9.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 1B_358/2014 du 12 décembre 2014 consid. 3.1 et les références citées). Il y a violation de l'art. 12 let. c LLCA lorsqu'il existe un lien entre deux procédures et que l'avocat représente dans celles-ci des clients dont les intérêts ne sont pas identiques. Il importe peu en principe que la première des procédures soit déjà terminée ou encore pendante, dès lors que le devoir de fidélité de l'avocat n'est pas limité dans le temps (ATF 134 II 108 consid. 3).

c. Il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA dès que survient la possibilité d'utiliser, consciemment ou non, dans un nouveau mandat les connaissances acquises antérieurement sous couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un premier mandat. Il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner un tel conflit d'intérêts. Un risque purement abstrait ne suffit pas. Le risque de conflit d'intérêts doit être concret (ATF 135 II 145 consid. 9.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_587/2015 précité consid. 3.1; 5A_967/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.3.2).

d. Enfin, l'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite pas à la personne même de l'avocat, mais s'étend à l'ensemble des avocats d'une étude ou du groupement auquel il appartient (Michel VALTICOS/Christian REISER/Benoît CHAPPUIS, Commentaire romand de la loi sur les avocats, 2010, p. 121 n. 156 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_26/2009 du 18 juin 2009 consid. 3.2.). Ainsi, un avocat ne peut représenter une partie dans le cadre d'un litige dont il aurait pu connaître certains faits par le biais d'un de ses collègues de bureau (Walter FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2011, p. 265 n. 112a).

e. L'exigence du caractère concret du conflit d'intérêts implique l'examen du risque dans le cas d'espèce, par opposition à un raisonnement dans l'abstrait reposant sur des critères purement théoriques. En revanche, en présence d'éléments concrets qui révèlent un risque de conflit d'intérêts, il importe peu que ce risque se soit finalement matérialisé ou non. Comme le souligne expressément la jurisprudence, le fait qu'il y ait potentiellement un risque de conflit d'intérêts en raison des circonstances de l'espèce suffit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_885/2010 précité consid. 3.3 ; 2C_688/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). En outre, au stade de la détermination d'une situation de conflit d'intérêts, il est décisif d'établir si les connaissances acquises dans le cadre d'un mandat peuvent s'avérer préjudiciables à l'exercice d'un autre mandat, sans qu'il importe de savoir, sur le plan procédural, quelle partie doit apporter la preuve des faits pertinents (arrêt du Tribunal fédéral 2C_885/2010 précité consid. 3.3).

d. Quant à l'indépendance, autre principe essentiel de la profession d'avocat (ATF 123 I 193 consid. 4a et 4b), elle doit aussi être garantie à l'égard du client. Celui qui s'adresse à un avocat doit escompter que celui-ci est libre de tout lien, de quelque nature que ce soit à l'égard de qui que ce soit, qui pourrait restreindre sa capacité de défendre les intérêts de son client, dans l'accomplissement du mandat que ce dernier lui a confié (arrêt du Tribunal fédéral 2A.293/2003 précité consid. 3).

Si un conflit d'intérêts surgit, il appartient à l'avocat de mettre fin au(x) mandat(s), quand bien même la ou les parties auraient exprimé leur consentement à la poursuite de la représentation. Hormis les cas où le conflit d'intérêts est dénoncé par les clients ou les anciens mandants de l'avocat, la constatation du conflit peut être soulevée par une autorité judiciaire ou par les autorités disciplinaires (ATF 138 II 162 consid. 2.5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_149/2013 précité consid. 2.4.2 ; Michel VALTICOS, op. cit., ad art. 12 n. 184 ss).

e. Les règles professionnelles susmentionnées visent avant tout à protéger les intérêts des clients de l'avocat, en leur garantissant une défense exempte de conflit d'intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 1B_420/2011 du 21 novembre 2011 consid. 1.2.2). Elles tendent également à garantir la bonne marche du procès, notamment en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de

défendre l'un de ses clients - notamment en cas de défense multiple -, respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse acquises lors d'un mandat antérieur au détriment de celle-ci (arrêts du Tribunal fédéral 1B_358/2014 précité consid. 3.1 ; 1B_376/2013 du 18 novembre 2013 consid. 3).

Les obligations d'indépendance et de fidélité ainsi que le devoir d'éviter les conflits d'intérêts et celui de diligence envers le mandant survivent à la fin du rapport contractuel, de sorte que l'avocat doit respecter son devoir d'éviter tout conflit d'intérêts également lorsqu'il accepte un mandat contre un ancien client. Ce n'est qu'à ces conditions que sont respectés les buts de la loi sur les avocats qui tend, notamment, à protéger la confiance du public en la profession d'avocat et à garantir la sauvegarde du secret professionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2C_26/2009 du 18 juin 2009 consid. 3.1).

4. En l'espèce, la commission a enjoint au recourant de cesser de représenter la partie plaignante dans la procédure pénale P/1_____ en raison de l'existence d'un conflit d'intérêts qui empêcherait son associé, président du conseil d'administration de la société dont le prévenu est actionnaire et employé, d'agir contre le prévenu.

A teneur du dossier, le prévenu a rejoint la société à fin 2009. Les faits qui lui sont reprochés se sont déroulés entre 2001 et 2008, alors qu'il était directeur général puis administrateur délégué d'une entité dont il a démissionné en juillet 2008 avec effet au 30 septembre 2008. Cette entité n'a pas de lien avec la société. Cette dernière n'est pas impliquée dans les faits reprochés au prévenu. Aucune pièce ou allégué ne soutient que l'administrateur de la société, entendu comme témoin, l'ait été sur les faits reprochés au prévenu ou en raison d'une implication quelconque de la société avec ceux-ci. La partie plaignante n'a pas de lien avec la société bien qu'antérieurement aux faits pénaux, elle ait entretenu des liens professionnels avec l'administrateur entendu. Elle ne fait valoir aucune prétention à l'encontre de la société, laquelle n'a pas de litige avec le prévenu ni avec la partie plaignante.

Toutefois, ce qui apparaît déterminant, c'est le fait que le prévenu n'est pas seulement employé de la société mais qu'il en est aussi actionnaire. Il ressort en effet de l'instruction pénale qu'il y a d'abord été simple apporteur d'affaire avant d'en devenir employé quelques années plus tard puis être entré dans son capital pour environ 5%. À ce titre, il participe notamment de plein droit à l'assemblée générale de la société, investie du droit de nommer les membres du conseil d'administration, de leur donner décharge et de les révoquer (art. 698 al. 1, 698 al. 2 ch. 2 et 5 et 704 al 1 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations) [CO - RS 220]). Le conseil d'administration, quant à lui, exerce notamment la haute direction sur la société et exécute les décisions de l'assemblée générale (art. 716a al. 1 ch. 1 et 6 CO).

L'associé du recourant est ainsi président du conseil d'administration de la société employant le prévenu, lequel, en sa qualité d'actionnaire, peut influencer sur la reconduction du mandat de l'associé mais aussi sur d'autres décisions le concernant. En outre, l'associé peut, dans une telle configuration, avoir accès au dossier pénal. Dans ces circonstances, le recourant soutient à tort que son associé pourrait sans autre agir en qualité d'avocat contre le prévenu.

En revanche, le fait que les agissements reprochés au prévenu soient intervenus dans un domaine d'activité similaire à celui de la société ne suffit pas à retenir que celle-ci serait concernée par la procédure pénale en raison des conséquences potentielles en termes d'image voire économiques, ce qui induirait des intérêts divergents entre la partie plaignante et la société. L'argumentation développée à cet égard par la commission apparaît au demeurant contradictoire avec celle retenue dans la décision du bureau du 9 novembre 2015 niant tout conflit d'intérêts entre les deux conseils du prévenu et leur associé administrateur de la banque ayant eu des liens professionnels avec le prévenu pendant la période des faits reprochés à ce dernier.

Ainsi, compte tenu de la position de son associé dans la société, il n'est pas possible pour le recourant de garantir à la partie plaignante une défense pleinement indépendante, sans restriction et exempte de conflits d'intérêts. La commission a donc enjoint à bon droit au recourant de cesser de représenter la partie plaignante dans la procédure pénale P/1_____.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Aucun indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 novembre 2015 par M. A_____ contre la décision de la commission du barreau du 12 novembre 2015 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'300.- à la charge de M. A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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 au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à M. A_____ ainsi qu'à la commission du barreau et, pour information, à la direction de la procédure pénale.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

