

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/819/2012-PROF

ATA/281/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2012

dans la cause

Monsieur G _____

représenté par Me Christian Luscher, avocat

et

Monsieur L _____

représenté par Me Alain Berger, avocat

contre

COMMISSION DU BARREAU

et

Monsieur A _____

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né en 1954, a prêté serment d'avocat à Genève en 1978 et est inscrit au registre cantonal des avocats depuis cette dernière date.
2. Le 9 novembre 2010, il a requis de la commission du barreau (ci-après : la commission ; requête n° 65/10) d'être délié du secret professionnel pour être entendu comme témoin lors d'une audience d'enquêtes convoquée le 16 novembre 2010 par le Tribunal de première instance, devenu le Tribunal civil depuis le 1^{er} janvier 2011, dans la cause C/23906/2009.

La cause précitée avait pour objet une « action en reddition de compte », visant à la production de bilans et états financiers d'une société anonyme de droit suisse, à l'obtention d'informations sur la marche des affaires de cette société et sur la restitution de 20 % du capital social de celle-ci, opposant Monsieur C_____ (demandeur) à Messieurs L_____ et G_____. M. A_____ était susceptible d'apporter un témoignage utile, ayant été en rapport, en tant qu'avocat, avec les parties à la procédure civile et ayant joué un rôle dans les faits litigieux.
3. Le 12 novembre 2010, le bureau de la commission a refusé de délier M. A_____ de son secret professionnel.
4. A la requête de ce dernier, la commission, statuant en séance plénière, a confirmé la décision du bureau.
5. Par arrêt du 11 octobre 2011 (ATA/638/2010), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a annulé la décision de la commission du 9 mai 2011. M. A_____ avait entretenu des rapports juridiques avec MM. C_____, L_____ et G_____, susceptibles de relever vis-à-vis de ces trois personnes, en totalité ou partiellement, du contrat de mandat au sens de l'art. 394 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)). Toute activité d'avocat en faveur d'un mandant n'était pas automatiquement couverte par le secret professionnel. Celui-ci ne portait que sur l'activité professionnelle spécifique (ou typique) déployée par l'avocat. La commission aurait dû instruire la nature du mandat liant M. A_____ à ses clients. Elle aurait notamment dû procéder à l'audition de MM. C_____, L_____ et G_____ pour vérifier la portée du mandat confié et pour déterminer vis-à-vis de qui et dans quelle mesure l'avocat était lié par un secret professionnel, avant de statuer sur sa demande. La cause lui était retournée pour que cette instruction soit effectuée.

6. Le 30 novembre 2011, MM. C_____, L_____ et G_____ ont été convoqués par la commission pour être entendus comme témoins.
7. Par courrier du 29 novembre 2011 adressé à la commission, MM. L_____ et G_____ ont demandé à être appelés en cause dans la procédure engagée devant elle. M. A_____ avait été l'avocat des trois parties à la procédure civile dans le cadre de laquelle il devait témoigner, mais il avait pris fait et cause pour M. C_____. Une violation du devoir de fidélité de cet avocat avait été constatée par le bâtonnier Me Jean-François Ducrest dans un courrier du 26 novembre 2008. De même, le bâtonnier Me Vincent Spira, par décision du 24 novembre 2010, avait enjoint M. A_____ de s'abstenir de témoigner dans la cause en question. Un conflit d'intérêts était susceptible d'affecter directement leurs droits et obligations puisqu'ils étaient bénéficiaires du secret professionnel de leur avocat. Ils avaient le droit d'intervenir dans la procédure ouverte devant la commission pour s'opposer à toute levée dudit secret professionnel. Leur intérêt n'était pas seulement digne de protection mais était justifié par un intérêt juridique. Ils devaient pouvoir accéder au dossier et se voir impartir un délai adéquat pour se déterminer sur la requête de leur avocat.
8. Le 22 décembre 2011, M. A_____ s'en est rapporté à l'appréciation de la commission. La levée éventuelle de son secret professionnel ne regardait que la commission et lui-même. Il contestait avoir pris fait et cause pour M. C_____. Seul ce dernier avait été son client. Les rapports juridiques qu'il avait pu entretenir avec MM. L_____ et G_____ n'avaient pas relevé de l'activité classique de l'avocat.
9. Le 20 février 2012, la commission a rejeté la requête d'appel en cause formée par MM. L_____ et G_____. Ces derniers ne pouvaient bénéficier, par le biais de l'appel en cause, de droits plus étendus que ceux reconnus au détenteur de la qualité pour agir. Dans une procédure en levée du secret professionnel, seul le dépositaire du secret, à savoir l'avocat ou son auxiliaire, pouvait saisir l'autorité à l'exclusion de tout tiers, même intéressé, qu'il s'agisse du client, d'une autorité judiciaire ou d'un autre avocat.
10. Par acte déposé le 12 mars 2012, MM. L_____ et G_____ ont recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée de la commission, reçue le 29 février 2012, en concluant à son annulation. La décision querellée était contraire à l'art. 111 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Cette procédure n'avait pas un caractère disciplinaire. De ce fait, la notion très restrictive de partie à la procédure qui prévalait dans le domaine de la surveillance disciplinaire des avocats n'était pas applicable. Le 20 février 2012, le Tribunal fédéral avait admis comme partie à la procédure l'ancien client d'un avocat qui demandait à l'instance de surveillance des avocats d'intervenir en cas de conflit d'intérêts (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_642/2011). Certes, la présente procédure portait sur la levée du secret professionnel de l'avocat et non

pas sur un conflit d'intérêts, mais ces deux types de procédures avaient en commun de ne pas relever de la surveillance disciplinaire de l'avocat. Il s'agissait d'éviter tout conflit d'intérêts. M. A_____ avait pris fait et cause pour M. C_____. Ils étaient touchés de manière directe par la décision de levée du secret professionnel de cet avocat et disposaient d'un intérêt digne de protection à l'annulation de cette décision. Partant, la qualité de parties au sens de l'art. 7 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) devait leur être reconnue.

11. Le 3 avril 2012, la commission a persisté dans les termes de sa décision et transmis son dossier.
12. Le 16 avril 2012, M. A_____ s'en est rapporté à justice. Préalablement, il a conclu à ce que la chambre administrative invite M. C_____ à prendre position sur le recours de MM. G_____ et L_____ et à ce qu'il soit appelé en cause au besoin.
13. Le 17 avril 2012, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La décision rejetant la requête d'appel en cause ne met pas fin à la procédure ouverte par la requête de l'avocat du 9 novembre 2010, mais elle règle définitivement pour les recourants leur droit d'être partie à la procédure. Un caractère partiel doit lui être reconnu (ATF 134 III 379 consid. 1.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_149/2008 du 12 août 2008 consid. 2). En outre, dans la mesure où la commission statue définitivement sur les prétentions des recourants à participer à la procédure, elle constitue à leur égard une décision finale au sens de l'art. 57 let. a LPA. Dès lors, c'est à juste titre que la commission a rappelé la possibilité de recourir auprès de la chambre de céans dans le délai de trente jours de l'art. 62 al. 1 let. a LPA.

Interjeté le 12 mars 2012 contre la décision réceptionnée le 29 février 2012, le recours l'a été en temps utile.

2. a. Selon l'art. 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61), « l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par des clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer les faits qui lui ont été confiés ».

- b. L'avocat qui viole son secret professionnel est passible d'une sanction pénale (art. 321 al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0). A teneur de l'art. 321 al. 2 CP, la violation du secret professionnel n'est cependant pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale relatives à une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (art. 321 al. 3 CP).
3. a. La procédure de levée du secret professionnel par l'autorité compétente au sens de l'art. 321 al. 2 CP n'est pas réglée par le droit fédéral. La LLCA ne prévoit que l'obligation d'instaurer une autorité de surveillance de la profession d'avocat (art. 14 LLCA). C'est donc le droit cantonal qui détermine ladite procédure (F. BOHNET / V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 780, n° 1912 ; M. VALTICOS / C. REISER / B. CHAPPUIS, Commentaire romand de la loi sur les avocats, 2010, p. 200, n° 390).
- b. Dans le canton de Genève, la procédure de levée du secret professionnel par l'autorité de surveillance est réglée à l'art. 12 al. 3 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10). A moins d'avoir été délié du secret professionnel par son client (art. 12 al. 2 LPAv), l'avocat doit obtenir l'autorisation écrite de la commission pour avoir le droit de révéler un fait couvert par celui-là. Cette autorisation peut être donnée par le bureau de la commission. En cas de refus, l'avocat peut demander que sa requête soit soumise à la commission plénière, qui statue par une décision non susceptible de recours. Dans ce dernier cas, les membres du bureau participent également à la délibération.
- c. Au chapitre VII intitulé procédure et recours, l'art. 49 LPAv prévoit que la LPA s'applique à la LPAv, dans la mesure où cette dernière n'y déroge pas.
4. A teneur de l'art. 132 al. 1 LOJ, la chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administratives. Le recours est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e, et 57 de la LPA. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ).

En l'espèce, la décision de la commission constitue une décision au sens de l'art. 4 al. 1 let c LPA dès lors qu'elle interdit aux recourants de participer à la procédure de levée du secret professionnel. La doctrine critique l'art. 12 LPAv en tant qu'il ne prévoit aucun recours contre les décisions de la commission dans ce domaine, cette disposition lui paraissant incompatible avec les exigences du droit fédéral ; M. VALTICOS / C. REISER / B. CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 202, n° 402). Cette question n'a cependant pas à être tranchée dans le cadre de la présente cause. En effet, la décision attaquée ne statue pas sur le fond de la requête, mais sur une question procédurale préalable concernant l'exercice d'un droit relevant

des garanties de l'accès au juge conférées par l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Une telle décision ne relève pas de l'art. 12 LPA mais de l'application de l'art. 71 al. 1 LPA. La voie du recours cantonal ordinaire en matière administrative est donc ouverte et le recours est ainsi recevable.

5. L'avocat est le titulaire de son secret, la dernière phrase de l'art. 13 LLCA rappelant qu'en toutes circonstances il reste maître de celui-ci (F. BOHNET / V. MARTENET, *op. cit.*, p. 761, n° 1853 ; M. VALTICOS / C. REISER / B. CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 198, n° 381). Le client est le bénéficiaire du secret et l'avocat doit obtenir le consentement de son mandant pour pouvoir révéler des faits couverts par son obligation de confidentialité. Si plusieurs personnes sont concernées, elles doivent toutes donner leur consentement (F. BOHNET / V. MARTENET, *op. cit.*, p. 779, n° 1909 ; M. VALTICOS / C. REISER / B. CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 199, n° 386).
6. Seul l'avocat dépositaire du secret professionnel peut saisir l'autorité compétente, à l'exception de tout tiers, même intéressé, qu'il s'agisse du client, de l'autorité judiciaire ou d'un autre avocat (F. BOHNET / V. MARTENET, *op. cit.*, p. 780, n° 1913 ; M. VALTICOS / C. REISER / B. CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 201, n° 398). Selon le droit fédéral, soit les art. 13 LLCA et 321 al. 2 CP, l'avocat ne peut effectuer cette démarche que si son client refuse de le délier du secret ou que cela lui est impossible objectivement alors que lui-même en exprime le besoin, notamment parce que ses propres intérêts l'exigent (F. BOHNET / V. MARTENET, *op. cit.*, p. 780, n° 1913 ; M. VALTICOS / C. REISER / B. CHAPPUIS, *op. cit.*, p. 201, n° 398).
7. L'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. L'appelé en cause peut exercer les droits conférés aux parties (art. 71 al. 2 LPA). Cette disposition doit être appliquée à la lumière de celles relatives à la qualité pour recourir en procédure contentieuse (ATA/623/1996 du 29 octobre 1996), car l'institution de l'appel en cause ne doit pas permettre à des tiers d'obtenir des droits plus étendus que ceux donnés aux personnes auxquelles la qualité pour agir est reconnue.
8. A teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/77/2009 du 17 février 2009, et les références citées). Les lettres a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/5/2009 du 13 janvier 2009, et les références citées).

9. Cette notion de l'intérêt digne de protection est identique à celle qui a été développée par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 103 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (JO - 173.110) et qui était, jusqu'à son abrogation le 1^{er} janvier 2007, applicable aux juridictions administratives des cantons, conformément à l'art. 98a de la même loi (ATA/399/2009 du 25 août 2009 consid. 2a ; ATA/207/2009 du 28 avril 2009 consid. 3a, et les arrêts cités). Elle correspond aux critères exposés à l'art. 89 al. 1 let. c de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 (LTF - RS 173.110) que les cantons sont tenus de respecter, en application de la règle d'unité de la procédure qui figure à l'art. 111 al. 1 LTF (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.76/2007 du 20 juin 2007 consid. 3 et 1C.69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.2 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 pp. 4126 ss et 4146 ss).
10. Pour qu'un intéressé se voie reconnaître la qualité pour recourir, il doit être lésé par la décision et avoir un intérêt particulier plus grand que n'importe qui à sa modification (ATF 111 V 350 ; 111 Ib 160 ; 111 Ib 3). Pour être appelé en cause, il doit être directement touché par l'acte litigieux et en subir un préjudice actuel et suffisamment établi. L'intérêt digne de protection qu'il doit avoir à ce que l'acte soit annulé ou modifié doit être personnel, immédiat et actuel. Enfin, cette personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec l'objet du litige pour qu'un contrôle juridictionnel soit institué (ATA/623/1996 précité ; Mémorial des séances du Grand Conseil 1984 p. 1602 ss ; 1985 p. 4386).
11. En l'espèce, l'objet de la procédure devant la commission réside dans la levée du secret professionnel. A teneur de l'art. 12 LLCA, seul l'avocat titulaire du secret a la qualité pour requérir la levée de celui-ci, à l'exclusion de son ou ses mandants. La procédure implique que la commission s'interroge sur le cercle de ces derniers et sur l'étendue du secret qui lierait l'avocat. Dans l'ATA/643/2010 du 11 octobre 2011, la chambre de céans a demandé à la commission de faire porter son instruction sur ces questions avant de statuer sur le droit de l'avocat à témoigner dans le cadre de la procédure civile opposant les recourants à M. C_____. Le secret professionnel n'appartenant qu'à l'avocat concerné, aucun client ne peut être appelé en cause dans la procédure de levée dudit secret, qu'il s'agisse des recourants ou de leur partie adverse dans la procédure civile qui les oppose.
12. Les recourants se prévalent d'un récent revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de conflit d'intérêts dont ils demandent l'application *mutatis mutandis* dans la présente cause. Dans un arrêt du 20 février 2012 (cause 2C_642/2011), le Tribunal fédéral, après l'avoir dénié dans une jurisprudence constante, a admis que le client d'un avocat avait le droit d'être partie à une procédure ouverte devant une autorité de surveillance portant sur un conflit d'intérêts à la suite de sa plainte. Le client en question devait en effet se voir

reconnaître un intérêt direct et digne de protection à l'obtention d'une décision car il risquait d'être lésé par son ancien avocat susceptible d'utiliser à son détriment des connaissances acquises dans l'exécution du mandat qu'il lui avait confié.

Le présent litige n'est cependant pas comparable à celui prévalant en matière de conflit d'intérêts. Dans une procédure en levée du secret professionnel, l'avocat sollicite d'être délié d'un secret dont il est le seul titulaire. Même s'il est délié de celui-là, il conserve encore la liberté de ne pas témoigner. Dans ces circonstances, le client de l'avocat, même bénéficiaire du secret, n'a pas à être appelé en cause dans la procédure ouverte devant l'instance chargée de statuer. Cette solution s'impose d'autant plus si la situation est litigieuse comme dans le cas d'espèce. Lorsque les bénéficiaires du secret ou l'étendue de celui-ci doivent être déterminés, la commission doit pouvoir instruire sur ces questions sans la participation des clients intéressés. Si elle doit rechercher des informations auprès de ceux-ci, c'est par le biais d'une instruction effectuée conformément aux art. 27 ss LPA. Toute autre solution reviendrait à vider de sens la procédure de levée du secret instaurée par l'art. 12 LLCA, en donnant la possibilité à des personnes, qu'elles soient bénéficiaires ou non du secret professionnel de l'avocat, d'obtenir des informations auxquelles elles n'auraient pas droit normalement. La commission a donc rejeté à juste titre la requête d'appel en cause des recourants. Pour la même raison, il n'y a lieu ni d'inviter M. C_____ à se déterminer, ni d'ordonner son appel en cause.

13. Le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de chacun des recourants. Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 mars 2012 par Messieurs G_____ et L_____ contre la décision de la commission du barreau du 20 février 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Monsieur G_____ ;

met un émoulement de CHF 1'000.- à la charge de Monsieur L_____ ;

dit qu'il ne leur 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 Me Christian Luscher, avocat de Monsieur G_____, à Me Alain Berger, avocat de Monsieur L_____, à Monsieur A_____, ainsi qu'à la commission du barreau.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :