

LA LETTRE DU CONSEIL

ORDRE DES AVOCATS
DE GENÈVE

SOMMAIRE

| | |
|---|----|
| Editorial du Bâtonnier <i>Me Vincent Spira</i> | 4 |
| Agenda du Bâtonnier | 8 |
| Communications du Bâtonnier | 11 |
| Les obligations de discrétion prévues par le CPP et leur application à l'avocat <i>Me Jean-Marc Carnicé</i> <i>Me Clément Emery</i> | 17 |
| Rétrocessions: le feuilleton continue... <i>Me Philipp Fischer</i> | 23 |
| Admission à l'Ordre | 26 |

EDITORIAL DU BÂTONNIER

Me Vincent Spira

Il me vient aujourd'hui l'envie de vous relater deux expériences récemment vécues.

Sollicité par le Bâtonnier du Sénégal, Me Alioune Badara Fall, j'ai eu le privilège de collaborer, les 28 et 29 novembre 2011 à Dakar, à un séminaire sur «L'avocat et la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme».

Ce séminaire a été organisé sous l'égide de la CENTIF (Cellule Nationale de Traitement des Informations Financières), l'équivalent de notre FINMA helvétique. Les avocats souhaitaient l'attention de cette organisation mais également du gouvernement sénégalais sur les contraintes qui leur sont imposées en matière de dénonciation, contraintes non compatibles avec les principes de base de la déontologie de l'avocat. Sous la pression du Barreau du Sénégal et de son Bâtonnier, la CENTIF a dès lors dû consentir à la mise sur pied d'un tel séminaire.

C'est ainsi que Me Yves Oschinsky, ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruxelles, et moi-même avons eu pour mission, s'agissant de nos expériences nationales, de présenter «la déontologie de l'avocat à l'épreuve de l'obligation de déclaration de soupçon».

Il faut savoir qu'en l'état de la législation sénégalaise, les avocats ont l'obligation de dénoncer, soit de communiquer à la CENTIF tout soupçon qu'ils pourraient éprouver à l'égard de leurs clients et des fonds de ces derniers, sauf lorsqu'ils représentent ou assistent leurs mandants dans le cadre d'une procédure judiciaire.

L'art. 5 de la Loi Uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux du 6 février 2004 impose ainsi à l'avocat, lorsqu'il représente ou assiste des

clients en dehors de toute procédure judiciaire, de dénoncer **notamment** (la liste n'est pas exhaustive) dans le cadre des activités suivantes:

- achat et vente de biens, d'entreprises commerciales ou de fonds de commerce,
- manipulation d'argent, de titres ou d'autres actifs appartenant au client,
- ouverture ou gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres,
- constitution, gestion ou direction de sociétés, de fiducies ou de structures similaires,
- exécution d'autres opérations financières.

En résumé, et sous réserve de leur activité spécifiquement relative aux procédures judiciaires, les avocats sénégalais se voient imposer l'obligation de dénoncer en toutes autres circonstances, même les plus courantes de notre profession d'avocat (liquidation de succession, liquidation de régime matrimonial, etc).

Ce séminaire fut instructif et passionnant!

Instructif dans la mesure où il a permis l'échange de visions diamétralement opposées de la problématique des règles déontologiques, en particulier du respect du secret professionnel, de l'avocat au Sénégal et dans nos Etats européens, ici la Belgique et la Suisse.

Passionnant car les défenseurs du secret professionnel, sous réserve de nos normes nationales très précises et déjà contraignantes en la matière que nous avons présentées, ont été confrontés à la rigueur des

responsables de la CENTIF et des représentants du gouvernement sénégalais. Nous avons également été confrontés à la passion des avocats sénégalais, prêts à combattre pour la sauvegarde de l'essentiel et de l'indispensable, à savoir le respect de leur secret professionnel.

Des interventions intelligentes, âpres, parfois d'une belle virulence ont été échangées de part et d'autre, toujours dans le respect de l'écoute de l'autre.

Ce séminaire, parrainé par la Banque mondiale, n'avait cependant de sens que s'il aboutissait à un résultat. Il fallait donc conclure.

Je ne vous cache pas l'intense satisfaction que le Bâtonnier Yves Oschinsky et moi-même avons ressentie lorsqu'il a été décidé, au terme de nos travaux, d'accord entre la CENTIF, les représentants du gouvernement et le Barreau du Sénégal, que des aménagements de la loi actuelle s'imposaient et qu'il convenait de considérer que le processus de modification législative venait d'être entamé.

Certes, il importe, dans un état où l'équilibre politique est fragile – les événements actuels en sont la malheureuse démonstration-, de se montrer prudent. La volonté farouche manifestée par les avocats sénégalais de sauvegarder leur secret professionnel et l'écoute de leurs interlocuteurs lors de ce séminaire demeurent néanmoins une incontestable marque d'espoir.

Je suis d'un caractère résolument optimiste.

* * *

C'est à Nouakchott, en Mauritanie, que s'est tenu du 15 au 17 décembre 2011 le Congrès annuel de la CIB (Conférence Internationale des Barreaux de tradition juridique commune).

Comme l'année dernière à Kinshasa, j'ai eu le plaisir d'y représenter Genève, notre Barreau étant membre de la CIB, au demeurant apprécié et attendu.

Quelques semaines avant la tenue de ce Congrès, le gouvernement mauritanien semblait encore devoir s'y opposer. Si nous avons finalement pu nous réunir dans des conditions raisonnables, nous le devons incontestablement au Bâtonnier A. S. Bouhoubeyni de Mauritanie, ainsi qu'au Bâtonnier Mario Stasi (Paris), Secrétaire Général de la CIB.

Comment vous décrire les ressentis des occidentaux que nous étions, l'ambiance de ce Congrès, les émotions vécues?

Par quelques mots peut-être, simplement: utilité, présence essentielle, lourdeur, dignité, chicaneries administratives, émotion, sourires et rires, larmes, peur, respect...

L'un des moments forts de ce Congrès a été le témoignage des condamnés à la perpétuité lors du procès des putschistes de 2004, Messieurs Saleh Ould Hanena et Abderrahmane Ould Mini, députés actuels à l'Assemblée Nationale.

Il a été difficile, et même, je l'avoue, impossible, de retenir ses larmes lorsqu'ils ont évoqué, avec sincérité et réalisme, les conditions de leur détention, le calvaire subi et les outrages qui ont été les leurs.

Mais si le dictateur déchu, Ould Taya, a fait place à un nouveau gouvernement, l'Islam, en tant que religion de l'Etat et du Peuple, règne sur un pays où, à l'instar de nombreux autres en Afrique, le souci principal de l'avocat est de pouvoir librement s'exprimer.

Cela étant, le magistrat n'est pas mieux loti... Récemment encore, un juge mauritanien de première

instance acquittait un homme accusé de se livrer à un trafic de stupéfiants. La décision a déplu au gouvernement. Le magistrat a immédiatement été destitué et emprisonné.

* * *

Pourquoi ai-je eu l'envie, ainsi qu'indiqué en-tête de cet éditorial, de vous faire part de cette double expérience?

Pour deux raisons essentielles.

Tout d'abord, l'ouverture vers les autres, la compréhension des autres, la détresse des autres doivent nous enseigner la modestie et surtout doivent nous amener à relativiser nos propres turpitudes.

Le malheur des autres n'a jamais annihilé nos tourments personnels. Les problématiques sont là et il convient d'y faire face, de les résoudre, de tenter de le faire. Néanmoins, elles revêtent souvent cette qualité de ne pas être vitales, au contraire de ce à quoi nos Confrères peuvent être confrontés, sous d'autres cieux.

La justice genevoise et plus particulièrement les autorités judiciaires ont été en bonne partie délocalisées, il y a de cela un peu plus d'une année. Le Ministère public sévit dans un bâtiment administratif, impersonnel, probablement indigne de l'Autorité judiciaire qu'il abrite, et de surcroît difficile d'accès...

Je suis intervenu à plusieurs reprises pour obtenir du Pouvoir judiciaire qu'il installe, dans ces mêmes locaux du Ministère public, à la disposition des justiciables et des avocats – les procureurs et le personnel du Ministère public disposent d'une cafétéria –, un distributeur de boissons et de snacks. Oui, mes

chers Confrères, le Bâtonnier a aussi pour mission de veiller au bien-être des siens et à anticiper d'éventuelles crises d'hypoglycémie ou de déshydratation lorsque les chaleurs étouffantes de l'été s'abattent sur nous... C'est aujourd'hui chose faite et je m'en réjouis.

Le nouveau Palais de justice, tel qu'envisagé par nos autorités politiques, sera également décentré pour être vraisemblablement édifié sur le site de la Gravière...

«C'est loin», m'ont d'ores et déjà confié certains Confrères. «C'est moche», m'ont prévenu d'autres Confrères. «Ce n'est pas notre vrai Palais de justice du Bourg-de-Four», ai-je encore entendu.

Les nouveaux Codes de procédure pénale et civile fédéraux sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Ils nécessitent que nous tous, acteurs de la Justice, magistrats et avocats, greffiers et huissiers, mais également les justiciables, nous y acclimations. Cela ne va pas toujours sans heurts.

La confrontation magistrature / avocature est parfois difficile. Le Code de procédure pénale fédéral dote en particulier les magistrats, qu'ils soient procureurs instructeurs ou juges du siège, de pouvoirs considérables...

Au début de l'année 2011, des mandats de comparution ont été notifiés aux avocats, incurie totale rapidement corrigée par nos juges d'appel...

En l'état, l'art. 267 CPC n'est pas clairement appliqué par nos juridictions...

Les émoluments en matière civile sont trop élevés à Genève...

La liste est sans fin...

Les questions évoquées ci-dessus ne sont ni négligeables ni illégitimes. Nos préoccupations subsistent. Parfois seul le confort des uns et des autres est en jeu. Parfois, souvent, c'est l'esprit même, la vision, la symbolique de la Justice qui sont visés.

Mais en toutes circonstances, et sans volonté docte ou moralisatrice, souvenons-nous que, contrairement à ceux que j'évoquais un peu plus haut, nous avons non pas uniquement le droit de penser, mais également celui de nous exprimer, de manifester, de revendiquer, d'être écoutés et parfois entendus. Nous bénéficions de cette liberté essentielle, qui n'est malheureusement pas acquise par tous les avocats de cette planète, d'exercer notre profession, de défendre, de devenir les porte-paroles de nos clients, ces intervenants essentiels et indispensables d'une Justice qui doit caractériser un état de droit démocratique.

Nous sommes des avocats libres. Il est parfois nécessaire de le rappeler...

Ce qui m'amène à la deuxième raison évoquée ci-dessus. La tenue du congrès 2012 de la CIB à Nouakchott s'est révélée être un témoignage de soutien fondamental de la communauté internationale des avocats à l'égard de ses Confrères mauritaniens.

La vie commune et le partage avec les autres Barreaux membres de la CIB permettent également des échanges aussi fondamentaux que riches en diverses matières, telles que la formation des avocats, l'accès à la justice, l'aide juridictionnelle, l'exercice des droits de la défense, etc.

Si les Barreaux français, belges, canadiens et suisses peuvent par leur présence, leurs interventions, leur soutien, apporter quelque assistance à d'autres Barreaux, en quelque domaine que ce soit,

aux justiciables jugés dans les Etats de ces mêmes Barreaux (en assistant par exemple à des procès), il s'agit là d'une obligation incontournable, d'un devoir essentiel et d'une chance qu'il importe de préserver.

J'ai pour ma part à cœur que Genève poursuive son implication au sein de la CIB. Au-delà de l'échéance de mon mandat, je suis prêt à m'y consacrer.

AGENDA DU BÂTONNIER

OCTOBRE 2011

3 octobre: visite protocolaire stagiaires. *4 octobre:* visite protocolaire stagiaires; séance de médiation; séance de la Commission d'examen du Brevet d'avocat (discussions particulières). *5 octobre:* séance de travail avec le Procureur général et la Commission du Barreau (Permanence de l'avocat de la première heure); procédure ordinale (séance d'enquêtes). *6 octobre:* séance d'admission des nouveaux membres à l'Ordre. *11 octobre:* séances de médiation (2). *12 octobre:* séance du Conseil au cours de laquelle ont été notamment discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, Permanence de l'avocat de la première heure, contradiction entre décisions disciplinaires de l'Ordre des Avocats et décisions prises par la Commission du Barreau. *13 au 15 octobre:* Séminaire d'automne du Conseil au cours duquel ont été notamment discutés les sujets suivants: projet de loi fédérale sur la profession d'avocat (multidisciplinarité, stage et examen d'admission à la profession d'avocat, autres difficultés soulevées par le projet), relation du Conseil avec le Comité de la Section des Avocats étrangers et le Jeune Barreau, nom des Etudes (violation des règles professionnelles et déontologiques), avocats et médias. *17 octobre:* séance de médiation. *18 octobre:* séance de médiation de la Commission de la Charte du stage; procédure ordinale (séance d'enquêtes). *19 octobre:* séance de médiation. *20 octobre:* participation au Colloque sur la médiation à Genève. *21 octobre:* séances de médiation (2). *24 octobre:* séance de travail avec Monsieur Olivier Prevosto, coordinateur auprès de la Police judiciaire, relative à la Permanence de l'avocat de la première heure; séance de médiation. *25 octobre:* séance de médiation. *26 octobre:* séances de médiation (2). *28 octobre au 2 novembre:* participation au Congrès annuel de l'Union Internationale des Avocats à Miami (USA) à l'occasion duquel Monsieur le Bâtonnier Pascal Maurer a vu son mandat de Président de l'UIA prendre fin.

NOVEMBRE 2011

2 novembre: séance du Conseil présidée par le Vice-Bâtonnier François Canonica à l'occasion de laquelle ont été notamment discutés les sujets suivants: Permanence de l'Ordre des Avocats, problématique de l'avocat intervenant parallèlement dans deux Etudes ou davantage, assistance juridique en matière pénale. *4 novembre:* séance de médiation. *7 novembre:* séance de travail à Yverdon-les-Bains réunissant les Bâtonniers des cantons de Vaud, Jura, Fribourg, Neuchâtel et Genève (en vue de la prochaine Conférence des Bâtonniers de la FSA). *8 novembre:* séance de médiation. *9 novembre:* séances de médiation (2), séance de la Commission de droit pénal. *10 novembre:* participation au Séminaire de la société suisse de droit pénal. *11 novembre:* participation à Berne à la Conférence des Bâtonniers de la FSA. *14 Novembre:* séances de médiation (3). *15 novembre:* séance de médiation. *16 novembre:* séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont été notamment discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, Conférence des Bâtonniers à Berne (sort de l'art. 25 Code Suisse de Déontologie et projet de loi fédérale sur la profession d'avocat), tarifs de l'assistance juridique en matière pénale, offre de collaboration avec la radio Yes FM, banquet de l'Ordre des Avocats 2012, relation Ordre des Avocats / Magistrature, premier bilan Ecole d'avocature. *18 au 20 novembre:* participation à la Rentrée solennelle du Barreau de Tunis. *21 novembre:* séance de médiation. *22 novembre:* séance de travail avec Monsieur le Procureur général Daniel Zappelli, Monsieur le Juge à la Cour Louis Pellet et Monsieur Patrick Becker, Secrétaire général du Pouvoir judiciaire (examen de questions budgétaires au sein du Pouvoir judiciaire), séances de médiation (3). *23 novembre:* séance de travail avec Monsieur Stanislas Zuin, Président, et Monsieur Nikola Blagojevic, Directeur d'audit à la Cour des comptes. *24 novembre:* séance de médiation. *25 novembre:* séance de médiation. *26 au 29 novembre:* vacation à Dakar

(Sénégal) aux fins de collaborer à un Séminaire sur «l'avocat et la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, déontologie de l'avocat» en compagnie notamment de Me Yves Oschinsky, ancien Bâtonnier de Bruxelles. *29 novembre*: séance de travail avec Madame Isabel RoCHAT, en présence du Vice-Bâtonnier François Canonica et de Me Robert Assael, Président de la Commission de droit pénal (et en l'absence du Bâtonnier en déplacement à Dakar). *30 novembre*: séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont notamment été discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, rapport sur la séance de travail du 22 novembre 2011 avec les représentants de la Cour des comptes, projet de loi de la modification de la prescription (relations avec la FSA), assistance juridique pénale (retards de paiements), dîner du Conseil de l'Ordre et du Comité de la Section des Avocats étrangers.

DÉCEMBRE 2011

1^{er} décembre: séance de médiation, participation à la séance donnée en l'honneur de Monsieur François Chaix, élu juge au Tribunal fédéral. *2 et 3 décembre*: vacation à Paris et participation à la Rentrée solennelle du Barreau de Paris. *5 décembre*: séances de médiation (2). *6 décembre*: séance de médiation. *7 décembre*: séances de médiation (2), séance de la Commission de droit pénal. *8 décembre*: séance de médiation. *9 décembre*: séances de médiation (4), séance de travail avec le secrétariat général du Pouvoir judiciaire et les responsables de l'assistance juridique (objet: paiement des états de frais à l'assistance juridique). *10 décembre*: participation à la Cérémonie solennelle de brevets d'avocat. *13 décembre*: assistance à une perquisition chez un avocat, séance de la CODAM. *14 décembre*: séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont notamment été discutés les sujets suivants: rapport sur la séance de la CODAM du 13 décembre 2011, modification de la LPAV, nouveau Palais de justice, communication

électronique des mémoires, Journées d'études du Barreau pénal international à Genève (29 – 31 mars 2012), situation d'avocats intervenant dans deux ou plusieurs Etudes, banquet de l'Ordre des Avocats du 30 mars 2012, Permanence des mesures de contrainte. *15 au 18 décembre*: vacation à Nouakchott (Mauritanie) et participation au Congrès annuel de la CIB (Conférence Internationale des Barreaux de tradition juridique commune). *19 décembre*: séance de médiation. *20 décembre*: séance de médiation. *21 décembre*: séance de médiation. *22 décembre*: séance de médiation.

JANVIER 2012

9 janvier: séance de médiation. *10 janvier*: séances de médiation (2). *11 janvier*: séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont notamment été discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, banquet de l'Ordre des Avocats 2012, site internet du Jeune Barreau, Commission «Carrières féminines». *13 janvier*: séance de médiation. *16 janvier*: séance de médiation. *18 janvier*: séance de médiation. *19 au 21 janvier*: vacation à Bruxelles et participation à la Rentrée solennelle du Barreau de Bruxelles. *25 janvier*: séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont notamment été discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, admission de Me Jean-Claude Rihs en qualité d'avocat honoraire, procédures disciplinaires, Fondation de prévoyance FAVIA, collaboration avec la radio Yes FM. *26 janvier*: séances de médiation (2). *27 janvier*: séance de médiation.

FÉVRIER 2012

3 février: séance de travail avec Monsieur Mark Muller, Président du DCTI, Monsieur Stéphane Esposito, Président du Tribunal pénal, Monsieur Patrick Becker, Secrétaire général du Pouvoir judiciaire, en présence de membres du DCTI et du Secrétariat général du Pouvoir judiciaire, ainsi que d'une délégation du Conseil de l'Ordre (objet: nouveau Palais de justice).

6 février: séance de médiation. 7 février: séances de médiation (2), visite protocolaire des stagiaires. 8 février: assistance à une perquisition dans une Etude d'avocat, visite protocolaire des stagiaires, séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont notamment été discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, banquet de l'Ordre des Avocats 2012, nouveau Palais de justice, grève des gardiens à Champ-Dollon, relations de l'Ordre des Avocats et du Jeune Barreau avec des établissements bancaires, Commission en matière d'honoraires. 14 février: visite protocolaire des stagiaires, séances de médiation (2). 15 février: visite protocolaire des stagiaires. 16 février: visite protocolaire des stagiaires. 17 février: visite protocolaire des stagiaires. 20 février: audience Tribunal arbitral ordinal. 21 février: audience Tribunal arbitral ordinal. 22 février: visite protocolaire stagiaires, séance du Conseil à l'occasion de laquelle ont notamment été discutés les sujets suivants: Lettre du Conseil, nouveau Palais de justice, Commission en matière d'honoraires d'avocat, délégués FSA, Section des Avocats étrangers, Commission de formation permanente. 23 février: séance d'admission des nouveaux membres à l'Ordre des Avocats, séances de médiation (2). 24 février: séance de médiation. 28 février: rencontre avec Me Jean Clostre en vue de la remise de la médaille de l'Ordre. 29 février: séance de médiation, séance de la Commission de droit pénal.

MARS 2012 (extraits)

23 mars: vacation à Fribourg et participation à la Rentrée solennelle de l'Ordre des Avocats de Fribourg. 24 mars: vacation à Lausanne et participation à la deuxième partie de la Rentrée solennelle de l'Ordre des Avocats vaudois. 27 mars: participation à l'Assemblée générale annuelle de la LAVI, séance de travail avec Madame Isabel RoCHAT, en présence également du Vice-Bâtonnier François Canonica et de Me Robert Assael, Président de la Commission de droit pénal. 28 mars: vacation à Berne et partici-

partion à la Conférence des Bâtonniers de la FSA. 29 mars: présentation et participation aux Journées de la Cour pénale internationale de Genève du 29 au 31 mars 2012. 30 mars: Assemblée générale de l'Ordre des Avocats.

COMMUNICATIONS DU BÂTONNIER

Commission en matière d'honoraires

Ainsi que je vous l'indiquais lors d'une communication parue dans la dernière Lettre du Conseil, la nouvelle Commission en matière d'honoraires a retrouvé une base légale le 27 septembre 2011 (art. 36 ss LPAv).

Ce nonobstant, le Conseil d'Etat n'a rendu les arrêtés de désignation des avocats désignés pour devenir membres de cette Commission qu'en date du 21 décembre 2011.

Le 17 février 2012, j'ai rencontré Madame Christine Junod, Présidente de la Cour de justice et Présidente de la Commission en matière d'honoraires, afin que nous convenions des modalités de fonctionnement de cette dernière. Il s'agit en effet d'administrer les dossiers courants, mais également de résorber le retard accumulé, soit environ 80-90 dossiers – depuis que l'ancienne Commission de taxation a cessé de fonctionner (1^{er} janvier 2011).

La Commission en matière d'honoraires en charge des nouvelles affaires siègera dorénavant le premier jeudi du mois, exception faite de mars 2012 (audiences fixées le 15 mars 2012).

Dorénavant, le secrétariat de la Commission n'est plus assuré par le greffe de la Cour de justice, mais par le Département de Sécurité, Police et Environnement, plus spécifiquement par un secrétariat placé sous la responsabilité de Monsieur Frédéric Scheidegger, Secrétaire général adjoint du Département.

Les audiences se tiendront comme précédemment en salle G4.

S'agissant des dossiers en attente, ils seront examinés par deux Commissions en matière d'honoraires à des dates qui seront fonction des disponibilités des

membres de ces Commissions, ce de manière à pouvoir traiter les affaires en suspens à ce jour dans un délai estimé et espéré de trois mois à compter de début mars 2012.

Sachez qu'il s'agit là d'un travail considérable tant pour les magistrats que pour les avocats fonctionnant au sein de ces Commissions. Nous œuvrerons au maximum de nos facultés afin que les litiges pendants et ceux à venir trouvent une issue satisfaisante dans les meilleurs délais.

Je me dois pour conclure de vous rappeler que la Commission en matière d'honoraires ne rendra plus de décisions. Elle se livrera à une tentative de règlement amiable et/ou rendra un préavis (art. 36 al. 1 et 39 LPAv nouvelle teneur). Il est en revanche toujours prévu que si les parties en ont convenu ou le requièrent, les membres de la Commission pourront se constituer en tribunal arbitral et statueront sur l'existence et le montant de la créance (art. 40 LPAv nouvelle teneur).

Art. 25 CSD et 23 Us et coutumes

L'art. 25 du Code Suisse de Déontologie (CSD) et son *alter ego* genevois, l'art. 23 Us et coutumes, adapté en été 2010 par souci de conformité à la règle fédérale, sont éminemment problématiques.

Tout au long de mon mandat, j'ai été régulièrement saisi de litiges relatifs à l'application de ces dispositions, certains avocats considérant que le strict respect de ces normes était de nature à nuire à l'intérêt de leurs clients, soulevait des questions de loyauté à leur égard et plus généralement dans le cadre de l'exécution de notre mandat, et créait des inégalités de traitement.

Le 7 février 2011, j'ai sollicité la Fédération Suisse des Avocats d'intervenir, plus spécifiquement de modifier ou de supprimer l'art. 25 CSD.

A cette occasion, j'ai exposé la problématique en rappelant tout d'abord quelques principes:

1. Selon l'art. 25 al. 1 CSD, l'avocat remet spontanément à ses Confrères copie de toute communication adressée à une autorité ou un tribunal. Font exception les cas où l'envoi de copies rendrait vaine et ou compromettrait la démarche entreprise (al. 2).

Parallèlement, selon l'art. 102 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral communique, si nécessaire, le recours à l'autorité précédente ainsi qu'aux éventuelles autres parties ou participants à la procédure ou aux autorités qui ont qualité pour recourir; ce faisant, il leur impartit un délai pour se déterminer.

Il en découle un conflit entre, d'un côté, les règles déontologiques prévalant entre avocats et, de l'autre, la loi de procédure applicable.

2. De nos jours où l'autorégulation (ou *soft law*) – notamment dans le domaine financier – prend de l'importance, il est de plus en plus fréquent de se retrouver confronté à ce genre de conflits.

Le Tribunal fédéral a tranché cette querelle dans son arrêt 6B_599/2010 du 26 août 2010 paru aux ATF 136 IV 97, considérant que des normes déontologiques, si elles pouvaient certes servir à déterminer le contenu du devoir de prudence ou de diligence dans un procès pénal ou en responsabilité civile, ne sauraient en revanche, en cas de divergence entre une règle de droit et ses normes, prévaloir sur la première (consid. 6.2.2).

En application de ce précédent, il y lieu *a priori* de considérer que l'art. 102 al. 1 LTF doit prévaloir, en ce sens qu'il appartient au seul Tribunal fédéral de décider s'il est «nécessaire» de «communiquer le recours» aux éventuelles parties.

3. Le principe d'égalité des armes, garanti aussi bien par l'art. 6 CEDH que par les art. 29 et 30 Cst. en procédure pénale, s'oppose également à ce que le mémoire de recours en matière pénale soit communiqué avant même qu'un délai n'ait été imparti aux parties adverses en application de l'art 102 LTF.

Ce principe requiert que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Yvon c/ France* du 24 avril 2003, par. 31). Au pénal, ce principe suppose un équilibre non seulement entre l'accusé et le Ministère public soutenant l'accusation, mais également entre l'accusé et la partie civile. Cette égalité doit permettre d'assurer un débat contradictoire (Gérard PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^{ème} éd., n° 348, p. 299; Niklaus SCHMID, *Strafprozessrecht*, Zurich, 4^{ème} éd. n° 236, p. 79).

Il m'est apparu ensuite nécessaire de rappeler au Comité de la FSA quelques pratiques cantonales.

Tout d'abord une décision du Conseil de l'Ordre de Genève:

«Il convient de rappeler la portée que les règles de courtoisie doivent avoir dans le cadre du

mandat d'avocat. Ces normes sont destinées à aménager le débat judiciaire de façon que les relations entre avocats soient compatibles avec les règles de la courtoisie et de la bonne foi. Elles ne sont en revanche pas destinées à remplacer les règles du droit de fond et de procédure, encore moins à entrer en conflit avec elles et en limiter la portée. Autrement dit, l'avocat ne peut pas être amené, au motif du respect des règles de courtoisie entre confrères, à violer ses devoirs découlant du mandat tels qu'établis par le droit fédéral (art. 394 CO). Les règles du mandat l'obligent à faire valoir les droits et prérogatives du mandant sans être amené à prendre en considération, voire à privilégier, des intérêts de tiers ou des règles non opposables au client. En matière de transmission de pièces, les directives et circulaires du Conseil de l'Ordre respectent ce principe puisqu'elles obligent l'avocat, tout en le laissant préalablement au bénéfice de l'effet de surprise prévu par la loi pour l'obtention de la mesure, à transmettre ces pièces dans des cas où la loi donne le droit à la partie adverse d'en prendre connaissance. La norme déontologique laisse ainsi intacts les droits du client tout en évitant des désagréments pratiques à l'avocat, tels que vacations au Tribunal pour consulter les pièces, préparation urgente de l'audience, etc.».

Décision partiellement citée in *La Lettre du Conseil*, N° 17, mars 1997, Ordre des Avocats de Genève, p. 4).

Référence est également faite à un ancien arrêt du Tribunal fédéral qui avait énoncé de façon claire que «les intérêts de son client tracent à l'avocat une limite au devoir dicté par la collégialité» (ATF 105 II 149, JT 1980 I 177, 182).

Plusieurs Ordres cantonaux connaissent ou connaissent d'ailleurs ce principe:

- Art. 37 al. 3 Us et coutumes lucernoises (abrogé depuis l'entrée en vigueur du CSD): «Die Kollegialität darf die Interessen des Klienten nicht beeinträchtigen».
- Art. 12 Us et coutumes vaudoises: «Dans toute la mesure où cela est possible sans compromettre les intérêts de ses clients, l'avocat doit s'efforcer d'entretenir de bons rapports avec tous ses confrères».

Il est d'ailleurs frappant de constater que le CSD lui-même, avant de poser la règle litigieuse de l'art. 25, affirme en son art. 24 al. 2 que «La confraternité ne doit pas porter atteinte aux intérêts du client!»

* * *

Dans l'un des cas qui m'a été soumis, le recourant au Tribunal fédéral a disposé d'un délai de 30 jours conformément à l'art. 100 LTF pour rédiger son recours en matière pénale, ensuite de la notification d'un arrêt de la Cour de cassation.

L'affaire était particulièrement complexe et le dossier extrêmement volumineux. L'avocat du recourant n'a pas transmis un exemplaire de son acte de recours à la partie civile. Il estime que s'il l'avait fait, alors que le Tribunal fédéral n'avait toujours pas décidé de provoquer des déterminations des parties, son client aurait disposé ipso facto d'un délai beaucoup plus long que le recourant pour se déterminer sur la querelle, sans qu'aucun motif objectif ne justifie pareille discrétion. Une telle solution ne serait pas conforme à l'égalité des armes, raison pour laquelle l'avocat du recourant a considéré qu'il s'agissait d'un cas constitutif de l'application de l'art. 25 al. 2 CSD.

La question doit se poser dans le cas d'espèce sussexposé mais également, comme déjà indiqué, dans d'autres nombreux cas sur le plan cantonal, de savoir si, en particulier lorsque le Tribunal doit communiquer à la partie adverse les écritures et pièces du requérant ou du recourant aux fins de provoquer la réponse de son adverse partie, ce dans un délai généralement égal à celui dont a disposé le requérant ou le recourant, une bonne et fidèle exécution du mandat n'interdit pas précisément à un avocat de transmettre au Conseil de la partie adverse les documents en question. Ce qui permet alors audit Conseil de disposer d'un délai bien plus long que celui légal ou imparti par l'autorité judiciaire.

A cet égard, notre art. 23 Us et coutumes ancienne formulation avait la teneur suivante:

«L'avocat doit communiquer ses écritures et pièces en temps utile pour que son Confrère puisse en prendre connaissance. [...]

Les écritures sont communiquées en nombre d'exemplaires suffisants pour les Confrères et leurs clients».

Jusqu'à la récente modification de cette disposition pour la rendre, également comme indiqué plus haut, conforme à l'art. 25 CSD, le Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève considérait qu'une telle communication entre Confrères n'était pas imposée lorsqu'il appartenait au Tribunal, selon les règles de procédure, de transmettre lui-même les documents en question à la partie adverse.

L'application stricte de l'art. 25 CSD peut, comme démontré ci-dessus, aboutir à une inégalité de traitement du justiciable dans de nombreuses situations.

Le Comité de la FSA a été sensible à l'interpellation genevoise et s'est attelé à un projet d'amendement de l'art. 25 CSD.

Son texte de modification de cette disposition, complexe, a été soumis à la Conférence des Bâtonniers qui s'est tenue à Berne le 11 novembre 2011. A cette occasion, les Ordres cantonaux romands, ainsi que l'Ordre des Avocats de Zürich, avec lequel des contacts avaient été préalablement noués à cet effet, ont présenté un contre-projet de texte, dont la teneur est la suivante:

«L'avocat transmet spontanément et sans délai à ses Confrères copie de toutes communications aux Tribunaux ou Autorités civile, pénale et administrative.

Cette règle n'est pas applicable:

- a) lorsque le Tribunal ou l'Autorité notifie à la partie adverse ladite communication.*
- b) lorsque la transmission pourrait compromettre les intérêts du client.»*

Cette formulation a l'avantage de permettre à certains Ordres cantonaux (par exemple nos amis vaudois) de perpétuer en leur sein une pratique très stricte de communication entre avocats telle que l'Ordre vaudois la connaît depuis de nombreuses années. Elle permet en revanche à d'autres Ordres une application plus libérale de cette règle de déontologie (en particulier selon l'interprétation qui sera faite des circonstances où la transmission pourrait compromettre les intérêts du client – art. 25 CSD lit. b). Vous aurez également noté qu'il n'y aurait pas d'obligation de transmission lorsque le Tribunal ou l'Autorité notifie à la partie adverse ladite communication, ce qui est maintenant quasiment toujours le cas, ainsi que prévu par les nouveaux codes de procédures pénale et civile fédéraux.

Si, comme indiqué plus haut, les Ordres romands et Zürich ont soutenu ce nouveau texte, d'autres

Ordres cantonaux préféreraient voir l'art. 25 CSD purement et simplement abrogé.

Il appartiendra à l'Assemblée des Délégués de la FSA, en juin 2012, de se prononcer à ce sujet.

Lors de la Conférence des Bâtonniers du 11 novembre 2011, le projet du Comité de la FSA a été écarté au bénéfice du contre-projet que les Ordres romands et zurichois ont proposé. L'autre alternative sera celle de la suppression de la disposition.

* * *

Cela étant, je continue d'être régulièrement sollicité par des avocats qui se plaignent du non-respect des art. 25 CSD et 23 Us et coutumes. Il est vrai que, pour certains, l'interprétation de ces dispositions peut se révéler «à géométrie variable» selon qu'ils doivent transmettre une communication ou au contraire la recevoir...

En l'état – **et je me dois d'insister expressément sur ce point** – tant que les modifications sus-exposées n'auront pas été adoptées, la pratique actuelle demeure celle stricte et contraignante telle qu'exposée par les art. 25 CSD et 23 Us et coutumes.

Les avocats sont des juristes qui doivent par définition respecter la loi et les règles qui leur sont applicables. Quand bien même j'ai personnellement initié la démarche visant à modifier la pratique découlant des art. 25 CSD et 23 Us et coutumes, le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier doivent faire respecter ces règles de comportement aussi longtemps qu'elles n'auront pas été abolies.

J'invite dès lors tous les membres de notre Association à se soumettre à ces dispositions et à respecter les engagements qu'elles comportent.

Pour celles et ceux qui s'en plaindraient, considérant en particulier que cela peut parfois donner à la partie adverse un avantage dont ils n'ont pas pu bénéficier (par exemple un délai plus long pour répondre à une écriture), il leur sera – je l'espère – aisé de se rassurer en considérant que s'ils ont parfois le sentiment d'être pénalisés, ils bénéficieront certainement, en d'autres occasions, de l'avantage dont ils déplorent que leur adverse partie bénéficie. Un jour débiteur, l'autre créancier!

Fouille des avocats au Ministère public

Madame Loly Bolay, député socialiste au Grand Conseil et membre de la Commission des visiteurs officiels du Grand Conseil, s'est manifestement réveillée un matin de ce début d'année 2012 en se posant la question essentielle suivante: «Pourquoi les avocats ne sont-ils pas fouillés lorsqu'ils pénètrent dans les locaux du Ministère public?»!

Elle s'en est ouverte à la presse d'où un article paru dans la Tribune de Genève le 25 janvier 2012.

Le Conseil de l'Ordre ne pouvait pas demeurer insensible à une telle intervention de l'une de nos députés dans la mesure notamment où il nous est apparu que c'était l'intégrité et la probité mêmes des avocats qui étaient mises en cause. J'ai donc adressé en date du 30 janvier 2012 à Monsieur le Procureur général Daniel Zappelli le courrier suivant:

Monsieur le Procureur général,

La présente fait suite à l'article paru dans la Tribune de Genève du 25 janvier 2012, sous la plume de Madame Isabel Jan-Hess, relatif à la fouille des avocats au Ministère public.

La polémique que semble vouloir animer Madame Loly Bolay, membre de la Com-

mission des visiteurs officiels du Grand Conseil, est aussi inutile que dénuée de tout fondement.

Historiquement, je rappelle que de tous temps à Genève, les avocats qui se présentaient au greffe de l'instruction n'ont jamais été soumis à quelque contrôle que ce soit. Un tel contrôle n'existait tout d'abord pas. Lorsqu'il a été instauré, à l'occasion du déménagement de l'instruction dans l'aile Saint-Antoine du Palais de justice, les avocats ont été dispensés de toute fouille ou de passage par le portique détecteur de métal.

C'est dans cet esprit qu'au début de l'année 2011, je suis intervenu auprès du Ministère public afin que cette pratique ne soit pas modifiée dans vos nouveaux locaux. Il a ainsi été convenu avec Monsieur Michel-Alexandre Graber, Premier Procureur, que les avocats, sur présentation de leur carte professionnelle ou à titre subsidiaire d'une pièce d'identité et de la convocation à l'audience, ne seraient pas soumis à contrôle.

A ma connaissance, jamais aucun incident ayant pour origine un avocat, n'a été signalé, nonobstant l'absence de fouille ainsi qu'exposé ci-dessus.

Tout revirement de cette pratique ne pourrait être interprété que comme un signe de défiance envers les avocats, et non pas une réelle mesure de sécurité. Je ne doute pas que le Ministère public saura ainsi résister à l'initiative aussi malheureuse qu'injustifiée de Madame Loly Bolay.

Cette dernière se trompe d'ailleurs lorsqu'elle

indique, dans le cadre de son intervention à la presse, que la règle doit être la même pour tous et partout», sous-entendant que seuls les avocats seraient privilégiés. C'est oublier que les procureurs, les greffiers, ainsi que, sauf erreur, le personnel administratif travaillant au sein du Ministère public ne sont pas non plus soumis à quelque contrôle que ce soit.

Agissant au nom et pour le compte de l'Ordre des Avocats, je vous sais d'ores et déjà gré de réserver aux craintes illégitimes de Madame Loly Bolay le sort qu'elles méritent, à savoir la confiance renouvelée du Pouvoir judiciaire et du Ministère public en particulier à l'égard des avocats.

Veillez croire, Monsieur le Procureur général, à l'assurance de ma respectueuse considération.

Au jour où je rédige la présente communication, ma démarche n'a reçu aucun écho.

Puis-je en déduire que «qui ne dit mot consent»? Je veux le croire. J'ai eu vent, je ne vous le cache pas, de nouvelles favorables du Ministère public.

La défiance à l'égard des avocats que génère naturellement l'intervention de Madame Loly Bolay est sans justification.

Le silence opposé par le Ministère public à ce que je veux aujourd'hui considérer comme un faux problème en est la meilleure démonstration. La confirmation du statu quo en serait une autre.

Je ne doute dès lors pas que nous puissions considérer l'incident comme clos – mais y-a-t-il réellement eu incident?

LES OBLIGATIONS DE DISCRÉTION PRÉVUES PAR LE CPP ET LEUR APPLICATION À L'AVOCAT

Me Jean-Marc Carnicé
Me Clément Emery

«Maître, il vous est fait défense, sous menaces des peines prévues à l'art. 292 CP, d'informer votre client de l'existence d'une procédure pénale ouverte à son encontre»

Introduction

Le nouveau code de procédure prévoit toute une série de dispositions permettant à l'autorité de faire interdiction à une partie ou à un autre participant à la procédure pénale de transmettre à un tiers des informations sur ladite procédure. La présente contribution a pour but de soulever quelques problèmes pouvant survenir lorsque c'est à un avocat qu'une interdiction de communiquer des informations de la procédure est notifiée. Après un exposé de la pratique avant l'entrée en vigueur du CPP (I), les différentes dispositions du CPP relatives à l'obligation de garder le secret sur la procédure seront commentées (II). Quelques problèmes susceptibles de survenir lorsqu'un avocat fait l'objet d'une obligation de discrétion seront ensuite exposés (III).

I. La pratique avant l'entrée en vigueur du CPP

A. L'absence de bases légales

Avant l'unification de la procédure pénale, il n'existait pas de pratique uniforme sur le devoir de discrétion des participants à la procédure pénale. Les plupart des législations prévoyaient l'obligation pour les membres des autorités, les experts et les interprètes de garder le silence sur les faits dont

ils avaient eu connaissance¹. Quelques législations cantonales obligeaient en outre le témoin à garder le secret sur sa déposition². Tel n'était pas le cas à Genève. Rare enfin étaient les législations prévoyant une obligation de discrétion des parties³.

Imposer à une personne l'obligation de garder le silence sur la procédure pénale constitue une restriction à ses libertés individuelles, notamment de sa liberté de communication ou de sa liberté économique⁴. Les conditions usuelles de l'art. 36 Cst. féd. (existence d'une base légale, d'un intérêt public et respect du principe de proportionnalité) doivent donc être remplies.

La première condition, soit l'existence d'une base légale posait souvent problème. On l'a vu, la plupart des législations étaient muettes sur les obligations de discrétion des parties à la procédure. En outre, l'autorité qui souhaitait contraindre une partie à garder le silence sur la procédure ne pouvait pas se contenter d'invoquer l'art. 292 CP. Cette disposition sanctionne la désobéissance à une décision prise par une autorité compétente et dans le cadre de ses compétences mais ne fournit pas la base légale autorisant l'injonction. Enfin, les dispositions du droit pénal fédéral protégeant le secret des débats officiels (art. 293 CP) et l'action pénale (art. 305 CP) n'étaient pas d'une grande utilité pour l'autorité.

Malgré l'absence de bases légales claires, les autorités d'instruction (Ministère public, Juge d'instruction) avaient pris l'habitude d'imposer fréquemment une obligation de discrétion sur la procédure pénale. A

¹ Voir notamment les articles 102quater PPF, 15ss CPP GE, 185 CPP VD, 68 CPP FR; PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale*, 2^{ème} édition, Schulthess, 2006, n° 1066.

² PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale*, Schulthess, 2^{ème} édition, 2006, n° 1066 et les références citées.

³ L'art. 185a CPP VD constituait un cas particulier.

⁴ BORSODI/JEANNERET, *L'interdiction faite à la banque de communiquer à son client l'existence d'une mesure de contrainte visant la relation bancaire*, in PJA 2006 280, p. 281ss.

titre exemplatif, il était ainsi souvent fait interdiction à la banque d'informer son client de la saisie de documents bancaires ou du blocage de son compte⁵.

B. Quelques arrêts pertinents

La jurisprudence s'est prononcée à quelques reprises sur l'obligation de discrétion d'une partie à la procédure et plus particulièrement sur le fondement d'une telle obligation.

La Chambre d'accusation de la Cour de justice de Genève avait ainsi considéré qu'un juge d'instruction ne pouvait faire défense aux parties de rendre public ou d'utiliser des documents de la procédure à d'autres fins que celle-ci, faute de base légale l'y autorisant⁶.

Dans un arrêt rendu le 19 janvier 2005⁷, le Tribunal pénal fédéral s'est prononcé sur la légalité d'une injonction à un avocat visant à lui interdire de communiquer à des tiers des informations sur la procédure pénale dont faisait l'objet son client. Le Tribunal a distingué selon que le prévenu était en détention préventive ou pas. Ainsi, il a considéré qu'il était possible d'imposer une obligation de discrétion à un avocat lorsque son mandant était détenu préventivement et que sa détention était justifiée par l'existence d'un risque de collusion. Au contraire, lorsque le prévenu n'était pas détenu, une telle injonction était exclue, aucune disposition de la loi de procédure pénale fédérale ne soumettant les parties à une obligation de discrétion.

Enfin, le Tribunal fédéral, dans un arrêt rendu le 25 juillet 2005⁸, a jugé que le MPC pouvait faire défense à une banque d'informer son client d'une mesure de contrainte visant la relation bancaire, à condition que cette obligation soit limitée dans le temps. Il justifiait son raisonnement sur le fait que l'art. 101 al. 2 aPPF constituait une base légale suffisante, l'atteinte aux libertés de la banque n'étant que légère.

C. Les règles de l'entraide internationale en matière pénale

Au contraire des lois de procédure pénale, les règles de l'entraide internationale en matière pénale contiennent des dispositions particulières sur le secret de la procédure. L'art. 80n EIMP prévoit que le détenteur de documents a le droit d'informer son mandant de l'existence de la demande et de tous les faits en rapport avec elle, à moins que l'autorité compétente ne l'ait expressément interdit, à titre exceptionnel, sous la menace des sanctions prévues par l'art. 292 du code pénal. Il est inspiré de l'art. 8 al. 2 LTEJUS, à teneur duquel:

La personne qui a connaissance de la demande peut être obligée, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 du code pénal suisse, de garder le secret sur l'existence de la demande et sur tous les faits en rapport avec elle, si l'importance de l'enquête étrangère le justifie et que l'absence d'une telle mesure paraisse en compromettre le résultat. Cette mesure doit être limitée dans le temps.

⁵ BORSODI/JEANNERET, *L'interdiction faite à la banque de communiquer à son client l'existence d'une mesure de contrainte visant la relation bancaire*, in PJA 2006 280, p. 280.

⁶ OCA/160/2004 citée in BORSODI/JEANNERET, *L'interdiction faite à la banque de communiquer à son client l'existence d'une mesure de contrainte visant la relation bancaire*, in PJA 2006 280, p. 283.

⁷ TPF 2005 61.

⁸ ATF 131 I 425, traduit in SJ 2006 24.

II. Les dispositions du CPP sur l'obligation de garder le secret sur la procédure

Les problèmes relatifs à l'absence de bases légales et soulevés dans les arrêts cités plus haut ont incité le législateur à introduire dans le code de procédure pénale fédérale des dispositions permettant explicitement aux autorités d'imposer un devoir de discrétion aux participants à la procédure⁹. Celles-ci sont éparpillées en différents endroits du code.

L'art. 73 CPP, intitulé «Obligation de garder le secret», a la teneur suivante:

¹ *Les membres des autorités pénales, leurs collaborateurs, ainsi que leurs experts commis d'office gardent le silence sur les faits qui parviennent à leur connaissance dans l'exercice de leur activité officielle.*

² *La direction de la procédure peut obliger la partie plaignante, d'autres participants à la procédure ainsi que leurs conseils juridiques, sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP, à garder le silence sur la procédure et sur les personnes impliquées, lorsque le but de la procédure ou un intérêt privé l'exige. Cette obligation doit être limitée dans le temps.*

C'est le lieu de préciser que l'art. 105 al. 1 CPP définit la notion d'autres participants à la procédure. Il s'agit ainsi des lésés, des personnes qui dénoncent des infractions, des témoins, des personnes appelées à donner des renseignements, des experts et des tiers touchés par des actes de procédure.

L'art. 165 CPP applicable aux témoins énonce que:

¹ *L'autorité qui procède à l'audition peut enjoindre au témoin, sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP, de garder le silence sur les auditions envisagées ou effectuées et sur leur objet.*

² *Cette obligation est limitée dans le temps.*

³ *L'injonction peut être donnée dans la citation du témoin à comparaître.*

S'agissant du prévenu, la situation varie selon qu'il est en détention préventive ou pas. Dans la première hypothèse, la direction de la procédure a la possibilité de contrôler les contacts entre le prévenu et des tiers (art. 235 CPP). Dans la seconde hypothèse, le Ministère public a la possibilité de requérir du Tribunal des mesures de contraintes qu'il soit fait défense au prévenu d'entretenir des relations avec certaines personnes (art. 237 al. 2 let. g CPP).

Enfin, en matière de surveillance des relations bancaires, l'art. 285 al. 1 let. b CPP constitue une disposition spéciale qui prévoit que le Tribunal des mesures de contraintes doit donner à la banque des directives écrites sur les mesures à observer pour maintenir le secret.

⁹ OFJ, Rapport explicatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, février 2003, p. 129 ; Message du Conseil fédéral, FF 2006 1132.

Le CPP prévoit ainsi un régime différent pour chaque type de participant à la procédure. Le tableau ci-dessous résume les différences entre chaque régime.

| | Obligations | Conditions particulières ¹⁰ | Autorité compétente | Voies de droit cantonales ¹¹ |
|---|---|---|--|--|
| Membre de l'autorité, collaborateur, expert, traducteur | Garder le silence sur <i>les faits qui parviennent à sa connaissance dans l'exercice de son activité officielle</i> | Aucune | <i>Ex lege</i> | Aucune |
| Prévenu en détention préventive | Régime de détention préventive (limitation ou contrôle des contacts avec l'extérieur) | Risque de collusion | Direction de la procédure | Recours selon les art. 393ss CPP (cf. art. 235 al. 5 CPP cum 30 al. 1 LaCP) |
| Prévenu non détenu | Ne pas <i>entretenir des relations avec certaines personnes</i> | Forts soupçons de crime ou délit + risque de collusion (art. 221 al. 1 let. b CPP) | Tribunal des mesures de contraintes, Tribunal de première instance ou Chambre pénale d'appel et de révision (art. 237 al. 4 CPP) | Recours selon l'autorité qui a rendu l'injonction (cf. art. 393 CPP) |
| Partie plaignante, lésé, dénonciateur, PADR, tiers touché par un acte de procédure et leurs conseils | Garder le silence sur <i>la procédure et sur les personnes impliquées</i> | Le but de la procédure ou un intérêt privé l'exige | Direction de la procédure | Recours selon l'autorité qui a rendu l'injonction (cf. art. 393 CPP) |
| Témoin | Garder le silence sur <i>les auditions envisagées ou effectuées et sur leur objet</i> | Aucune à teneur du texte de loi; <i>risque réel d'influence sur la procédure pénale qui pourrait faire obstacle à la manifestation de la vérité</i> selon le Message (FF 2006 1177) | Autorité qui procède à l'audition | Recours selon l'autorité qui a rendu l'injonction (cf. art. 393 CPP) |
| Banque (dans le cadre d'une surveillance des relations bancaires) | Appliquer les mesures ordonnées dans le but de maintenir le secret de la procédure de surveillance | D'office lorsqu'une procédure de surveillance des relations bancaires est ordonnée | Tribunal des mesures de contraintes | Pas de recours cantonal possible (art. 393 al. 1 let. c CPP <i>a contrario</i>) |

¹⁰ Les conditions de l'art. 36 Cst doivent également être remplies.

¹¹ Dans certaines circonstances, un recours au Tribunal fédéral sera possible.

L'étendue de l'obligation de discrétion est quelque peu incertaine. Le message renvoie à la notion du secret prévue par l'art. 320 CP¹². Un auteur de doctrine considère quant à lui que «*le secret de l'enquête est [...] limité aux faits révélés par l'investigation, la simple communication relative au dépôt d'une plainte et à l'ouverture d'une enquête n'étant pas couverte*»¹³. Dans la pratique, l'autorité fait pourtant défense à la personne visée d'informer un tiers de la simple existence d'une procédure pénale. En outre, le texte de chaque disposition est quelque peu

différent. La jurisprudence devra préciser s'il s'agit uniquement de différences sémantiques ou si l'étendue du devoir de discrétion varie selon la personne qui y est soumise.

S'agissant des possibilités de recours contre une injonction à garder le silence, elles dépendent de l'autorité qui a rendu la décision. Dans la pratique, la plupart des décisions émanent du Ministère public ou de la police et sont donc sujettes à recours en vertu de l'art. 393 al. 1 let. a CPP.

¹² FF 2006 1131.

¹³ Commentaire romand du CPP, Helbing Lichtenhahn, n2010, ° 8 ad art. 73.

III. La problématique de l'avocat

Une brève analyse des travaux préparatoires indique que le législateur n'a pas identifié les problèmes susceptibles de survenir lorsqu'une obligation de discrétion est imposée à un avocat.

L'avocat intervient généralement dans la procédure pénale en qualité de conseil d'une partie ou d'un tiers. Si son client a l'interdiction de communiquer à une tierce personne des informations relatives à la procédure pénale, l'avocat est astreint aux mêmes obligations, sous peine de violer son devoir de diligence à l'égard des autorités consacré notamment par l'art. 12 let. a LLCA¹⁴. Sa situation est inextricablement liée à celle de son client qu'il représente. L'art. 73 al. 2 CP le prévoit de manière explicite pour le conseil de la partie plaignante ou d'autres participants à la procédure.

Une autre problématique est celle de savoir si les différentes dispositions du CPP permettent d'imposer à un avocat un devoir de discrétion indépendant de celui de son mandant. A l'exception de l'art. 73 al. 2 CPP, aucune des dispositions précitées n'a vocation à s'appliquer aux avocats. Le texte de l'art. 73 al. 2 CPP fait clairement référence aux conseils de la partie plaignante et des autres participants. La doctrine majoritaire – à laquelle nous adhérons – considère ainsi que cette disposition n'est donc pas applicable à l'égard de l'avocat du prévenu¹⁵.

Il est toutefois possible que l'avocat intervienne dans la procédure pénale à un titre différent. Deux situations sont principalement envisageables. En

premier lieu, l'avocat peut être convoqué pour être entendu en qualité de témoin, par exemple dans le cadre d'une procédure pénale visant son mandant. En second lieu, l'avocat peut être touché par un acte de procédure. On pense notamment à une perquisition ou à un séquestre au sein de son Etude.

Dans ces deux hypothèses, l'avocat devient un participant à la procédure distinct de son client (témoin, respectivement tiers touché par des actes de procédure au sens de l'art. 105 al. 1 let. f CPP). Par application des dispositions exposées ci-dessus, l'autorité compétente pourrait ainsi – si l'on s'en tient au texte de loi – lui imposer une obligation de discrétion, y compris à l'égard de son propre client. On pense, par exemple, et cela s'est vu, à l'interdiction d'informer son client qu'une procédure pénale a été ouverte contre lui ou que des documents ont été saisis en son Etude.

L'avocat se trouve alors confronté à un dilemme entre le respect de l'injonction de l'autorité et son devoir de diligence à l'égard de son client (art. 12 let. a LLCA, 398 CO), en particulier l'obligation d'aviser ce dernier de tout ce qui est important pour lui en relation avec le mandat afin qu'il soit à même de dispenser des instructions adéquates¹⁶. On peut s'interroger sur la compatibilité d'une telle injonction avec l'art. 6 § 3 CEDH. L'avocat pourra interjeter recours et alléguer que les conditions de l'art. 36 Cst, notamment le respect du principe de proportionnalité, ne sont pas remplies. Il devra néanmoins attendre l'issue du recours, soit plusieurs semaines, pour savoir si la décision de l'autorité était fondée.

¹⁴ *Commentaire romand du CPP*, Helbing Lichtenhahn, 2010, n° 23 ad art. 128; BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Stämpfli, 2009, p. 527, n° 1240 et les références citées.

¹⁵ Cf. notamment SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, 2009, DIKE, p. 124; *Commentaire bâlois du CPP*, 2011, Helbing Lichtenhahn, n° 13 ad art. 73; RIKLIN, *StPO Kommentar*, 2010, Orell Füssli, n° 2 ad art. 73 ; CONTRA: BRÜSCHWEILER in DONATSCH ET AL., *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2010, Schulthess, n° 6 ad art. 73.

¹⁶ *Commentaire romand du code des obligations I*, Helbing Lichtenhahn, 2003, n° 17 ad art. 398.

En revanche, selon nous, aucune disposition de CPP ne permet d'interdire à un avocat qui n'est ni témoin, ni tiers touché par un acte de procédure, de communiquer à son client des informations sur la procédure pénale¹⁷. A juste titre d'ailleurs, tant il serait inadmissible que l'on puisse restreindre le droit de l'avocat de communiquer avec son client.

Conclusion

Depuis l'introduction du nouveau code de procédure pénale, les autorités de poursuite disposent de bases légales leur permettant d'imposer un devoir de discrétion à l'ensemble des personnes intervenant dans une procédure pénale. Des incertitudes sur l'étendue du devoir de discrétion subsistent et devront être précisées par la jurisprudence. Le législateur n'a en outre pas pensé aux problèmes qui peuvent se poser lorsqu'il est fait défense à un avocat de communiquer des informations à son propre client. Il sera donc nécessaire que la jurisprudence fixe quelques limites. D'ici là, le risque est grand que les autorités de poursuite fassent un usage important, voire excessif des facultés que le nouveau droit leur octroie.

¹⁷ Voir cependant l'art. 235 al. 4 CPP. Relevons en outre un arrêt étonnant et discutable de la Chambre des recours pénale vaudoise du 23 janvier 2012 (PE11.021, c. 3d), à teneur duquel l'art. 73 CPP pourrait être appliqué par analogie à un avocat afin de lui faire défense de communiquer à un client des éléments du dossier.

RÉTROCESSIONS: LE FEUILLETON CONTINUE...

Me Philipp Fischer

Le feuilleton des rétrocessions qui tient en haleine l'industrie financière – et ses conseillers – est loin d'avoir connu son épilogue. Les deux épisodes diffusés en 2011 donnent cependant l'occasion de faire un point de la situation, cinq ans après l'épisode pilote de 2006.

En droit suisse, le terme de «rétrocessions» est utilisé pour désigner les versements par lesquels un intermédiaire financier crédite à un autre intermédiaire financier une partie de la rémunération reçue du client final. Ainsi, dans le domaine de la gestion de fortune privée, certaines banques dépositaires acceptent de verser à des tiers gérants, dont les clients ont déposé des avoirs auprès de la banque, un pourcentage des commissions facturées par la banque aux clients concernés.

L'intrigue se noue en droit civil...

En 2006, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe (ATF 132 III 460) dans le cadre d'un litige survenu entre un client et son gérant de fortune. En substance, le client intenta action contre son gérant de fortune afin d'obtenir le remboursement de toutes les rétrocessions pécuniaires que ce dernier avait reçues dans le cadre de l'activité de mandataire exercée en faveur du client, et en particulier, les rétrocessions payées par les banques dépositaires auprès desquelles les avoirs du client étaient déposés.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que les rétrocessions qu'un gérant de fortune indépendant reçoit de la banque dépositaire des fonds du client sont en principe soumises à une obligation de restitution au client (article 400 al. 1 CO). Une dérogation contractuelle à l'obligation de restitution est envisageable, pour autant que le client ait été informé de l'existence de ces rétrocessions et ait consenti expressément à ce que le tiers gérant conserve les montants reçus à ce titre.

L'arrêt de 2006 a donné lieu, pour l'essentiel, à deux controverses doctrinales. En premier lieu, s'est posée la question de savoir si et dans quelle mesure les considérants du Tribunal fédéral, rendus dans le domaine de la gestion de fortune privée, pouvaient être étendus à la distribution de produits financiers. En second lieu, la doctrine s'est affrontée autour de la question du niveau d'information dont le client doit disposer afin de renoncer valablement à son droit à la restitution des rétrocessions.

La première question a été tranchée – du moins provisoirement – en janvier 2011. Dans un arrêt 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 (non destiné à la publication), la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral (l'arrêt de 2006 avait été rendu par la 1^{ère} Cour de droit civil) a estimé que les rétrocessions payées par le promoteur d'un produit financier au distributeur de ce dernier correspondent à la rémunération de l'activité de distribution, qui n'est pas intrinsèquement liée à la relation contractuelle entre le distributeur et le client final. Contrairement au tiers gérant dans le cadre d'une relation de gestion de fortune privée, le distributeur d'un produit financier ne perçoit pas les rétrocessions «du chef» de sa relation avec le client final, mais plutôt à titre de contre-prestation pour des services de distribution fournis au promoteur. Le Tribunal fédéral est donc arrivé à la conclusion que les rétrocessions versées dans le cadre de la distribution de produits financiers ne tombent pas sous le coup d'une obligation de restitution au client et peuvent être librement conservées par la banque.

La deuxième question a été abordée dans un arrêt du 29 août 2011 (ATF 137 III 393). Le Tribunal fédéral a jugé qu'une renonciation valable à la restitution des rétrocessions présuppose que le client ait été informé des paramètres de calcul des rétrocessions ainsi que de l'ampleur escomptée de celles-ci. Afin de permettre au client de tirer effectivement profit des

informations qui lui sont communiquées, le Tribunal fédéral a franchi un pas supplémentaire, en imposant au tiers gérant d'attirer spécifiquement l'attention du client inexpérimenté en matière financière sur les éventuels conflits d'intérêts qui peuvent découler de la perception de rétrocessions par le tiers gérant. De telles explications supplémentaires ne sont en revanche pas nécessaires si le client est sophistiqué.

... se poursuit en droit réglementaire ...

Sur un plan réglementaire, la problématique des rétrocessions a notamment attiré l'attention de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS).

La FINMA a édicté la Circulaire 2009/1, qui contient les règles-cadres que la FINMA considère comme étant des critères de référence pour la reconnaissance comme standard minimal des normes d'autorégulation des organisations professionnelles dont les membres sont actifs dans la gestion de fortune. Le Chiffre 30 de la Circulaire 2009/1 exige une information ex ante du client au sujet des «paramètres de calcul ou des fourchettes de valeurs des prestations [que le gérant] reçoit ou pourrait recevoir de tiers». Dans la mesure du possible, cette information doit être fournie séparément pour chaque produit financier. Le chiffre 17 des Directives sur le mandat de gestion de fortune de l'Association suisse des banquiers emploie une terminologie très similaire, avec la précision supplémentaire que l'information peut porter sur «des produits individuels ou sur des classes de produits».

La question des rétrocessions s'est posée avec une acuité particulière dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Suite à la publication de l'arrêt de 2006, l'OFAS a émis deux circulaires pour

exiger des institutions de prévoyance que le traitement des rétrocessions fasse l'objet d'une réglementation contractuelle expresse dans le cadre des rapports avec les tiers gérants et que les assujettis se déterminent quant à l'opportunité d'exiger le remboursement des rétrocessions perçues durant les dix années précédentes. Entrée en vigueur le 1er août 2011, la nouvelle mouture de l'article 48k de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) ne semble pas exclure qu'une institution de prévoyance puisse renoncer à la restitution des rétrocessions, moyennant toutefois une information complète de l'institution de prévoyance et une disposition contractuelle *ad hoc* dans le cadre de ses rapports avec le tiers auquel la gestion des avoirs a été confiée.

L'on relèvera en passant que la question des rétrocessions a également été abordée dans le cadre du projet de révision complète de la Loi sur le contrat d'assurance, qui a été publié le 8 septembre 2011. Si ce projet entre en vigueur, le courtier en assurance devra informer le preneur d'assurance de manière spontanée et complète sur toutes les rétrocessions reçues dans le cadre de la conclusion du contrat d'assurance.

... et la localisation des prochains épisodes peut déjà être devinée.

Les prochains épisodes du feuilleton des rétrocessions se dérouleront selon toute vraisemblance à Bruxelles et à Lausanne.

Comme on le sait, la réglementation financière suisse est largement inspirée du droit européen. En matière de rétrocessions, le projet de révision de la Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers

(Directive MiFID II), mis en consultation par la Commission européenne le 20 octobre 2011, prévoit une interdiction d'accepter des rétrocessions tant dans le domaine du conseil en investissement fourni de manière indépendante que dans celui de la gestion de fortune.

En Suisse, le *Handelsgericht* de Zurich a rendu le 12 janvier 2012 un arrêt (dans la cause n° LB090076) qui semble faire fi de la distinction traditionnelle entre les rétrocessions «intrinsèquement liées au mandat» et les indemnités de distribution (non soumises au devoir de restitution de l'article 400 al. 1 CO selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral). Prenant expressément le contrepied de l'arrêt du Tribunal fédéral évoqué ci-dessus (arrêt n° 6B_223/2010), le *Handelsgericht* de Zurich considère que même les rétrocessions perçues dans le cadre de la distribution de produits financiers peuvent tomber sous le coup du devoir de restitution de l'article 400 al. 1 CO. Afin de pouvoir conserver ces rétrocessions, leur récipiendaire doit être en mesure d'établir les services

rendus, et les coûts supportés, dans le cadre de l'activité de distribution. Cet arrêt sous forme de *cliffhanger* a déjà fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, dont la détermination est attendue avec impatience.

De manière générale, l'on constate que le *leading case* de 2006 a inauguré une nouvelle ère de transparence en matière de rétrocessions. Les jurisprudences subséquentes et les développements réglementaires – tant en Suisse que dans l'Union européenne – viennent renforcer cette lame de fond. Les exigences sans cesse accrues en matière de transparence et de restitution des rétrocessions devraient amener de nombreux intermédiaires financiers suisses à revoir leur modèle de rémunération afin de l'orienter vers une rémunération prélevée uniquement auprès du bénéficiaire des services financiers concernés.

Le présent texte constitue un résumé d'un article à paraître prochainement dans la Revue suisse de droit des affaires (RSDA), Volume 1/2012.

Hôtel de la Paix ********* et restaurant gastronomique Le Vertig'O

L'Ordre des Avocats fait désormais bénéficier ses membres et leurs clients de rabais substantiels sur les chambres du prestigieux Hôtel de la Paix (**env. 40 % sur les tarifs affichés 2012**). Avec ses 84 chambres et Suites réparties sur 6 étages, l'Hôtel de la Paix associe distinction, tradition et élégance. Construit en 1865 et entièrement rénové en 2006, il est devenu le Boutique-Hôtel genevois.



L'Hôtel de la Paix abrite Le Vertig'O, 1 * Michelin et 16/20 Gault & Millau, restaurant contemporain, confortable et plein de charme traditionnel, où la cuisine française et méditerranéenne du chef Jérôme Manificier y atteint des sommets de saveur et de finesse.

Les membres de l'Ordre ainsi que leurs clients bénéficient **d'une remise immédiate de 15%** sur la facture globale (sur les repas pris à midi uniquement), s'ils réservent en téléphonant personnellement ou par le biais de leur Etude.

ADMISSION À L'ORDRE

SÉANCE D'ADMISSION DU 23 FEVRIER 2012

Avocats

Me Pascal G. FAVRE
Me Jonathan MENOUD
Me Joseph MERHAI
Me Frédéric NEUKOMM
Me Fabrice ROBERT-TISSOT
Me Franz X. STIRNIMANN

Avocats stagiaires

Me Linda AKESSON
Me Myriam ALAOUI
Me Sophia AMMAR
Me Christelle ANDERSEN
Me Marybelle BARRAS
Me Noémie BARRAUD
Me Diane DE BAVIER
Me Sébastien BLOCH
Me Damien BOBILLIER
Me Natacha BONGARD
Me Leïla BOUSSEMACE
Me Marc-Alec BRUTTIN
Me Meryl BUA
Me Pamela BUCZYNSKI
Me Tabea BUERGLER
Me Sarah CALUORI
Me Sophie CARLSSON
Me Estelle CASALOTTO
Me Delphine COMBE
Me Stéphanie DAHMEN
Me Sara DOUSSET
Me Frédéric ERARD
Me Alexandra ESMORIS
Me Virginie EVRARD
Me Gianni FERA
Me Pierre-Emmanuel FEHR

Etude

Tavernier Tschanz
THCB Avocats
Oberson Avocats
Lenz & Staehelin
Lévy Kaufmann-Kohler
Lalive

Etude

Budin & Associés
Ducrest Heggli Avocats LLC
Keppeler & Associés
Nanchen, Mathey-Doret & Bron
Chabrier Avocats
SFM Avocats
Gros & Waltenspühl
Cour de justice; Nanchen, Mathey-Doret & Bron
De Pfyffer Avocats
SND – Avocats
Buonomo & Marti
Niklaus Bruttin & Associés
De Pfyffer Avocats
Baker & McKenzie Genève
Lalive
Lenz & Staehelin
Ming Halpérin Burger Inaudi
Barth & Patek
Ming Halpérin Burger Inaudi
Brown & Page
ZPG
BCCC Avocats Sàrl
Schellenberg Wittmer
R & B Avocats
Oberson Avocats
Eversheds SA

| | |
|---------------------------|-------------------------------|
| Me Sarah FISCHER | Canonica Valticos & Associés |
| Me Marc FREYMOND | de Pfyffer Avocats |
| Me Roman GRAF | Lenz & Staehelin |
| Me Cécile GRESET | Tribunal de première instance |
| Me Samuel HALFF | Budin & Associés |
| Me Ludovic JORDAN | Notter Mégevand & Associés |
| Me Delphine JUNOD | Etude de Me Mike Hornung |
| Me John KEANE | Avocats Ador & Associés SA |
| Me Stéphane KETCHASSI | Lachenal & Le Fort |
| Me Edmond KOHLER | Lenz & Staehelin |
| Me Laurent LEHNER | Lenz & Staehelin |
| Me Lauranne MACHEREL | Perréard de Boccard |
| Me Nadia MERIBOUTE | Keppeler & Associés |
| Me Sophie MOREAUD | Chabrier Avocats |
| Me Antonia MOTTIRONI | PTAN & Associés |
| Me Simon MUDRY | De Pfyffer Avocats |
| Me Elena NATALI | Etude Reymann |
| Me Vanessa NDOUMBE NKOTTO | Burkhard & Ferrazino |
| Me Alexis PFEFFERLE | Bonnant Warluzel & Associés |
| Me Jennifer POINSOT | Pirker + Partners |
| Me Jeremy REICHLIN | Fontanet & Associés |
| Me Luana ROBERTO | Ming Halpérin Burger Inaudi |
| Me Samir SALHI | Kooger & Mottard |
| Me Johanna SANZ | Chabrier Avocats |
| Me Harmonie SAU | Lachenal & Le Fort |
| Me Nicolas SCHNYDER | Schellenberg Wittmer |
| Me Innocent SEMUHIRE | Rigamonti Avocats |
| Me Yodit SHIBERIM | Cour de justice |
| Me Anh-Thu THAI | Lenz & Staehelin |
| Me Olivier TOINET | Schellenberg Wittmer |
| Me Laura TSCHERRIG | Lenz & Staehelin |
| Me Pierre TURRETTINI | Borel & Barbey |
| Me Nicolas ZBINDEN | Des Gouttes & Associés |

