

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4801/2008-BARR

ATA/298/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 juin 2009

dans la cause

Monsieur G_____

représenté par Me Nicolas Wisard, avocat

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

1. Monsieur G_____, ressortissant allemand, né en 1969, a effectué des études de droit complètes en Allemagne où il a obtenu son brevet d'avocat après avoir passé avec succès le « Staatsexam » en 2001.
2. Depuis le mois de septembre 2002, M. G_____ a travaillé à Genève en qualité de juriste auprès de diverses organisations internationales.
3. A compter du 31 août 2004, M. G_____ a été engagé comme collaborateur par Maître L_____, avocat inscrit au Barreau de Genève.
4. Par décision du 6 janvier 2005, M. G_____ a été inscrit au tableau cantonal des avocats en tant qu'avocat étranger membre de l'UE/AELE, au sens de l'art. 23 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAV - E 6 10).
5. Depuis le 21 février 2008, M. G_____ est rattaché au Barreau de Berlin.
6. Par requête du 12 octobre 2008 adressée à la commission du Barreau (ci-après : la commission) M. G_____ a sollicité son inscription au tableau cantonal des avocats.

Il avait une activité effective et régulière en droit suisse, ayant rejoint l'étude de Me L_____ depuis le 31 août 2004. Etait jointe à cette demande l'attestation de son employeur confirmant son activité en droit suisse dans son étude.

M. G_____ précisait être à disposition de la commission pour tout renseignement complémentaire qu'elle souhaiterait recevoir.

7. Par décision du 27 novembre 2008, la commission a informé M. G_____ que sa requête était rejetée dans la mesure où elle était fondée sur l'art. 30 al. 1 let. b ch. 1 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61) et son dossier renvoyé à la commission d'examens pour qu'il soit traité en application des art. 30 al. 1 let. b ch. 2 et 32 LLCA.

L'étude à laquelle était rattachée M. G_____ apparaissait spécialisée en propriété intellectuelle et en droit des divertissements. Se fondant sur le dossier dont elle était saisie, la commission considérait que cette demande devait être traitée en application des art. 30 al. 1 let. b ch. 2 et 32 LLCA, les pièces produites ne permettant pas de déterminer l'étendue de la pratique effective en droit suisse du requérant. Les rares décisions rendues par l'autorité de céans concernaient des avocats qui, outre une pratique professionnelle détaillée en droit suisse justifiaient l'obtention d'un titre universitaire en droit suisse ou d'une expérience accrue.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

8. M. G_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 30 décembre 2008.

Il réunissait les conditions de l'art. 30 al. 1 let. b ch. 1 LLCA ayant cumulé trois années complètes d'activité au sein d'une étude d'avocat à Genève.

Il se référait aux renseignements que lui avait donnés Me L_____ avocat étranger admis au tableau cantonal des avocats.

La décision de la commission était une décision finale au sens de l'art. 57 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Le fait que la commission ait décidé de transmettre le dossier à la commission d'examens pour que cette dernière procède à un entretien de vérification des compétences professionnelles du recourant ne saurait être invoqué pour dénier à la décision attaquée le caractère d'une décision finale.

La commission avait violé son droit d'être entendu dans la mesure où elle avait adopté sa décision sans l'avoir en aucune manière interpellé ni son employeur. Or, la commission aurait pu très facilement satisfaire aux obligations découlant pour elle du droit d'être entendu du recourant en invitant ce dernier à se déterminer sur l'impression qu'elle paraissait avoir acquise sur la base du champ d'activité de l'étude de Me L_____. De même, elle aurait pu aisément l'inviter à produire tous les renseignements et pièces complémentaires utiles pour apprécier matériellement l'étendue de son activité en droit suisse, une telle invitation étant conforme à la pratique de la commission adoptée lors du traitement des précédentes demandes d'inscription au registre présentées par des avocats étrangers.

Il conclut à l'annulation de la décision du 27 novembre 2008 et au renvoi de la cause à la commission pour complément d'instruction, avec suite de frais et dépens.

9. Dans sa réponse du 16 février 2009, la commission s'est opposée au recours.

En l'espèce, la démonstration d'une activité effective et régulière en droit suisse n'avait pas été soumise d'une manière suffisamment probante. La requête présentée le 2 octobre 2008 faisait apparaître que le recourant déployait son activité dans une étude spécialisée en propriété intellectuelle et en droit des divertissements. De surcroît, Me L_____, avocat inscrit au registre cantonal de Genève, était au bénéfice d'un brevet bâlois et se trouvait dans une situation qui ne lui aurait pas permis de former un stagiaire dans le respect de l'art. 12 du

règlement d'application de la loi sur la profession d'avocat du 5 juin 2002 (RPAv - E 6 10.01).

La requête de M. G_____ avait été rejetée en laissant toutefois la porte ouverte à un examen complémentaire du dossier par la commission d'examens conformément à l'art. 31 LLCA. L'autorité de céans tenait pour acquis que la preuve d'une connaissance appropriée en droit suisse appartenait à l'avocat inscrit au tableau UE/AELE et qu'elle n'avait pas une obligation générale de solliciter elle-même la production de moyens de preuve. Ce constat résultait d'ailleurs de l'art. 10 ch. 1 de la directive 98/5/CE du parlement européen et du conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (ci-après : la directive 98/5/CE).

La commission signalait encore que M. G_____ avait déposé en date du 29 janvier 2009 une demande de reconsidération de la décision litigieuse et que dans sa séance du 2 février 2009, elle avait décidé de surseoir à statuer jusqu'à droit jugé par le Tribunal administratif.

10. A la demande du tribunal de céans, la commission a complété son dossier de pièces en produisant notamment la directive précitée.
11. Par courrier du 23 février 2009, le Tribunal administratif a informé les parties que sauf demande de mesure d'instruction complémentaire, la cause serait gardée à juger en l'état dès le 15 mars 2009.
12. Le 30 mars 2009, le recourant a répliqué et a persisté dans ses arguments, tels qu'exposés dans son recours du 30 décembre 2008, à savoir une violation de la maxime d'office et celle du droit d'être entendu.
13. En date du 21 avril 2009, la commission a dupliqué. Elle était en phase d'établissement de sa jurisprudence ce qui expliquait les raisons pour lesquelles début 2007, un échange de lettres entre Me L_____ et elle-même était intervenu en vue de récolter les preuves pertinentes de son activité régulière et effective en droit suisse.
14. Par courrier du 15 mai 2009, le tribunal de céans a ordonné à la commission l'apport du dossier de Me L_____ à la procédure, laquelle s'est exécutée le 20 mai 2009.
15. Le dossier susmentionné a été porté à la connaissance de M. G_____, par pli du 20 mai 2009.
16. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a LPA).
2. La commission a refusé l'inscription du recourant au tableau cantonal des avocats, car il n'avait pas prouvé que l'une des conditions de l'art. 30 al. 1 let. b ch. 1 LLCA, à savoir son activité régulière et effective en droit suisse, était établie.
3. Le recourant allègue une violation de son droit à être entendu.
 - a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. — RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de 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 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il 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 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; 130 I 425 consid. 2.1 p. 428 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.402/2008 du 27 juin 2008 consid. 3.2 ; 2P.205/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; 126 I 97 consid. 2b p. 103).
 - b. La commission est une autorité administrative, chargée de l'application de la LLCA et de la LPAv et est, de ce fait, soumise à la LPA.

La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire ou d'office (art. 19 LPA). Les faits doivent en principe être établis d'office et, dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle procède à cette recherche, les règles sur la répartition du fardeau de la preuve ne s'appliquent pas. Elle recourt s'il y a lieu aux moyens de preuve suivants : documents, interrogatoires et renseignements des parties, témoignages et renseignements de tiers, examen par l'autorité, et l'expertise (art. 20 al. 2 LPA).

Toutefois, l'effet de la maxime d'office est relativisé par son corollaire, soit le devoir de collaboration des parties énoncé aux art. 22 à 24 LPA. Dès lors, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'art. 8 du Code civil Suisse du 10 décembre 1907 (CC – RS 210) est applicable par analogie : pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe à celui qui entend se prévaloir de ce droit (ATA/144/2008 du 1^{er} avril 2008 et les références citées ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, p. 263-264, n. 2.2.6.4).

La LLCA ne contient aucune disposition de procédure relative à l'inscription des avocats ressortissants d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE au registre cantonal des avocats.

c. Une directive de l'Union européenne lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en lui laissant la compétence quant à la forme et aux moyens ; en d'autres termes, la directive est un texte adopté au stade de l'Union européenne qui fixe des règles que les Etats membres doivent inclure dans leur législation interne.

C'est ainsi, à juste titre que la commission s'est inspirée des dispositions pertinentes de la directive 98/5/CE quand bien même cette dernière n'a pas pour but de réglementer la procédure en Suisse. Son art. 10 § 1 let. a prévoit qu'il incombe à l'avocat intéressé d'apporter à l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil la preuve de l'activité effective et régulière d'une durée d'au moins trois ans dans le droit de l'Etat membre d'accueil. A cet effet, l'avocat fournit à l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil toute information et tout document utiles, notamment sur le nombre et la nature des dossiers traités par lui.

La commission en a déduit que la preuve d'une connaissance appropriée en droit suisse appartenait à l'avocat inscrit au tableau UE/AELE et qu'elle n'avait pas une obligation générale de solliciter elle-même la production de moyens de preuve.

Cela étant, la commission n'a pas examiné la let. b de l'art. 10 § 1 de la directive précitée, laquelle rappelle que l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil peut vérifier le caractère régulier et effectif de l'activité exercée et peut inviter, en cas de besoin, l'avocat à fournir oralement ou par écrit des clarifications ou des précisions additionnelles relatives aux informations et documents mentionnés au point a.

En l'espèce, la commission a considéré qu'au vu de l'en-tête de l'étude, indiquant une spécialisation en droit suisse, l'activité requise du recourant n'était pas établie et elle n'a pas tenu compte de l'attestation de Me L_____ qui confirmait la réalité d'une activité effective et régulière en droit suisse alléguée par le recourant. Elle aurait dû inviter ce dernier à compléter ses informations,

notamment en produisant les pièces en sa possession et lui fixer un délai à cet effet (art. 24 al. 1 LPA).

En n'invitant pas le recourant à fournir des documents additionnels, et en fondant sa décision sur le seul papier en-tête de l'étude, la commission a violé son devoir d'instruire d'office les faits pertinents et partant le droit d'être entendu du recourant.

4. a. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités ; ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b). 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 (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b ; ATA/430/2008 du 27 août 2008 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). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.63/2008 du 25 août 2008 consid. 2.1) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. 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).
- b. Aux termes de l'art. 61 al. 1 LPA, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit (let. a) ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits (let. b).

Le tribunal de céans disposant d'un plein pouvoir de cognition en droit et en fait, la violation du droit d'être entendu peut être réparée devant lui.

5. a. Selon l'art. 30 al. 1 let. b ch. 1 LLCA, l'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE peut être inscrit à un registre cantonal des avocats sans remplir les conditions prévues à l'art. 7, let. b, s'il a été affiché pendant trois ans au moins au tableau des avocats pratiquant sous leur titre professionnel d'origine et qu'il justifie pendant cette période d'une activité effective et régulière en droit suisse.
- b. Il ressort du message du Conseil fédéral concernant la LLCA du 28 avril 1999 (RS 99.027) que, lorsqu'il demande son inscription après avoir exercé de manière permanente sous son titre d'origine, l'avocat doit établir qu'il a eu une

activité régulière et effective en droit suisse pendant une période minimale de trois ans. Par activité effective, on entend une activité que l'avocat déploie lui-même sous sa propre responsabilité. Par activité régulière, on entend une activité qui ne soit interrompue que par des événements de la vie courante. La question de savoir si l'expérience en matière de représentation en justice est suffisante devra également être appréciée par la commission. Si son activité en Suisse n'a pas porté sur le droit suisse pendant les trois ans, l'avocat devra se présenter à un entretien de vérification des compétences professionnelles. Ce sera la commission cantonale des examens d'avocat qui appréciera, sur la base des informations et des documents produits par le candidat (dossiers qu'il a traités, séminaires et cours qu'il a suivis, etc.), si celui-ci peut être inscrit au registre. Il s'agit ainsi de porter une appréciation sur l'activité développée par le candidat, notamment sur son expérience pratique en matière de représentation en justice, et de juger s'il est apte à poursuivre son activité en étant inscrit au registre.

Il résulte de l'attestation établie par Me L_____ que le recourant est inscrit au tableau cantonal des avocats membres des États de l'UE/AELE depuis le 6 janvier 2005. Il remplit donc l'exigence de l'art. 30 al. 1 let. b LLCA qui impose une durée minimale de trois ans de pratique en tant qu'inscrit au registre cantonal des avocats sous son titre professionnel d'origine.

Pour la période de novembre 2004 à juillet 2008, le résumé de l'activité déployée par le recourant correspond à celle d'un avocat. Il a eu la maîtrise de dossiers tant de portée nationale qu'internationale, a mené des procédures, a exercé son activité de conseil et a suivi des séminaires relatifs au droit suisse. Il sied de préciser qu'il n'existe pas de définition type de l'activité d'avocat, tant cette dernière peut être multiple et variée, voire spécifique à un domaine particulier. Quant bien même, la pratique des avocats dans le canton de Genève peut être qualifiée de polyvalente, l'art. 30 al. 1 let. b LLCA n'exige pas une telle condition.

En l'espèce, les pièces versées aux débats, notamment l'attestation de Me L_____, établissent que le recourant a déployé une activité d'avocat effective d'une part et régulière d'autre part et le tribunal de céans n'a pas de raison de mettre en doute la véracité des affirmations de Me L_____. Dans la mesure où il est considéré comme acquis que l'activité qui a été celle du recourant pendant trois ans correspond à ce qui est exigé par le Conseil fédéral, un entretien de vérification de connaissances professionnelles par-devant la commission d'examen n'est donc pas nécessaire.

6. Dans sa demande d'inscription au tableau genevois, le recourant s'est référé expressément au cas de Me L_____. Il ressort des pièces versées au dossier que la commission a procédé en décembre 2006 à un échange de courriers avec cet avocat, qui était alors dans la même situation que le recourant, en vue d'établir sa pratique effective et régulière en droit suisse. La commission a, en effet, prié Me L_____ de compléter, à deux reprises, son dossier. Une première fois en vue

d'obtenir une attestation d'activité émanant d'un associé de l'étude, puis, dans un deuxième courrier, celle attestée par son ancien employeur. Ce n'est qu'une fois en possession du dossier complet que la commission a statué sur l'activité régulière et effective en droit suisse de Me L_____ et admis son inscription au tableau cantonal des avocats.

b. Selon la jurisprudence constante du tribunal de céans, une décision viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; 129 I 113 consid. 5.1 p. 125 ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss).

La commission a déclaré s'être montrée "peut-être trop libérale" dans ses premières décisions quant à l'application des art. 30 et ss LLCA et a depuis durci les conditions pour admettre l'inscription au tableau cantonal des avocats.

c. Il n'est pas interdit aux autorités administratives de changer une pratique qu'elles ont suivie jusque-là, si elles considèrent qu'une autre application du droit, une autre appréciation du sens de la loi ou une modification des conditions serait plus satisfaisante. Un tel changement de pratique doit toutefois se fonder sur des motifs sérieux et objectifs (ATF 127 I 49 consid. 3c p. 52 ; 125 II 152 consid. 4c/aa p. 162 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.146/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.4).

Toutefois, un éventuel changement de pratique ne dispense pas l'intimée de respecter ses devoirs de procédure, et plus particulièrement son devoir d'instruire d'office les faits pertinents.

En l'occurrence, Me L_____ se trouvait, il y a deux ans, dans la même situation que le recourant ; il était inscrits depuis plus de trois ans au registre cantonal des avocats en tant qu'avocat étranger membre de l'UE/AELE et lors de sa demande d'inscription au registre cantonal des avocats, la commission a mené une instruction afin d'établir la qualité de son activité acquise. Dans le cas du recourant, la commission aurait dû faire de même, à savoir investiguer plus avant le dossier, car deux situations identiques doivent être traitées de manière égale. En ne le faisant pas, cette dernière a violé le principe de l'égalité de traitement.

7. Quant à l'argumentation de la commission selon laquelle Me L_____ ne remplissait pas les conditions énumérées à l'art. 12 RPAv et ne pouvait, de ce fait, pas former un stagiaire, elle est dénuée de tout pertinence. En effet, les conditions prévues à l'art. 30 LLCA sont claires et ne prévoient pas que le candidat, ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, désireux d'être inscrit au tableau genevois ait acquis son activité régulière et effective auprès d'un avocat qui puisse former un stagiaire.
8. Partant, le recours sera admis et le recourant devra être inscrit au tableau cantonal des avocats.
9. Vu l'issue du litige, un émolument de procédure de CHF 750.- sera mis à la charge de la commission qui succombe. Une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée au recourant à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 décembre 2008 par Monsieur G_____ contre la décision du 27 novembre 2008 de la commission du Barreau ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 27 novembre 2008 de la commission du Barreau ;

dit que Monsieur G_____ doit être inscrit au tableau cantonal des avocats ;

met à la charge de la commission du Barreau un émolument de CHF 750.- ;

alloue à Monsieur G_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Nicolas Wisard, avocat du recourant ainsi qu'à la commission du Barreau.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :