

du 4 mars 2003

dans la cause

Monsieur X

représenté par Me Vladimir Vesely, avocat

contre

COMMISSION DU BARREAU

EN FAIT

1. Maître X, assermenté en 1981, exerce la profession d'avocat dans le canton de Genève.
2. Me X s'est exprimé dans le n° ... daté du ... d'un journal gratuit diffusé dans le canton de Genève sous le titre "GHI - Genève Home Information" (ci-après : GHI) à propos de la situation des offices des poursuites et des faillites du canton de Genève. Il y expose notamment qu'on n'y trouve que des "ronds-de-cuir", à de trop rares exceptions. Il ajoute que les fonctionnaires de ces offices ne font rien et que "quand ils font quelque chose, c'est très souvent faux". Il y est présenté enfin comme un spécialiste de la matière.

À la suite de cet article, Me X a été dénoncé à la commission du Barreau, qui l'a invité à se déterminer par une lettre datée du 27 mars 2002.
3. Le 19 avril 2002, Me X s'est déterminé. Les propos qu'il avait tenus dans le GHI reflétaient parfaitement tant son avis que celui de tous ses clients sur la manière dont les dossiers étaient traités par les offices des poursuites et des faillites depuis vingt ans. Il avait certes demandé aux journalistes qui l'avaient interrogé de pouvoir contrôler l'article litigieux avant la publication mais il avait été dans l'incapacité de procéder à ce contrôle, malgré "une dizaine de téléphones de son étude".
4. Le 5 juin 2002, la commission du Barreau a décidé l'ouverture formelle de l'instruction disciplinaire à l'encontre de Me X. Elle l'a invité à se déterminer par écrit dans un délai venant à échéance le 20 du même mois.
5. Le 17 septembre 2002, la commission du Barreau a prononcé un avertissement à l'encontre de l'intéressé, assorti d'un délai de radiation d'une durée de deux ans, sans que l'intéressé n'ait mis à profit la faculté qui lui avait été offerte de s'exprimer à nouveau.
6. Le 15 octobre 2002, Me X a recouru contre la décision précitée. Il reconnaissait les faits mais entendait contester la qualification qui leur avait été donnée. C'était à tort que la commission du Barreau avait considéré que les collaborateurs des offices des

poursuites et des faillites étaient des autorités au sens de l'article 27 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10). On ne pouvait dès lors reprocher au recourant de s'être écarté du respect qu'il devait aux tribunaux et aux autorités. L'examen de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (la Constitution - A 2 00) permettait de distinguer autorités et fonctionnaires, notamment sur la base du critère de l'élection qui concernait les seules autorités alors que les fonctionnaires étaient nommés. Le règlement concernant le protocole du 8 décembre 1970 (le règlement - B 1 25.04) contenait des règles ayant notamment trait aux obsèques de membres d'autorités fédérales ou genevoises, voire d'autres autorités mais ne comportait aucune règle similaire ayant trait aux fonctionnaires. Quant à la liste de préséance annexée au règlement, elle ne mentionnait les "secrétaires généraux et fonctionnaires de rang assimilés", qu'au 22e et dernier rang de cette liste. Le recourant en a tiré la conclusion que les collaborateurs des offices des poursuites et des faillites ne pouvaient se prévaloir du respect qui était dû aux tribunaux et aux autorités selon le serment que prononce tout avocat stagiaire. Il conclut à l'annulation de la décision attaquée avec suite de frais et dépens.

7. Le 14 novembre 2002, la commission du Barreau a répondu au recours. Les critiques formulées par l'intéressé auraient pu l'être dans une forme respectant les engagements résultant du serment. La commission a déclaré pour le surplus persister dans les termes de sa propre décision.

8. Interpellé par le greffe du Tribunal administratif, le recourant a fait savoir le 6 décembre 2002 qu'il renonçait à être entendu oralement.

Le 9 décembre 2002, 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. 56A 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. a. La loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61) est entrée en vigueur le 1er juin 2002, soit le même jour que la nouvelle loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (E 6 10 - LPav), qui a remplacé l'ancienne loi sur la profession d'avocat du 14 mars 1985 (aLPav - E 6 10).

b. Conformément au principe de la *lex mitior*, contenu dans l'article 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) et applicable en matière disciplinaire également, il est dès lors nécessaire d'appliquer au cas d'espèce la loi la plus favorable.

ba. Selon l'article 17 LLCA, en cas de violation de ladite loi, l'autorité cantonale de surveillance peut prononcer un avertissement, un blâme, une amende de CHF 20'000.- au plus, une interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de deux ans, de même qu'une interdiction définitive de pratiquer. S'agissant des sanctions les plus légères, comme l'avertissement et le blâme, de même que l'amende, les articles 17 LLCA et 49 aLPav ont exactement le même contenu et répondent au critère *nulla poena sine lege*. La détermination de la *lex mitior* est dès lors un exercice vain en l'espèce de ce point de vue. S'agissant en revanche du catalogue des comportements prohibés, le droit nouveau est plus favorable au recourant. Il s'écarte de la conception traditionnelle du droit disciplinaire selon laquelle l'adage *nullum crimen sine lege* n'a pas cours et contient un catalogue d'agissements proscrits en son article 12. Cette méthode législative rend la situation des personnes concernées plus facile que sous le régime antérieur, qui voulait que tout manquement aux règles de la profession puisse faire l'objet d'une poursuite disciplinaire (ATA M. du 16 janvier 2001). La LLCA joue là le rôle de la *lex mitior*.

bb. La commission du Barreau a développé une pratique selon laquelle les sanctions pouvaient être radiées après écoulement d'un certain délai (ATA B. du 16 janvier 2001). La solution jurisprudentielle qu'elle avait ainsi élaborée est plus favorable au recourant que l'article 20 LLCA, selon lequel la radiation de l'avertissement, du blâme ou de l'amende intervient à l'échéance d'un délai quinquennal. La pratique de la commission doit être qualifiée de *lex mitior* sur ce point.

3. a. L'article 12 LLCA énumère les règles professionnelles auxquelles les avocats sont soumis. Ces derniers doivent :

- exercer leur profession avec soin et diligence;
- exercer leur activité professionnelle en toute indépendance, en leur nom personnel et sous leur propre responsabilité;
- éviter tout conflit entre les intérêts de leurs clients et ceux de personnes avec lesquelles ils sont en relation sur le plan professionnel ou privé;
- se limiter, lorsqu'ils font de la publicité, à des faits objectifs et satisfaisant à l'intérêt général;
- refuser de passer une convention avec leurs clients selon laquelle la rémunération de l'avocat dépendrait du résultat de l'affaire;
- agir au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle;
- accepter les défenses d'office et mandats d'assistance judiciaire;
- conserver les avoirs qui leur sont confiés séparément de leur patrimoine;
- informer leurs clients, lorsqu'ils acceptent un mandat, des modalités de facturation et les renseigner périodiquement sur le montant des honoraires dus;
- communiquer à l'autorité de surveillance toute modification relative aux indications du registre les concernant.

b. Il ressort des travaux du législateur fédéral que ce dernier, en édictant cette disposition, a désiré régler de manière exhaustive les règles professionnelles pour les avocats. Il a considéré que la coexistence en Suisse de vingt-six ensembles de règles professionnelles pour la profession d'avocat n'était plus justifiable aujourd'hui, dans la perspective de la libre circulation au niveau européen. Cette solution permettait également de limiter la portée des règles déontologiques édictées par les associations professionnelles qui serviraient, une fois la loi adoptée, avant tout à interpréter si

nécessaire les règles professionnelles (cf. Message concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999 - FF 1999 pp. 5367 ss).

L'obligation d'exercer leur profession avec soin et diligence, mentionnée à l'article 11 lettre a LLCA, permet "d'exiger de l'avocat qu'il se comporte correctement dans l'exercice de sa profession" (cf. FF précitée, p. 5368 in fine). Il s'agit selon le message d'une clause générale déjà connue dans de nombreux cantons avant l'entrée en vigueur de la LLCA.

Ces nouvelles dispositions fédérales ne comportent pas de référence à l'attitude et à la conduite que les avocats doivent adopter en dehors de l'exercice de leur profession.

4. Selon l'ancien droit, la conduite d'un avocat devait être appréciée en se référant aux devoirs de l'avocat tels qu'énoncés dans l'ancienne loi (aLPav) ou contenus dans les us et coutumes du barreau genevois (SJ 1994 p. 74, 1981 p. 329; ATA W. du 31 août 1999; B. du 26 mai 1998). N'importe quel manquement, acte ou omission suffit, pourvu qu'il soit incompatible avec la considération dont l'avocat doit jouir comme auxiliaire de la justice et la confiance qu'il doit inspirer.

Il ressortait de la jurisprudence du Tribunal fédéral que les Us et coutumes publiés par l'Ordre des avocats du canton en cause était l'expression de l'usage dans la profession d'avocat (ATF 108 Ia 316 consid. 2b p. 319) et pouvait dès lors être utilisés comme source de droit et appliqués également aux personnes pratiquant la profession mais ne faisant pas partie de l'Ordre des avocats (ATF 105 Ia 67 consid. 5 p. 74; SJ 1994 p. 74, 1987 p. 533; ATA W. précité, B. précité).

Les Us et coutumes publiés par l'Ordre des avocats du canton de Genève exigeaient - et continuent d'exiger s'agissant des membres de cette association - qu'ils ne s'écartent pas du respect dû aux tribunaux et aux autorités et qu'ils donnent l'exemple de l'honneur et de la probité dans tous les actes de la vie professionnelle ou privée.

5. En l'espèce, la question litigieuse est de savoir si le recourant s'est écarté du respect dû aux tribunaux et aux autorités et a donné l'exemple de l'honneur et de la probité en tenant les déclarations qui lui sont

reprochées dans un journal de la place. Une fois ce point résolu, il faudra encore déterminer si un comportement éventuellement fautif est encore susceptible de faire l'objet d'une mesure disciplinaire selon la nouvelle loi fédérale.

6. Pour sa défense, le recourant se livre à une analyse spirituelle des règles concernant le protocole en vigueur dans le canton de Genève. Il en tire la conclusion que le personnel des offices des poursuites et des faillites ne sont pas des autorités au sens des usages protocolaires. Il voit également dans le mode de désignation, soit l'élection pour les autorités et la nomination pour les fonctionnaires un critère de distinction qui permettrait d'établir qu'il n'a pas manqué au respect qu'il doit aux autorités. Ce terme provient du latin "auctoritas" et désigne notamment la garantie ou l'autorité qui impose la confiance au sens où l'entend Cicéron dans l'expression "auctoritas judiciorum" (CICÉRON, contre Verrès, I 5). Pour les auteurs plus récents, il s'agit du pouvoir de commander appartenant aux gouvernants et à certains agents publics (Vocabulaire juridique, sous la dir. de Gérard CORNU, Paris 1996, 6e éd., p. 87). Il s'agit également du ou des organes investis de ce pouvoir : on parle ainsi de l'autorité administrative (eodem loco). L'administration dans son ensemble constitue une autorité qui a la compétence de prendre unilatéralement, des décisions par lesquelles elle définit la situation juridique des particuliers. Elle exerce ainsi des pouvoirs de puissance publique (cf. Pierre MOOR, Droit administratif : Les fondements généraux, Berne 1994, 2ème éd., pp. 13 ss). Ainsi, chacun des agents publics travaillant au sein des offices des poursuites et des faillites n'est pas une autorité. Il n'est pas non plus un magistrat. En revanche, il exerce une mission de service public, soit une activité assumée par une collectivité publique en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général (cf. Georges VEDEL, Droit administratif, Paris 1980, 7ème éd., p. 130) qui ne s'apparente pas à n'importe quelle autre activité, par exemple, à caractère commercial. Cette acception du mot "autorités" correspond à celle de l'article 5 LPA.

En ce sens, les agents publics, tant qu'ils exercent l'auctoritas, sont protégés comme des autorités, même s'ils ne sont pas des magistrats personnellement investis de l'auctoritas.

7. S'agissant de savoir si le comportement du

recourant est saisi par la LLCA, le tribunal de céans fait les observations suivantes :

En qualifiant collectivement le personnel des offices des poursuites et des faillites de "ronds-de-cuir" et en considérant qu'il s'agissait d'agents publics, soit qui ne remplissaient par leurs fonctions, soit qui les remplissaient de manière erronée, le recourant s'est éloigné du respect qu'il doit aux autorités. Sa critique globale et imprécise ne répond pas à l'exigence de pertinence que l'on peut poser à l'égard d'une personne qui se considère comme spécialiste d'un domaine du droit, même si elle s'exprime dans une presse qui n'est pas spécialisée. Selon le Message publié par le Conseil fédéral à l'appui de la loi (FF précitée p. 5368 notamment), l'article 12 LLCA en particulier (art. 11 du projet) permet d'exiger de l'avocat qu'il se comporte correctement dans l'exercice de sa profession. L'examen des travaux parlementaires ne permet pas de mieux cerner l'intention du législateur à propos de cette norme.

En l'espèce, il faut donc retenir qu'en se présentant expressément comme un avocat spécialisé dans le domaine du droit des poursuites et des faillites et en se livrant à une critique indifférenciée et excessive, exprimée en des termes inadéquats, de l'activité des offices des poursuites et des faillites, le recourant a failli à l'obligation d'exercer sa profession avec soin et diligence. La solution n'aurait pas été la même s'il s'était agi de sieur Georges Moinaux, plus connu sous le pseudonyme de Georges Courteline.

8. En limitant la mesure disciplinaire à la plus légère prévue par l'article 17 alinéa 1 LLCA, soit un avertissement (let. a) et en prévoyant la radiation de cette mesure dans un délai de deux ans, la commission intimée a fait un usage judicieux du principe de la proportionnalité, qui gouverne toute action étatique. Le recours doit dès lors être rejeté.
9. Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais de la procédure arrêtés en l'espèce à CHF 500.-.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours

interjeté le 15 octobre 2002 par Monsieur X contre la décision de la commission du barreau du 17 septembre 2002;

au fond :

le rejette;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.-;

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 est 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 Vladimir Vesely, avocat du recourant, ainsi qu'à la commission du barreau.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin et Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci