

LA LETTRE DU CONSEIL

ORDRE DES AVOCATS
DE GENÈVE

SOMMAIRE

Editorial du Bâtonnier <i>Me Jean-François Ducrest</i>	3
Communication du Conseil	6
Union Internationale des Avocats <i>Me Jean-François Ducrest</i>	7
Agenda du Bâtonnier	8
Quelques réflexions <i>Me Vincent Jeanneret</i>	10
Le jury à Genève <i>Me Vincent Spira</i>	12
Une formation à la gestions des conflits <i>Me Nicolas Jeandin</i>	15
Conflit d'intérêts de l'avocat <i>Me Guy Vermeil</i>	17
Commentaire de l'arrêt du Tribunal Fédéral 4A_190/2008 <i>Me Guy Vermeil</i> <i>Me Antoine Hamdan</i>	21
Commentaire de l'arrêt du Tribunal Fédéral 2C_85/2008 <i>Me Fabio Spirgi</i> <i>Me Sanda Bunaciu</i>	24
Admission à L'Ordre	26

ÉDITORIAL DU BÂTONNIER: L'AVOCAT DE LA PREMIÈRE HEURE

Me Jean-François Ducrest

Mes chers Confrères,

Le 1^{er} janvier 2011, à la première heure, l'avocat sera à pied d'œuvre, prêt à assumer une mission primordiale: la défense des prévenus.

Dans le cadre du projet de loi d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, le Conseil d'Etat genevois a proposé la modification de l'article 21 al. 4 de la Loi sur la profession d'avocat en les termes suivants: «*L'Ordre des avocats organise un service de permanence et communique aux autorités pénales et à la police les coordonnées de l'avocat de permanence choisi parmi les inscrits au Registre cantonal*».

Le message du Conseil d'Etat est sur la question pour le moins succinct: aucune indication sur les motifs de cette délégation à une association privée, aucune précision sur l'organisation de cette permanence, aucun élément relatif au financement de la permanence et des avocats mis en œuvre dans ce cadre.

La loi prévoit par ailleurs que tous les avocats inscrits au Registre cantonal pourront accéder à cette permanence. La question se pose de savoir s'ils pourront également être astreints à y participer au cas où le nombre d'avocats volontaires ne serait pas suffisant.

L'institution de l'avocat de la première heure et la délégation à l'Ordre sont liées à l'article 159 CPP, (projet) qui prévoit que: «*Lors d'une audition menée par la police, le prévenu a droit à ce que son défenseur soit présent et puisse poser des questions. Lorsque le prévenu fait l'objet d'une arrestation provisoire, il a le droit de communiquer librement avec son défenseur en cas d'audition menée par la police. Celui qui fait valoir ses droits ne peut exiger l'ajournement de l'audition*».

C'est ainsi que le principe de «*l'avocat de la première heure*» confère le droit au prévenu d'exiger que son défenseur participe, dès les premiers pas d'une procédure pénale, aux auditions de la police. Il valorise ainsi les déclarations faites devant la police, la présence d'un avocat étant garante du respect des droits des prévenus. Cette innovation répond à une exigence formulée depuis très longtemps par différents comités de défense des droits de l'homme.

Il y a lieu de préciser que cette assistance ne sera pas passive, l'avocat pouvant véritablement assister son client dans le cadre de l'interrogatoire mené par la police ou le Procureur.

La possibilité pour le prévenu d'être assisté d'un avocat dès sa première audition devant la police nécessite incontestablement la mise en place d'un service de permanence. Celui-ci doit permettre à la police et au Ministère public de mettre en œuvre rapidement un défenseur afin de ne pas entraver la bonne marche de l'enquête.

Des contacts ont déjà été pris par l'Ordre des avocats avec le Parquet, les Juges d'instruction, le Palais de Justice, la police et la prison de Champ-Dollon.

Il ressort de ces entretiens que le nombre de mandats gérés par la police, tous commissariats confondus, est en moyenne de 20 par jour, soit de 6'000 par an. Au Palais de justice, le nombre de «*mis en cause*» est de plus de 11'000 par an; à préciser que ce chiffre comprend notamment des contestations de contraventions qui ne mettront pas en jeu les avocats de la première heure. Le nombre d'entrées à Champ-Dollon a été de 2'566 en 2007.

Il est raisonnable de prendre essentiellement en considération, dans le cas de l'analyse des moyens

nécessaires à la permanence de l'avocat de la première heure, les chiffres de la police (6'000) et de Champ-Dollon (2'566). Ces chiffres ne s'additionnent pas, mais se retranchent pour partie seulement.

Il faut donc compter, tous commissariats confondus, environ 20 personnes interpellées par jour. Si, en extrapolant, on retient 20 interventions de l'avocat de permanence par jour avec une moyenne de deux heures, cela représente 40 heures par jour, soit 14'600 heures par année.

Ce projet implique donc des coûts financiers importants qui doivent être compris et intégrés dans la mise en œuvre du nouveau projet de procédure pénale unifiée.

Il ne s'agit pas pour les avocats de monnayer leur intervention, mais bien plutôt d'assumer leurs responsabilités en assurant la mise en place d'une organisation susceptible de répondre aux exigences de la loi. Cela implique un système efficace et attractif, tant au niveau de la rémunération elle-même que de la rapidité avec laquelle celle-ci intervient.

De manière générale, il y a lieu d'envisager une certaine réticence de la police par la seule intervention de l'avocat de la première heure qui pourra être ressentie comme une intrusion dans la conduite de l'enquête, en particulier par rapport à la recherche de l'aveu, reine des preuves...

A cet égard, et comme déjà indiqué précédemment, des contacts ont été initiés avec la police. Ils devront s'intensifier pour assurer une nécessaire coordination. Il appartiendra aussi à la police de faire sa révolution. Cela implique la mise en œuvre de nouvelles procédures, la mise à disposition d'un local pour que les avocats puissent s'entretenir avec les prévenus. L'établissement d'un climat de confiance et de com-

préhension des rôles de chacun dans cette nouvelle procédure pénale est indispensable.

L'avocat de la première heure, c'est aussi une nouvelle manière de répondre à la sécurité judiciaire. Il est important que les procédures se déroulent plus rapidement et plus efficacement. C'est un enjeu majeur dans la réponse à la montée de la délinquance.

On peut aussi espérer que ces nouvelles règles permettront que le débat sur la mise en détention se déroule de manière plus équilibrée et que les décisions rendues le soient en toute connaissance de cause, après que chacune des parties eut l'occasion d'exprimer son point de vue.

Il est à signaler que seuls les avocats brevetés pourront intervenir au titre de l'avocat de la première heure. Cela restreint les possibilités de désignation, mais se justifie par l'importance de cette mission.

C'est un honneur pour l'Ordre des Avocats d'avoir été désigné pour participer à l'accomplissement d'une avancée majeure en matière des droits de la défense. L'Ordre regroupe plus de 1'000 avocats brevetés, soit 80% des avocats genevois, et s'inscrit comme l'association professionnelle de référence à Genève.

Il est rappelé que l'Ordre organise déjà, et de manière bénévole, la permanence de l'Ordre des Avocats, la permanence de la Chambre d'accusation et la permanence des mesures de contrainte.

Par nature, la permanence de l'avocat de la première heure devra être opérationnelle 24h/24h et 365 jours par an. Cela représente à l'évidence une organisation sophistiquée et d'une envergure certaine. Il convient de surcroît de tenir compte du fait que plusieurs avocats de permanence pourront être sollicités le même jour à la même heure.

Il faut également prendre en compte la dispersion géographique des lieux d'audition. Ceux-ci ne se limiteront pas au siège principal de la police judiciaire mais auront également lieu dans les commissariats de quartier.

L'Ordre est prêt à accepter cette délégation d'une tâche publique, mais pas à n'importe quelle condition. Elle doit s'accompagner d'une participation financière indispensable pour couvrir les frais de l'infrastructure administrative qui devra être mise en place.

Un bon fonctionnement nécessite à la fois des ressources humaines et, le cas échéant, un investissement dans des installations performantes (téléphones portables, notebooks, transmission des documents par mail, etc.).

Enfin, outre la structure administrative, il y a lieu de prévoir une rémunération des avocats de permanence, à un taux certes inférieur au taux usuel pratiqué, mais qui devrait être supérieur à celui proposé dans le cadre de l'assistance juridique. En effet, l'avocat de permanence sera susceptible d'être sollicité à toute heure du jour et de la nuit pour une durée indéterminée et ne pourra prendre aucun engagement durant la période de permanence.

Le Conseil de l'Ordre a mis en place, déjà en mars de cette année, une commission spéciale en vue de la mise en œuvre pratique de «*l'avocat de la première heure*». Plusieurs consultations ont été menées avec d'autres barreaux suisses et étrangers.

L'Ordre et son Conseil sont prêts à relever ce beau défi qu'est la permanence de l'avocat de la première heure, à la condition que les moyens adéquats soient mis en œuvre. Les incertitudes à cet égard doivent encore être levées.

Je veillerai à vous tenir régulièrement informés de l'évolution de ce projet et vous souhaite de belles fêtes de fin d'année.

Jean-François Ducrest, Bâtonnier

COMMUNICATION DU CONSEIL

De manière régulière, pour ne pas dire récurrente, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur le meilleur moyen de communiquer avec les membres de notre association.

Il y a deux ans, l'option avait été prise d'adresser la totalité de nos courriers, y compris La Lettre du Conseil, par voie électronique.

Si ce moyen est à l'évidence approprié, parce que rapide et efficace, s'agissant des communications usuelles, il ne s'est pas révélé adéquat pour La Lettre du Conseil. De nombreux membres de l'Ordre nous ont en effet fait part de leur regret de ne pas recevoir immédiatement un document imprimé.

La question a dès lors été réexaminée et, à l'occasion de son séminaire d'automne, le Conseil a décidé de revenir à une édition papier. Vous avez le résultat de cette décision entre vos mains.

UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS

Me Jean-François Ducrest, Bâtonnier

A l'occasion du 52^{ème} Congrès annuel de l'Union Internationale des Avocats (UIA) qui s'est déroulé à Bucarest du 27 octobre au 2 novembre 2008, le Bâtonnier Pascal Maurer a brillamment été élu au poste de Deuxième Vice-Président de cette association.

En application des dispositions statutaires de l'UIA, le Bâtonnier Pascal Maurer deviendra Président de l'association en 2010. Il est rappelé que l'UIA regroupe plus de 200 barreaux, fédérations et associations représentant près de 2 millions d'avocats, ainsi que plusieurs milliers de membres individuels répartis dans plus de 110 pays.

Le Conseil de l'Ordre félicite le Bâtonnier Pascal Maurer pour son élection, est sensible à son engagement pour la défense de la profession et se réjouit de la reconnaissance internationale délivrée par ses pairs, laquelle rejaillit sur le Barreau de Genève.

A l'occasion de ce même congrès, le Bâtonnier Alain Le Fort a été élu Président du Comité national suisse de l'UIA. Nos félicitations.

AGENDA DU BÂTONNIER – 2^{ème} SEMESTRE 2008

JUILLET 2008

11 juillet: Entretien avec M. Raphaël Mahler, Secrétaire général du Pouvoir judiciaire, en relation avec le résultat de l'enquête de satisfaction diffusée auprès des avocats; séance de médiation. *14 juillet:* Séance de médiation. *16 juillet:* Séance de médiation. *18 juillet:* Réunion de travail concernant le site Internet de l'Ordre. *22 juillet:* Séance de médiation. *30 juillet:* Séance de médiation.

AOÛT 2008

11 août: Entretien avec Me Pauline Wenger, représentante de l'Association Internationale Francophone des Intervenants auprès des familles séparées. *13 août:* Séance de médiation. *28 août:* Représentation de l'Ordre à la Rentrée des entreprises romandes (FER) 2008.

SEPTEMBRE 2008

3 septembre: Conseil de l'Ordre au cours duquel ont notamment été évoqués la demande d'un soutien financier de la Commission internationale des juristes, l'uniformisation des procédures au plan fédéral, la rencontre prochaine avec le Secrétaire général du pouvoir judiciaire, la rémunération des stagiaires lors de nominations d'office sans assistance juridique, la Constituante, la future école d'avocature, les commissions institutionnelles de la FBE, la permanence de l'Ordre et les projets du Jeune Barreau. *9 septembre:* Rencontre avec M. Jean Mirimanoff en relation avec l'unification de la médiation commerciale; rencontre avec Mme Rita Oberson et Mme Nathalie Vimic concernant les mandats d'office; participation à l'assemblée générale de la Section des avocats étrangers. *10 septembre:* Perquisition chez

un confrère. *15 septembre:* Deux séances de médiation; entretien avec le représentant de l'Intras (assurance collective proposée aux membres de l'Ordre). *16 septembre:* Séance de médiation. *17 septembre:* Séance de médiation; Conseil de l'Ordre au cours duquel ont notamment été évoqués la prochaine Lettre du Conseil, le séminaire d'automne du Conseil, la Section des avocats étrangers et le programme du Jeune Barreau; audition de MM. Raphaël Mahler et Patrick Becker du Pouvoir judiciaire pour une présentation de la synthèse de l'enquête de satisfaction auprès des avocats ainsi que le compte rendu d'activités des tribunaux; d'autres sujets ont également été abordés, tels que le site Internet du Pouvoir judiciaire, la jurisprudence en ligne, les travaux au Palais de Justice et l'indépendance du Pouvoir judiciaire. *19 septembre:* Réunion de travail concernant le site internet de l'Ordre. *22 septembre:* Séance de médiation. *23 septembre:* Entretien avec le Prof. Henri Peter sur la présentation de la profession d'avocat aux étudiants. *25 septembre:* Séance de médiation; rencontre avec Me Philippe Girod, Président de la Commission de la Permanence; réunion de travail en vue de l'organisation de la soirée de l'Ordre des Avocats 2009. *29 septembre:* Réunion de travail concernant le site internet de l'Ordre. *30 septembre:* Participation à la réunion du Comité de la Section des avocats étrangers.

OCTOBRE 2008

1^{er} octobre: Conseil de l'Ordre au cours duquel ont notamment été discutés la prochaine audition devant la Commission du Grand Conseil Justice 2010, le séminaire d'automne du Conseil, la prochaine séance d'admission à l'Ordre, la Lettre du Conseil, le programme du Jeune Barreau, la Commission des Droits de l'Homme et les problèmes rencontrés quant aux visites à Champ-Dollon; participation à la

soirée organisée par l'Etude Altenburger pour ses 30 ans d'activité. *2 octobre*: Séance de médiation. *4 octobre*: Participation du Conseil au Rallye du Jeune Barreau. *6 octobre*: Rencontre avec Me Sophie Richardson de la Commission Internationale des Juristes; séance de médiation. *8 octobre*: Audition devant la Commission ad hoc Justice 2010. *9 octobre*: Séance de médiation; Grand débat organisé par le Jeune Barreau sur la profession d'avocat. *10 octobre*: Séminaire d'automne du Conseil de l'Ordre au cours duquel ont notamment été abordés les thèmes suivants: la Commission de formation permanente, la procuration de l'Ordre, la réforme de la justice 2011, la Lettre du Conseil, la rentrée judiciaire 2009, l'avocat de la première heure et l'institution du jury. *14 octobre*: Rencontre interview avec le journal Le Temps. *15 octobre*: Séance du Conseil de l'Ordre au cours de laquelle ont notamment été discutés la prochaine séance de la CODAM, la Lettre du Conseil, l'institution du jury, la Rentrée judiciaire 2009, la tenue des comptes de l'Ordre et de la Permanence, le programme du Jeune Barreau, la demande des associations d'adresser un questionnaire relatif au droit matrimonial à tous les avocats et la Ligue des Droits de l'Homme. *16 octobre*: Réunion de travail en vue de l'organisation de la soirée de l'Ordre des Avocats de 2009. *17 octobre*: Séance de médiation. *27 octobre*: Représentation de l'Ordre à la séance du Gemme (Groupement des magistrats pour la médiation et conciliation); séances de médiation. *28 octobre*: Visite protocolaire des nouveaux candidats à l'Ordre, participation à la réunion du Comité de la Section des avocats étrangers. *29 octobre*: Conseil de l'Ordre au cours duquel ont été évoqués la Lettre du Conseil, l'institution du jury, la Commission de taxation, le programme du Jeune Barreau, les conférences du Gemme et la participation de l'Ordre à la conférence organisée par la Swiss American Chamber of Commerce. *29 octobre au 2 novembre*: Représentation de l'Ordre au Congrès de l'UIA à Bucarest.

NOVEMBRE 2008

3 novembre: Séance de médiation; réunion de travail en vue de l'organisation de la soirée de l'Ordre 2009. *4 novembre*: Visite protocolaire des nouveaux candidats à l'Ordre. *5 novembre*: Participation à la conférence de Me Thierry Lévy, invité du Jeune Barreau «Présence Libre». *6 novembre*: Séance de médiation. *8 novembre*: Participation à la VI^{ème} demi-journée du Marathon du droit. *10 novembre*: Visite protocolaire des nouveaux candidats à l'Ordre. *11 novembre*: Séance de médiation. *12 novembre*: Conseil de l'Ordre; audition devant la Commission ad hoc Justice 2010. *13 novembre*: Séance d'admission à l'Ordre (47 nouveaux membres). *14 novembre*: Participation à la conférence des Bâtonniers à Berne organisée par la FSA. *19 novembre*: Participation à la conférence organisée par la Section des avocats étrangers sur la répression du blanchiment d'argent et la pratique de l'avocat. *20 novembre*: Séance de médiation. *21 novembre*: Perquisition chez un Confrère; audition par la Commission législative du Grand Conseil. *24 novembre*: Séances de médiation. *25 novembre*: Séance avec la CODAM. *26 novembre*: Intervention lors de la séance d'information «Quelle direction prendra votre carrière?» organisée par la Faculté de droit; Conseil de l'Ordre au cours duquel ont notamment été abordés les sujets suivants: la Rentrée 2009, la conférence des Bâtonniers 2008, l'avocat de la première heure, la CODAM et le Jeune Barreau. *28 novembre*: Conférence de presse sur l'institution du Jury; Représentation de l'Ordre à la rentrée du Barreau de Zürich.

QUELQUES RÉFLEXIONS

Me Vincent Jeanneret

Après quelques 66 mois passés au Conseil de l'Ordre, et proche du terme de mon mandat de six ans, j'ai pensé utile de mettre par écrit quelques réflexions sur le fonctionnement de notre Ordre. Il est vrai que tout corps social constitué court le risque de se scléroser s'il ne s'adapte pas en permanence à un environnement en perpétuelle évolution. Or notre environnement – notamment technologique – a fortement changé depuis quelques années et notre pratique d'avocat s'en est considérablement ressentie. L'on pense en particulier à l'accès à toute information – en particulier juridique – par internet et aux moyens de communication qui ont explosé. Nous sommes désormais atteignables en tout temps et en tous lieux.

Désormais tout est inexorablement connecté, tout est immédiat et pire encore (!!!) tout persiste à évoluer. Nos lois majeures changent à un rythme jamais atteint depuis plus de 150 années.

Si dans le même temps l'on examine le fonctionnement de l'Ordre et plus spécifiquement de son Conseil, on peut se demander si l'on ne devrait pas s'atteler à revoir ce qui existe. Le propos qui suit est nuancé, tant il est vrai que globalement nos institutions ordinales fonctionnent plutôt bien et donnent satisfaction à nos membres. Osons une brève revue, sans nous perdre dans le détail.

• L'élection du Conseil et sa composition

A priori, le mode de désignation du Conseil ne devrait pas être revu. Le fait de le renouveler en plusieurs fois assure une certaine continuité, même s'il favorise dans le même temps un certain penchant pour la tradition, qui paraît un mal nécessaire. Par ailleurs le Conseil a relativement bien représenté jusqu'à ce jour les différentes tendances qui transcendent notre barreau. Sans doute devrait-on être naturellement plus attentif à la présence de plusieurs avocates en son sein, sans pour autant tomber dans un système de quotas.

• La répartition des rôles entre les membres du Conseil

Sur ce point, il paraît clair qu'il existe une marge de progression. De manière générale, l'on devrait sans doute inciter chacun dès son entrée en fonction à maîtriser une partie de la matière déontologique ou réglementaire, de sorte à rendre le Conseil plus efficace. Bien plus, il faudrait utiliser davantage les compétences spécifiques de chacun. Cela se fait déjà quelque peu, mais de manière relativement peu systématique. En fait cela dépend de chaque Bâtonnier et de sa propension à vouloir déléguer certaines questions.

• Le Bâtonnier

De plus en plus, la tâche du Bâtonnier paraît immense voire inhumaine, et semble de moins en moins compatible avec l'exercice en parallèle de la profession d'avocat. C'est pratiquement entre 50 à 80 % de son temps qu'il consacre à l'ODA. Et pour plus de la moitié de ce temps, le Bâtonnier doit se rendre disponible aux demandes et appels de tous (avocats, clients, parfois magistrats) en temps réel, le plus souvent en urgence. Il renseigne, conseille et tranche chaque jour. Ensuite, il a à faire œuvre de médiateur, ce qui est généralement très apprécié. Cette activité immédiate, extrêmement prenante ne se marie pas de manière optimale avec la gestion à moyen et long terme des besoins et défis auxquels

est confrontée notre profession. Il sera sans doute prochainement impératif de repenser le rôle du Bâtonnier et lui permettre de mieux déléguer une partie de ses tâches, pour qu'il puisse se consacrer à divers enjeux d'importance stratégique.

- **Le Secrétariat de l'ODA**

Un premier constat tout d'abord: le Secrétariat a toujours donné satisfaction à tous les Bâtonniers et Conseils successifs. Mais le nombre actuel des membres et la nécessité de pouvoir déléguer certaines décisions ou avis devraient amener à l'engagement d'un secrétaire général, disposant d'une formation de juriste. De même la communication nouvelle (Website etc...) et le développement de la formation permanente militent en faveur d'un Secrétariat plus amplement doté. Car dans le même temps, il convient de continuer d'assurer le service individualisé aux membres et la mise sur pied des manifestations de l'ODA, notamment la fameuse soirée annuelle de notre Ordre. Par ailleurs, le jeune barreau devrait pouvoir compter sur une forme d'assistance plus importante du Secrétariat, vu l'importance du développement de son activité. Enfin, l'on peut certainement mieux développer des synergies entre la Permanence et le Secrétariat, notamment au niveau de la tenue de la comptabilité.

- **Visibilité**

Notre Ordre doit gagner encore en visibilité, dans la cité d'abord mais en Suisse et à l'étranger aussi. L'ODA doit être plus encore incontournable lorsque l'on touche de près ou de loin à la profession, à l'intérêt des justiciables et donc au Palais de Justice. Mais l'on doit aussi se soucier de tout ce qui touche au conseil juridique et de la formation de ceux qui rejoignent notre profession. Elever le niveau de connaissances juridiques et l'expérience de nos membres est assurément un défi auquel l'on nous jugera d'ici dix ans au plus. Soit l'on deviendra un barreau mineur, soit l'on sera un barreau qui compte en Suisse et en Europe. Cette perspective implique que l'ODA s'engage avec force et moyens.

- **Droits humains**

Sous réserve de quelques initiatives individuelles, ponctuelles et en définitive pas assez connues, notre Ordre ne s'engage pas ou plus dans le combat qui devrait naturellement être le sien: celui des droits humains. Cela doit changer et un objectif clair et mesurable doit être donné à une Commission qui doit se renouveler et nous convaincre par son activisme et sa maîtrise des nouveaux moyens de communication.

En conclusion, je dirais que la querelle des anciens et des modernes qui a pu opposer certains au sein du Conseil n'a plus lieu d'être. Elle est dépassée par l'ampleur des défis qui guettent notre profession et donc son association professionnelle.

Ce qui fonctionne bien ne doit pas être changé, que ce soit par goût ou par mode. En revanche ce qui apparaît objectivement désuet, voire décalé, doit impérativement être adapté et modernisé.

LE JURY À GENÈVE: CONDAMNÉ À MORT?

Me Vincent Spira, Vice-Bâtonnier, Président de la Commission de droit pénal

Le 1^{er} janvier 2011 entrera en vigueur le Code de procédure pénale fédéral unifié (CPP). Selon certains, l'institution du jury ne serait pas compatible avec les nouvelles exigences du droit fédéral. Le jury en matière criminelle devrait ainsi disparaître.

Un projet de loi 10327 modifiant la constitution de la République et Canton de Genève va prochainement être soumis au Grand Conseil. Ce projet de loi a pour vocation de consacrer l'abrogation de l'art. 137 de la Constitution genevoise qui garantit précisément l'institution du jury.

L'Ordre des Avocats sera auditionné, via son Bâtonnier et le soussigné, le 12 novembre 2008, par la Commission ad hoc Justice 2010 (2011) du Grand Conseil. A l'heure de la rédaction de ces quelques lignes, la Commission de droit pénal étudie, avec autant de passion que d'attention, les dispositions du CPP qui rendraient, selon le Conseil d'Etat, le jury incompatible avec le droit fédéral (Message du CE relatif au PL 10327 – exposé des motifs p. 14 et ss. notamment). D'ores et déjà, nous avons acquis la conviction qu'aucun motif de droit ne permettait d'admettre une telle hypothétique incompatibilité.

La Commission de droit pénal, respectivement le Conseil, communiqueront aux membres de l'Ordre, soit dans une prochaine Lettre du Conseil, soit sous une autre forme, le résultat de ses travaux.

* * *

Pour l'heure, souvenons-nous... et rappelons que l'institution du jury est une très vieille dame, accueillie à Genève à la fin du XVIII^{ème} siècle.

Le 5 février 1794, Genève se dote d'une constitution monumentale de plus de mille articles, renfermant notamment des dispositions de droit pénal matériel,

une organisation judiciaire complète et l'équivalent d'un véritable code de procédure pénale. Cinq jurys apparaissent: un jury d'accusation de douze grands jurés élus pour trois ans par le peuple, notamment chargé de statuer sur l'incarcération des prévenus et leur renvoi devant la Cour de Justice criminelle; un jury de jugement de douze officiers publics domiciliés dans la République et désignés par le sort; douze jurés assesseurs, également choisis par le sort; un jury d'équité de vingt-et-un (autres) officiers publics domiciliés dans la République et désignés par tirage au sort, chargé de statuer sur les recours formés par le condamné contre certains arrêts de la Cour de Justice criminelle; enfin un jury militaire compétent pour prononcer certaines sanctions (mineures) à l'encontre des officiers, sous-officiers et soldats de la Garde nationale.

Annexée à la France le 15 avril 1798, Genève en reçoit les institutions judiciaires. Le code d'institution criminelle de 1808 maintient exclusivement un jury de jugement au sein de la nouvelle Cour d'assises.

Le 31 décembre 1813, Genève se détache de l'Hexagone; elle entre en 1815 dans la Confédération helvétique, en tant que vingt-deuxième canton. Malgré la séparation, Genève conserve le Code d'instruction criminelle inspiré de la France. Mais le jury de jugement est immédiatement aboli.

Il faut attendre le 12 janvier 1844 pour assister au rétablissement du jury en matière criminelle. Les douze jurés sont rattachés à une Cour criminelle à laquelle appartiennent cinq magistrats. Le nombre de ces derniers sera réduit à trois en 1847 puis à un seul – le Président de la Cour – en 1948. La même année, le jury est étendu à la Cour correctionnelle.

À l'image de dix autres cantons suisses (entre 1845 et 1856), Genève introduit dans sa Constitution du

24 mai 1847, aujourd'hui encore en vigueur, un article 96 (actuellement article 137) garantissant à tout accusé relevant de la Cour criminelle de comparaître devant un jury.

C'est donc une disposition constitutionnelle âgée de plus de 160 ans que le Conseil d'Etat veut voir aujourd'hui être abrogée!

Ainsi, durant près d'un siècle et au gré de l'adoption à Genève de nouvelles dispositions en matière de procédure pénale, en fonction également de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le jury est adapté mais perdure. De 1884 à 1941, le nouveau Code d'instruction pénale maintient l'institution, quelques aménagements, par rapport à la précédente codification étant effectués. C'est en 1890 que naît la Cour correctionnelle sans jury, formée de trois magistrats professionnels, destinée à permettre à l'accusé qui le souhaite d'être jugé plus rapidement.

De 1942 à 1977, dans l'optique de l'entrée en vigueur du Code pénal suisse le 1er janvier 1942, le législateur genevois est contraint d'adapter les règles cantonales d'organisation judiciaire et de procédure pénale au droit matériel unifié. Le Code d'instruction pénale de 1884 est ainsi abrogé mais le nouveau Code de procédure pénale, rédigé à la hâte, n'est qu'une législation de transition qui fera place, dès 1977, à notre Code de procédure pénale actuel. De fait, et durant cette phase transitoire, la procédure de jugement devant la Cour correctionnelle et la Cour d'assises ne connaît pas de bouleversement.

Mise en chantier le 24 juin 1950 avec la nomination d'une Commission d'experts, la réforme en profondeur de la procédure pénale genevoise débouche vingt-sept ans plus tard seulement sur l'adoption du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977. S'agissant du jury, les experts avaient notamment

proposé de passer au système de l'échevinage devant la Cour correctionnelle (deux juges et trois jurés) et la Cour d'assises (trois juges et six jurés); les députés n'en voudront pas et conserveront en substance le régime hybride de 1890, déjà reconduit en 1940.

Les représentants du peuple genevois tiennent au jury. Ils le disent haut et fort.

Trente et un ans plus tard, le Grand Conseil est à nouveau sollicité de voter. Les députés eux-mêmes, «jurés» élus par le peuple, doivent trancher: le jury doit-il disparaître?

* * *

LE JURY DOIT SURVIVRE!

Certains prétendent peut-être – mais sont-ils vraiment nombreux? – que le jury n'a de raison d'être qu'en ce qu'il flatte l'ego surdimensionné de l'avocat pénaliste, heureux de pouvoir exprimer son verbe séducteur et d'agiter les amples manches de sa robe face à un auditoire a priori plus réceptif et sensible à l'art oratoire que ne l'est ou ne pourrait l'être un juge professionnel.

Mais il s'agit-là d'une appréciation restrictive et rugueuse, peut-être empreinte d'une certaine jalousie, et incontestablement très éloignée de la réalité. Réduire en effet l'institution du jury à la seule satisfaction du narcissisme du plaideur ferait en effet fi de ce qui doit exclusivement préoccuper les gens de justice, magistrats et avocats, de quelque côté de la barre qu'ils se situent: l'intérêt du justiciable.

Le jury correspond assurément à la démocratie directe au sein de la justice. Et il faut se méfier de

l'arrogance du pouvoir, quel qu'il soit. Il importe de ne point tolérer l'allergie face au contrôle. Le jury populaire est précisément appelé à exercer un tel contrôle sur le pouvoir des juges.

La présomption d'innocence n'est pas uniquement un principe de droit. Elle est également, et certainement essentiellement, un état d'esprit. Il paraît évident – peut-être inhérent à la nature humaine – et l'expérience le démontre, qu'après un certain temps, le juge professionnel ne peut conserver, à tout le moins intact, cet état d'esprit. Le juré, juge d'un jour, ne court pas, pour sa part, a priori, le risque d'une telle évolution, incontestablement dommageable pour le justiciable et contraire aux fondements mêmes d'un système de droit démocratique. Il importe de se préserver de l'héritage de l'inquisition selon lequel on ne juge que des coupables.

Supprimer le jury revient à exclure le citoyen de la justice. Au terme de plus de cent soixante années de bons et loyaux services, le peuple serait congédié et mis à la porte du Palais de Justice.

Un tel verdict serait incontestablement constitutif d'une erreur judiciaire. Une grave erreur judiciaire.

UNE FORMATION À LA GESTION DES CONFLITS: OPPORTUNITÉ OU NÉCESSITÉ?

Me Nicolas Jeandin

L'avocat désireux de conseiller sérieusement son client ne peut – aujourd'hui – faire abstraction des perspectives offertes par les modes amiables de résolution des litiges (ADR). Certes, il convient de garder à l'esprit le recours aux voies «classiques» que sont celles de l'action en justice ou de l'arbitrage, lesquelles demeurent incontournables lorsque les parties ne se mettent pas au moins d'accord pour tenter de résoudre leur différend par une autre voie. Or ces voies existent, à l'instar de la médiation ou de la négociation. Le problème est que, bien souvent, les parties ne les envisagent pas, parfois par obstination, parfois par fierté, ou – pire encore – par ignorance.

C'est l'objet de la gestion des conflits que de déterminer le forum adéquat pour les résoudre, ce qui dépend des enjeux, des circonstances, et de l'étape chronologique dans laquelle se trouve le conflit. De fait, le déroulement du temps joue un rôle capital pour le choix des outils appropriés: on peut, par exemple, imaginer que le recours au juge soit la seule solution au stade initial de l'éclosion du conflit, puis que l'évolution des relations entre les parties rende approprié le recours à un mode amiable de résolution du litige, quitte à ce que les plaideurs retournent en découdre devant le juge en cas d'échec dans la recherche d'un accord. Cela explique la tendance moderne prévalant en procédure, consistant à permettre d'une part une circulation efficace du litige, d'autre part une consécration de la force exécutoire de la solution mise au point par les parties à l'issue d'un processus de résolution amiable abouti. A ce titre, la LPC genevoise fait œuvre de pionnier en Suisse en regard de la médiation civile (art. 71A à 71J LPC), une institution qui devrait être consacrée sur le plan fédéral par le Code de procédure civile suisse (art. 210 à 215 du Projet).

Ces changements à la fois législatifs et «culturels» – pour être pleinement efficaces – nécessitent une modification des schémas traditionnels de pensée de l'avocat appelé à assister son client aux prises à un litige, d'où l'importance de se former à la gestion des conflits et aux ADR. Du reste, il est significatif de constater que, de plus en plus souvent, les contrats du commerce international prévoient l'obligation pour les parties de se soumettre à une procédure de médiation en cas de conflit. Autre indice révélateur, et pour s'en tenir à notre Pays, un Règlement suisse de médiation commerciale des chambres de commerce suisses est entré en vigueur au premier avril 2007 (<https://www.sccam.org/sm/fr/rules.php>) avec la collaboration de la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG).

Pour ces motifs, l'Ordre des avocats soutient le projet pilote d'une formation prodiguée dans ce sens en faveur des avocats stagiaires et des jeunes avocats, tel qu'il sera mené à Genève pour la troisième fois entre janvier et mai 2009. Cette formation s'articule en cinq modules (quatre heures chacun, à raison d'un module par mois) comprenant exposé théorique, ateliers, exercices pratiques et «debriefing» dirigés par des spécialistes reconnus (auteurs d'ouvrages de référence, professeurs d'université, praticiens), abordant successivement les aspects suivants: introduction à la gestion des conflits et à la communication active, négociation raisonnée et coopérative, négociation facilitée (médiation), négociation dirigée (nouvelle conciliation judiciaire), liens entre médiation et arbitrage dans les différends issus du commerce international. Les deux premières éditions ont rencontré un vif succès auprès des avocats et avocats stagiaires qui y ont participé. La Commission d'examens du brevet d'avocat a en outre décidé que la participation à cette formation aurait la valeur de quatre conférences en faveur des avocats stagiaires l'ayant suivie, reconnaissant ainsi

le sérieux de l'entreprise qui se ponctuera par la remise d'un diplôme à ceux qui auront passé avec succès un examen ad hoc.

L'occasion ainsi donnée d'obtenir une formation de base à la gestion des conflits répond sans aucun doute à une nécessité: celle d'insuffler aux avocats de demain l'esprit d'ouverture leur permettant de contribuer à une résolution efficace des différends (de nature familiale, commerciale ou autre) auxquels se trouvent confrontés leurs clients.

CONFLIT D'INTÉRÊTS DE L'AVOCAT: PRÉSENTATION D'UNE DÉCISION RÉCENTE

Me Guy Vermeil

I. PRÉAMBULE

Il est présenté ici une décision prise en août 2008 concernant une requête de récusation d'un avocat de la partie adverse, au motif d'un prétendu conflit d'intérêts relatif à un mandat antérieur de l'associé de cet avocat.

Au-delà de la problématique spécifique au cas d'espèce, la présente décision décrit avec précision les diverses normes applicables en matière de conflit d'intérêts de l'avocat, leur portée ainsi que leur hiérarchie. Cette décision est conforme au droit fédéral régissant depuis 2002 la profession d'avocat, tout en tenant compte des règles déontologiques tant fédérales que cantonales, ainsi que de la jurisprudence abondante rendue principalement par l'Ordre des Avocats à l'aune de la déontologie cantonale.

Sur la base de ces différentes sources juridiques, et dans le respect de leur hiérarchie, la présente décision rappelle les critères aujourd'hui en vigueur permettant à l'avocat, et le cas échéant au Bâtonnier ou à l'autorité de surveillance, de déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts.

L'auteur résume ci-dessous les faits principaux, puis reproduit dans leur intégralité les considérants en droit de la décision.

II. RÉSUMÉ DES FAITS

Monsieur A est inculpé de gestion fautive (art. 165 CPS) dans le cadre de la faillite de la société B. Monsieur A est représenté par Me C et Me D, tous deux avocats de l'Etude E.

Un grand nombre de parties civiles sont représentées par Me F. Me X, associé de l'Etude Y s'est constitué aux côtés de Me F.

Les conseils de Monsieur A ont saisi le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Genève, alléguant une situation de conflit d'intérêts indiscutable et requérant qu'il soit fait interdiction à Me X d'intervenir aux côtés de Me F dans la procédure visée sous concerne.

Les requérants font valoir que Me Y, associé de Me X, a conseillé Monsieur A lors de la mise au point d'un important accord d'actionnaires liant les membres de la famille A. Cette activité de conseil a duré jusqu'en 1999. Me Y aurait, de par cette activité, acquis une connaissance étendue et quasi intime de Monsieur A et de ses affaires.

Me X a conclu au rejet de la demande faisant notamment valoir que Monsieur A n'a que ponctuellement consulté Me Y en 1999. Ce mandat a été bref, n'ayant pas dépassé trois mois tout au plus. Depuis lors, Monsieur A n'a plus jamais consulté Me Y ni aucun autre membre de son Etude. Me Y déclare n'avoir absolument pas gardé le souvenir de ce mandat. Me X n'a lui-même jamais rencontré Monsieur A ni n'a jamais eu accès à une quelconque information le concernant.

Les requérants ont répliqué et produit à l'appui de leurs conclusions initiales une décision de la Commission de discipline de l'Ordre des Avocats de Genève du 1^{er} novembre 2004. Ladite Commission a conclu qu'un avocat doit «refuser un mandat même lorsqu'il n'y a pas de conflit d'intérêt [...], du seul fait que son acceptation constituerait une violation de la relation de confiance nouée avec cet ancien client à l'occasion d'un précédent mandat.»

III. EN DROIT

Afin de déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts lié à des mandats antérieurs, il faut se référer aux sources juridiques suivantes:

– Art. 12 lit. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) qui prévoit que l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé.

Art. 13 LLCA qui prévoit l'obligation imprescriptible de l'avocat de préserver le secret professionnel.

Ces deux dispositions de la LLCA constituent les seules bases légales applicables en la matière.

– Art. 13 du Code suisse de déontologie de la Fédération Suisse des Avocats, qui prévoit que l'avocat n'accepte pas un nouveau mandat si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé, ou lorsque la connaissance des affaires d'un précédent client pourrait porter préjudice à ce dernier.

Cette norme déontologique privée a été émise en vue d'assurer une interprétation uniforme de la LLCA. Elle est d'ailleurs admise à ce titre par le Tribunal fédéral (Arrêt 2A.535/2005 du 17 février 2006, considérant 3.1).

– Art. 9 des Us et Coutumes de l'Ordre des Avocats de Genève qui prévoit que l'avocat ne doit pas représenter ni conseiller des parties ayant des intérêts divergents (al. 1), et que l'avocat doit s'abstenir de s'occuper de tous

les clients concernés lorsque surgit un conflit d'intérêts, lorsque le secret professionnel risque d'être violé, que son indépendance risque de ne plus être entière ou lorsque son devoir de fidélité l'impose (al. 3).

Cette disposition est de nature privée et n'a pas valeur légale *per se*. Elle s'applique toutefois aux membres de l'Ordre des Avocats de Genève par renvoi de l'art. 5 des statuts de l'Ordre.

Pour déterminer les critères d'existence d'un conflit d'intérêts, il convient d'examiner la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la Commission du Barreau et de l'Ordre des Avocats, basée sur les normes légales et déontologiques mentionnées *supra*.

Le Tribunal fédéral (arrêt 2A.535/2005 du 17 février 2006) se basant sur l'art. 12 lit. c LLCA, interprété conformément à l'art. 13 du Code suisse de déontologie, a jugé que les devoirs de l'avocat envers son mandant, dont l'interdiction du conflit d'intérêt, perdurent après la fin du mandat. L'avocat doit y veiller lorsqu'il assume un mandat contre un ancien client. La possibilité pour un avocat d'agir contre un ancien client s'apprécie à l'aune de la connexité et du degré d'identité entre l'objet de l'ancien mandat et celui du nouveau, de l'amplitude de l'activité déployée lors du premier mandat, de la relation de confiance avec l'ancien mandant, ainsi que du temps écoulé depuis la fin du premier mandat.

La Commission du Barreau retient comme critères d'existence d'un conflit d'intérêts la connexité entre l'activité passée et présente de l'avocat (décision du 29 juin 2006, causes 42/04 et 44/04, et décision du 10 octobre 2005, cause 34/05) ainsi que l'écoulement du temps (décision du 10 octobre 2005, cause 34/05).

L'Ordre des Avocats retient pour sa part comme critères le lien de connexité entre l'ancien et le nouveau mandat, la durée et l'importance de l'ancien mandat, le laps de temps qui s'est écoulé entre l'achèvement du premier mandat et l'acceptation du second (décision du 31 janvier 1994), ainsi que la question de savoir si l'avocat a été amené à bien connaître son client (décision du 12 octobre 1994).

Se basant sur la jurisprudence des autorités citées, il convient de retenir comme critères permettant de juger de la possibilité d'agir contre un ancien client:

- la connexité entre l'objet de l'ancien et du nouveau mandat;
- l'importance et la durée de l'activité déployée lors de l'ancien mandat;
- les connaissances que l'avocat a acquises sur son ancien mandant;
- la relation de confiance persistant avec l'ancien mandant;
- le laps de temps écoulé depuis la fin du premier mandat.

En l'espèce, les éléments de faits allégués par les requérants ne permettent pas d'établir un quelconque lien de connexité entre la procédure pénale actuellement en cours d'une part, et l'activité de conseil de Me Y auprès de Monsieur A en 1999 d'autre part, et ce, quelle que soit la connaissance éventuellement acquise par Me Y des affaires et de la fortune de Monsieur A.

En ce qui concerne l'importance et la durée de l'activité déployée lors du premier mandat, l'intervention de Me Y doit être qualifiée de brève et ponctuelle, dans la mesure où elle concernait une activité de conseil spécifique pour une courte durée.

Le laps de temps écoulé depuis la fin du premier mandat est important puisqu'il atteint pratiquement neuf ans.

Monsieur A n'ayant plus consulté Me Y ni aucun avocat de son Etude depuis la fin du premier mandat, soit depuis neuf ans, il n'existe pas actuellement de relation de confiance qui serait susceptible d'être violée.

En ce qui concerne la prétendue violation d'une relation de confiance ancienne, la question peut demeurer ouverte, puisqu'il ne s'agit là que d'un des critères en vigueur pour déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts. Ce critère, en l'absence de tout lien de connexité entre les mandats, n'est pas suffisant pour constater l'existence d'un tel conflit.

Quant à la décision citée par les requérants dans leur réplique (partie en fait point (8) supra), elle doit être revue à l'aune de la jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral (arrêt 2A.535/2005 du 17 février 2006) qui retient que la violation d'une relation de confiance n'est que l'un des critères d'existence d'un conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 lit. c LLCA. La violation d'une relation de confiance ne peut donc plus être considérée comme une cause suffisante et indépendante de récusation, en l'absence de tout conflit d'intérêts.

Enfin, en ce qui concerne la prétendue connaissance que Me Y et partant Me X auraient de la situation personnelle de Monsieur A, il faut noter que Me Y déclare n'avoir aucun souvenir du premier mandat, que le système informatique de son Etude n'en aurait gardé aucune trace et que le dossier physique ne serait plus en possession de ladite Etude.

Par conséquent, Me Y et à plus forte raison Me X ne disposent d'aucune connaissance au sujet de Monsieur A que Me X serait à même d'utiliser devant la Cour correctionnelle.

Compte tenu des critères dégagés par la jurisprudence, notamment de l'absence de connexité entre les deux affaires, ainsi que du laps de temps très long qui s'est écoulé depuis le mandat de Me Y, mandat qui était lui-même ponctuel et limité dans le temps, nous sommes d'avis que Me X ne se trouve pas en situation de conflit d'intérêts justifiant une cessation d'occuper.

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 4A 190/2008 DU 10 JUILLET 2008 RELATIF À LA CONNAISSANCE DE LA JURISPRUDENCE REQUISE DES AVOCATS

Me Guy Vermeil et Me Antoine Hamdan

I. INTRODUCTION

La première Cour de droit civil, sous la présidence du juge fédéral genevois Bernard Corboz, a rendu le 10 juillet 2008 un arrêt de principe (arrêt 4A_190/2008, en attente de publication au Recueil officiel) dans le cadre d'un recours en matière civile contre une décision de la Cour de justice du canton de Genève.

Cet arrêt fixe l'étendue de la connaissance de la jurisprudence requise des avocats, sous l'angle de leur responsabilité professionnelle. Le Tribunal fédéral retient que la publication d'un arrêt dans le Recueil officiel est en règle générale déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence. Ce n'est que si l'avocat ignore un principe juridique consacré par la jurisprudence publiée au Recueil officiel, qu'il viole son devoir de diligence et, partant, engage sa responsabilité. Il n'est en revanche pas tenu de prendre connaissance de tous les arrêts du Tribunal fédéral accessibles sur Internet ou publiés dans les nombreuses revues juridiques suisses. De même, on ne saurait reprocher à l'avocat sa méconnaissance d'un principe juridique reconnu par des arrêts cantonaux ou la doctrine, mais non consacré par la jurisprudence publiée par le Tribunal fédéral.

II. ETAT DE FAITS

Victime d'un accident de la circulation, un père de famille mandata un avocat genevois dans le but de conclure une convention d'indemnisation avec l'assurance responsabilité civile en cause. Cette convention fut conclue en décembre 2000, la victime reconnaissant avoir été complètement indemnisée de toutes les conséquences du sinistre et renonçant à toute réclamation envers quiconque.

Dans le courant de l'année 2003, le client se retourna contre son avocat, lui reprochant d'avoir omis d'invoquer, lors des pourparlers avec l'assurance, l'existence d'un dommage ménager. Il ouvrit action contre l'avocat en septembre 2006 devant le Tribunal de première instance du canton de Genève requérant paiement de CHF 499'426.40 à titre de dommages-intérêts correspondant au montant allégué du dommage ménager.

L'avocat s'opposa à la demande, exposant notamment que son client ne pouvait pas lui faire grief de n'avoir pas réclamé réparation du dommage ménager, compte tenu du fait qu'au moment des négociations avec l'assurance, soit en décembre 2000, aucune indemnité pour ce type de dommage n'avait jamais été accordée par la jurisprudence à un homme.

Le Tribunal de première instance, puis la Cour de justice déboutèrent entièrement le demandeur des fins de sa demande. La Cour de justice retint en substance que la règle tendant à la réparation du dommage ménager chez un homme victime de lésions corporelles n'était pas admise de façon générale par la doctrine et la jurisprudence en décembre 2000. Elle en déduisit qu'il n'était pas possible d'admettre que l'avocat ait enfreint son devoir de diligence en n'ayant pas envisagé de demander une indemnité pour ce poste de dommage.

Le demandeur forma recours contre cet arrêt de la Cour de justice auprès du Tribunal fédéral.

III. CONSIDÉRANTS EN DROIT

Le Tribunal fédéral expose d'abord les principes généraux applicables en matière de responsabilité de l'avocat. Il rappelle en particulier que, si l'avocat

est tenu à la bonne et fidèle exécution du mandat, il n'est par contre pas tenu à une obligation de résultat. C'est en effet aux parties de supporter les risques du procès et elles ne peuvent pas transférer ces risques sur les épaules de leur avocat. Le degré de diligence qui incombe à l'avocat ne doit pas se déterminer une fois pour toutes, mais en fonction des capacités, des connaissances techniques et des aptitudes propres de l'avocat que le mandant connaît ou aurait dû connaître (consid. 3.2.1). Ce sont donc les circonstances concrètes du cas d'espèce qui permettent de déterminer le degré de diligence requis de l'avocat.

Le Tribunal fédéral constate ensuite que le principe de l'indemnisation du préjudice ménager subi par un homme victime de lésions corporelles a été reconnu pour la première fois par un arrêt du 19 décembre 2002 publié au Recueil officiel (ATF 129 III 135, consid. 4.2.1).

Le Tribunal fédéral admet certes que des arrêts cantonaux ou divers articles juridiques aient pu prôner pareille indemnisation avant l'arrêt de principe du 19 décembre 2002. Il rappelle toutefois qu'il publie, en exécution de ses obligations légales, ses arrêts de principe au Recueil officiel. Il considère de plus qu'on ne peut pas exiger d'un avocat qu'il prenne connaissance de toute la jurisprudence fédérale accessible par Internet ou de tous les arrêts et articles publiés dans les nombreuses revues juridiques existant en Suisse. Partant, il pose la règle fondamentale selon laquelle c'est la publication au Recueil officiel qui, en règle générale, est déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence (consid. 3.2.3.3).

Ce n'est par conséquent que si l'avocat ignore un principe juridique consacré par la jurisprudence pu-

blée au Recueil officiel, qu'il viole son devoir de diligence et, partant, engage sa responsabilité professionnelle. On ne saurait donc reprocher à l'avocat sa méconnaissance d'un principe juridique, certes reconnu par des arrêts cantonaux, par la doctrine, ou par le Tribunal fédéral lui-même, mais qui n'a pas encore connu la consécration de sa publication au Recueil officiel.

Dans le cas d'espèce, l'indemnisation du dommage ménager pour un homme victime de lésions corporelles n'ayant été admise et publiée au Recueil officiel qu'en 2002, l'avocat n'a pas violé son obligation de diligence en ignorant cette problématique lors des négociations avec l'assurance en l'an 2000. Par conséquent, le Tribunal fédéral rejette le recours.

IV. REFLEXIONS CRITIQUES

Le Tribunal fédéral pose une règle claire et, à première vue, plutôt rassurante pour les avocats. Cette règle, bien que nécessaire pour clarifier l'étendue du devoir de diligence de l'avocat, semble toutefois se contenter d'exigences minimalistes en la matière. Il semble en effet délicat d'admettre qu'un avocat remplisse son mandat avec diligence s'il ne tient aucun compte des évolutions prônées par la doctrine, notamment par un ouvrage de référence ou par la doctrine majoritaire. Il en va de même s'il ignore la jurisprudence cantonale sur une question de droit qui n'a pas encore été tranchée par le TF.

De plus, cette règle rigide semble difficilement compatible avec le principe général, rappelé par le TF dans son arrêt, selon lequel le degré de diligence du mandataire doit se déterminer selon les circonstances concrètes du cas d'espèce.

Qu'en est-il également des avocats spécialisés dans un domaine particulier du droit? Cette nouvelle jurisprudence leur est-elle également applicable? Ne devrait-on pas au contraire considérer que leurs connaissances approfondies exigent un standard de diligence plus élevé, notamment en ce qui concerne leurs connaissances de la doctrine et de la jurisprudence, tant cantonale que fédérale, publiée ou non publiée?

Que retenir de cette jurisprudence dans les domaines très pointus du droit, où il n'existe que peu d'arrêts publiés au Recueil officiel, et où un seul arrêt non publié constitue parfois la source juridique principale sur laquelle repose tout un secteur d'activité économique?

Il convient enfin de se demander si le Tribunal fédéral ne cherche pas, par cet arrêt, à justifier le maintien de la distinction entre arrêts publiés et non publiés. En effet, avec la mise à disposition de tous les arrêts en ligne, la publication de certains arrêts au Recueil officiel semble avoir perdu de son sens, ce d'autant plus que les critères de distinction entre arrêts publiés et non publiés ne paraissent pas toujours évidents.

V. CONCLUSION

Le Tribunal fédéral a rendu une décision importante sur l'étendue du devoir de diligence de l'avocat, considérant que ce dernier n'est responsable que de la connaissance des arrêts de principe publiés au Recueil officiel.

On comprend toutefois mal à la lecture de l'arrêt comment cette règle rigide s'articule avec le principe général selon lequel le degré de diligence du mandataire se détermine en fonction des circons-

tances concrètes du cas d'espèce telles que l'étendue de ses aptitudes ou de ses connaissances techniques.

Il convient certes de fixer une limite au devoir de diligence de l'avocat. La portée de cette limite fixée par le Tribunal fédéral, de même que son caractère très général et absolu devront néanmoins être précisés à l'avenir, notamment en ce qui concerne les avocats spécialisés, ainsi que les domaines très pointus du droit ne connaissant que peu d'arrêts publiés. Il conviendra également de mieux déterminer les relations entre cette règle relative à la jurisprudence fédérale et l'étendue des connaissances requises de tout avocat diligent en matière de jurisprudence cantonale et de doctrine.

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 2C 85/2008 DU 24 SEPTEMBRE 2008

Me Fabio Spirgi et Me Sanda Bunaciu

Le 24 septembre 2008, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt (2C_85/2008) portant sur le marché intérieur et la libre circulation des avocats:

EN FAIT

Les autorités de 1^{ère} et 2^{ème} instance vaudoises, se basant sur la loi vaudoise sur la profession d'avocat («LPAv»), ont refusé que A soit inscrit au tableaux des avocats stagiaires. Leur décision reposait sur le fait que Me B, futur maître de stage de A, n'était pas, compte tenu de ses activités, au bénéfice d'au moins cinq ans de pratique judiciaire dans le canton de Vaud (art. 18 LPAv). Me B avait effectivement pratiqué plus de cinq ans mais essentiellement dans le canton de Genève.

A, Me B ainsi que la Commission de la concurrence ont interjeté un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre la décision de dernière instance cantonale.

EN DROIT

Le Tribunal fédéral a retenu:

1. Rapports entre la loi sur le marché intérieur («LMI») et la loi sur la libre circulation des avocats («LLCA»)

Dans la mesure où la LLCA laisse des compétences aux cantons, ceux-ci doivent légiférer dans le respect de la LLCA et de la LMI.

2. LPAv et LMI

L'art. 18 LPAv impose que le maître de stage soit au bénéfice de cinq ans de pratique dans le canton de Vaud.

Le Tribunal fédéral retient que l'art. 2 al. 4 LMI permet à l'avocat d'exercer sa profession dans un autre canton. Ainsi, Me B remplissant les conditions pour engager un stagiaire dans le canton de Genève, il aurait dû pouvoir faire de même dans le canton de Vaud. L'art. 18 LPAv s'y oppose, restreignant ainsi la liberté de l'avocat dans son accès au marché et dans l'organisation de son travail, soit notamment dans le choix de ses subordonnés.

Selon le Tribunal fédéral, une telle restriction n'est admissible que si les trois conditions cumulatives de l'art. 3 al. 1 LMI sont remplies:

- (1) L'art. 18 LPAv respecte l'art. 3 al. 1 let. a LMI (la restriction doit également s'appliquer aux offreurs locaux). En effet l'exigence de cinq ans de pratique dans le canton de Vaud s'applique tant aux avocats vaudois qu'aux avocats d'autres cantons.
- (2) Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'art. 18 LPAv respectait l'art. 3 al. 1 let b LMI (la restriction doit être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants). Il s'est demandé si l'exigence de cinq années de pratique dans le canton de Vaud était propre à préserver l'intérêt public prépondérant à ce que l'avocat qui engage un stagiaire puisse lui fournir une formation adéquate, in casu notamment en procédure vaudoise. En effet, un avocat peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation (art.4 LLCA).
- (3) L'art. 18 LPAv, tel qu'interprété par les juges cantonaux, viole l'art. 3 al. 1 let. c LMI (principe de proportionnalité). Selon

le Tribunal fédéral, la disproportion réside dans le fait que les cinq années de pratique doivent se dérouler dans le canton de Vaud. En effet, un avocat avec cinq années de pratique, même dans un autre canton, doit pouvoir rapidement maîtriser la procédure vaudoise. De plus Me B avait obtenu sa licence et son doctorat en droit ainsi que son brevet d'avocat dans le canton de Vaud, et après cinq années de pratique genevoise, il avait été réinscrit au registre des avocats vaudois.

Le Tribunal fédéral enfin a laissé ouverte la question de savoir si la décision attaquée violait également l'art. 3 al. 3 LMI (interdiction des barrières déguisées visant à favoriser des intérêts économiques locaux). En effet, l'art. 18 LPAV soumet les avocats non vaudois à un délai exagérément long avant de pouvoir engager un stagiaire, leur pratique hors du canton de Vaud n'étant pas prise en considération. De plus, selon le Tribunal fédéral, l'art 18 LPAV, tel qu'interprété par les instances vaudoises, contraint un avocat non vaudois à faire la preuve de son activité dans le canton de Vaud alors qu'une telle preuve n'est pas exigée des avocats vaudois, lesquels pourraient exercer la quasi totalité de leur activité dans un autre canton sans pour autant être restreints dans leur possibilité d'engager un stagiaire.

ADMISSION À L'ORDRE

SÉANCE D'ADMISSION DU 13 NOVEMBRE 2008

Avocats

Me Paul de BLASI
Me Benjamin HUMM
Me Philip LANDOLT
Me Caroline SCHNEIDER-TRIPET
Me Jacques PITTET
Me Hélène ZUFFEREY

Baker & McKenzie
Baker & McKenzie
Etude de Me Ph. Landolt
Lironi Aellen & Associés
Oberson Avocats
Etude de Me Hélène Zufferey

Avocats-stagiaires

Me Fatima BARBOSA
Me Nathalie BARZILAY
Me Adrian BEATI
Me Rabia BEN ALI
Me Caterina BERLINI
Me Jessy BERNHEIM
Me Alexandre BÖHLER
Me Dunia BRUNNER
Me Xavier-Marcel COPT
Me Yann CORBAZ
Me Sandra CREA CINA
Me Nicolas CUENDET
Me Sonia De LA FUENTE
Me Michael FISCHER
Me Charlotte FIVAZ
Me Guillaume FRANCIOLI
Me Laurence FRANCIOSOZ
Me Sofian GHEZALA
Me Nicolas GURTNER
Me Antoine HAMDAN
Me Vadim HARYCH
Me Nicolas HERREN
Me Ani HOMBERGER
Me Oriana JUBIN
Me Nathalie KARAM
Me Arnaud LONGET
Me Vincent MAITRE
Me Christine MARTIN
Me Aline MEIER

Ming Halpérin Burger & Inaudi
Perréard de Bocard Kohler Ador
Me Philippe Girod
Python & Peter
AH Legal
Cramer-Salamian
de preux + associés
Bär & Karrer
Canonica
Bonnant Warluzel
Borel & Barbey
Lenz & Staehelin
Tavernier Tschanz
Lenz & Staehelin
Grosjean Didisheim Manfrini Reich
Pestalozzi Lachenal Patry
Cour de Justice
Mentha & Associés
BCCC
Lenz & Staehelin
Schmidt Jatton & Associés
Pestalozzi Lachenal Patry
Fontanet & Associés
Bottge & Associés
Cour de Justice
Barillon Böhler
Perréard de Bocard Kohler Ador
Boillat & Zellweger
Bonnant Warluzel

Me Louis de MESTRAL
Me Christelle MEYER
Me Sélina MÜLLER
Me Léonard NACENTA
Me Céline PASTEUR
Me Michaël POSCIA
Me William RAPPARD
Me Andreia RIBEIRO
Me Yannick SCHWEIZER
Me Marie-Hélène SIMON
Me Félicia SOUMAH
Me Carol TISSOT
Me Isaura TRACCHIA
Me Sonia TUIL
Me Aurélien WITZIG

de preux + associés
R & R Avocats
Ming Halpérin Burger & Inaudi
MHSL
Nanchen & Mathey-Doret
Bürgisser Avocats
Notter Mégevand & Associés
Briner & Brunisholz
Schmidt Jatton & Associés
Stampfli & Gal
Tavernier Tschanz
Lalive Avocats
Etude Niklaus Bruttin & Associés
Python & Peter
Lenz & Staehelin