

Discours du Bâtonnier
prononcé lors du banquet annuel
du 22 mars 2002.

Mesdames, Messieurs,
Mes chers Confrères,

A la manière de Saint-Exupéry, il m'appartient de vous conter cette étrange histoire :

La huitième planète était celle de l'avocat. L'homme semblait malheureux et portait un regard brouillé vers une étoile qui ne brillait plus vraiment.

Le petit Prince s'assit sur la table et souffla un peu. Il avait déjà tant voyagé.

- D'où viens-tu ? lui demanda l'homme.
- Quel est ce gros livre ? dit le petit Prince. Que faites-vous ici ?
- Je suis avocat, dit l'homme et voilà le grand code des lois.
- Qu'est-ce que c'est un avocat ?
- On a dit que le premier homme qui défendit son semblable contre l'injustice, la violence ou la fraude, sous l'influence de la raison et de la parole, celui-là fut le premier avocat.

Le petit Prince demeura perplexe.

- Mais à quoi sers-tu ? demanda-t-il à l'avocat. Il n'y a d'autre Justice que la Justice juste qui s'impose simplement parce qu'elle est La Justice.
- Les choses sont plus compliquées que cela... commença l'avocat, mais il fut interrompu par le petit Prince.

- Comment imaginer, dit-il, que d'un affrontement, que d'une confrontation d'idées inconciliables puisse jaillir la Justice ?

Et qui es-tu, toi l'avocat, pour parler de la vérité alors que tu fais métier de ne l'approcher que par un chemin subjectif, partisan et parfois tortueux ?

L'homme demeura stupéfait.

SOMMAIRE

*Discours du Bâtonnier
prononcé lors du banquet
annuel du 22 mars 2002.*

*Allocution
de Mme Micheline SPOERRI,
conseillère d'Etat,
prononcée lors du banquet
annuel du 22 mars 2002 .*

*Note de jurisprudence:
Quelques réflexions sur la
responsabilité de l'avocat
par Me Benoît CHAPPUIS.*

*La signature électronique:
menaces et risques
par M. Stéphane VUILLE.*

*Note de jurisprudence:
Le secret professionnel de
l'avocat.*

*L'introduction d'un titre
d'avocat spécialisé FSA
par Me Pierre-Alain KILLIAS.*

Communications générales.

- Je te rappelle, poursuit le petit Prince, qu'en terre d'Utopie on rejette vigoureusement les avocats parce qu'ils traitent les affaires avec astuce, ou discutent captieusement les lois; chaque Utopien traite personnellement sa cause et loin des supercheries et des subterfuges on trouve la vérité sans difficultés.
- Je sais tout cela, dit l'avocat, mais sans nous la vérité ne serait qu'un marbre inanimé; il n'y a sans doute de Justice idéale que sur ta planète lointaine, et encore, je ne sais pas ce qu'en pensera ta rose lorsque ton mouton la menacera.

Le petit Prince se renfrogna. Il comprit que dès lors que la force cède devant le droit, il se crée des équilibres subtils, une justice imparfaite, fragile mais infiniment nécessaire.

Il posa sa main frêle sur l'épaule de l'avocat.

- Tu défendrais mon mouton même s'il mangeait ma rose ? demanda-t-il doucement.
- Je défendrais ton mouton, dit l'avocat, parce que toi même tu voudrais comprendre avant de juger et qu'on ne peut comprendre sans écouter.
- Je comprends, murmura le petit Prince.

L'avocat détourna son regard.

- Mais alors, pourquoi tant d'amertume ? reprit le petit Prince.

L'avocat soupira :

- Mon image est brisée, je n'ai plus la confiance des hommes...

Mes chers Confrères, qu'avons-nous donc fait, qu'ont-ils donc fait de notre image ?

Une haute estime accompagnait les avocats depuis des temps reculés, pour la dignité même de leur fonction. Notre présence était souhaitée, notre aide sublimée, nous étions les défenseurs des droits, les protecteurs, au plus noble des sens du terme.

Et voilà que peu à peu, l'imagerie populaire a fait de l'homme de loi un chasseur de syllabes, un charlatan des procès, un manipulateur de cabales, illusionniste du droit, orateur sournois, sybarite inutile, ou pour reprendre ces mots effrayants de Dostoïevski, une conscience prise en location.

Des maux de la terre, des manquements de la justice, des dérives sociales nous voilà désormais l'âme damnée.

Comment, mes chers Confrères, en est-on arrivé là ?

Au commencement était le verbe.

Maître, vous avez la parole, avait-on coutume de dire, on offrait l'espace du verbe, à la volée, sans retenue.

Pline Le Jeune, lorsqu'il siégeait, accordait toujours le maximum des clepsydres que demandaient les plaideurs parce qu'il estimait que la patience était la première des vertus dont un juge était redevable à sa conscience.

A Naples, en 1709, la durée de la défense était fixée à quatorze jours et l'on était d'avis qu'il valait mieux entendre des choses inutiles que de ne pas entendre l'essentiel.

Le pragmatisme froid de la justice chronométrée que l'on nous impose parfois aujourd'hui nous déconcerte d'autant plus qu'elle ne trouve pas d'écho dans la célérité des prononcés.

Au Palais de Justice de Paris il a quelques semaines les plus talentueux pénalistes de la ville ont délaissé pour un jour leurs grands dossiers et se sont relayés pour plaider – interminablement – la cause des sans grade dont le Tribunal des flagrants délits expédie habituellement le dossier et la destinée en quelques minutes.

Quel symbole ! dans cet instant de respiration, quelle puissance éblouissante dans ce flot de mots.

Car il faut hélas le constater, pour la parole de l'avocat l'heure est désormais au compte-gouttes, au raccourci, à l'abrégié, au télégraphique, c'est le prestissimo judiciaire des Palais de Justice modernes.

Ces mots éphémères qui parfois sauvent des vies sont rejetés dans les oubliettes du dérisoire.

La justice, elle, n'a rien gagné en efficacité puisque, dans une logique que connaissent bien les militaires, on ne se précipite que pour mieux attendre.

Au commencement étaient le verbe, la langue, le mot, l'expression : il faudra sans doute faire sans ces belles choses-là.

Mais pas sans le secret, pas sans la confiance, pas sans ce serment sacré dont d'aucuns cherchent aussi, mes chers Confrères, à nous dépouiller.

La loi des XII tables déjà proclamait que serait voué aux divinités de l'enfer le patronus, l'avocat qui trahirait son client.

La confiance que nous recueillons est d'essence sacrée et nous devons la préserver contre toutes les convoitises en

hommage à ces confrères qui ont payé de leur vie ou de leur liberté leur respect intransigeant du secret.

Or, mes chers Confrères, à l'instant même où je parle, au cœur même de l'Europe du droit, des policiers rôdent autour de nos études, des magistrats saisissent nos dossiers, des enquêteurs percent nos coffres-forts et des analystes sondent nos ordinateurs.

Dans une société qui prône une transparence de pacotille le secret professionnel de l'avocat – et demain sans doute celui de l'ecclésiastique – sont considérés par les inquisiteurs comme une entrave, un abcès à crever, pour tout dire une honte.

L'avocat administrateur et celui qui agit en tant qu'intermédiaire financier ont déjà été contraints de mettre un genou à terre.

Mais c'est maintenant au cœur du temple que s'attaquent quelques censeurs trop pressés de miner de l'intérieur la relation de confiance, le pacte sacré qui unit l'avocat et son client.

Obligation de dénoncer par-ci, devoir de contrôler par-là, on veut faire de nous, mes chers Confrères, les policiers de nos propres clients, de ceux qui hier encore pouvaient nous parler en confiance et, pourquoi pas, soulager leur conscience en nous regardant droit dans les yeux.

Non, le secret professionnel n'est ni une coquetterie d'intellectuels décadents, ni un commode moyen de refuser de répondre à des investigations judiciaires, ni un usage suranné de mandarins, inconscients de l'évolution de la société dans laquelle ils travaillent.

Absolu et d'ordre public, le secret s'impose en réalité comme une nécessité sociale parce que comme l'écrivait Maurice Garçon «(...) *ni l'avocat, ni le médecin, ni le prêtre, ne pourraient accomplir leurs missions si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable.*»

Alors, mes chers Confrères, pas de capitulation sous la pression de quelques politiciens obtus ou de quelques juges qui refusent de comprendre la portée de notre secret comme ils refusent d'ailleurs de saisir le sens de notre mission.

On ne transige pas avec le sacré !

Jugulé le verbe, rétréci le secret, que reste-t-il donc de ce métier d'avocat que Voltaire considérait comme le plus bel état du monde ?

De la considération de la part des autres acteurs du monde judiciaire, de l'estime au Palais, la reconnaissance du public, des justiciables ?

Rien de tout cela, je le crains.

Ils sont somme toute peu nombreux les magistrats qui feignent d'ignorer notre rôle essentiel et qui nous font comprendre, de gré ou de force, que nous dérangeons leur idéologie de justice au service de laquelle la contradiction n'a pas de place.

Ils sont peu nombreux mais leurs proclamations répétées, l'appui de certains chroniqueurs complaisants et quelques audacieux coups de force judiciaires leur ont permis inexorablement de ternir notre image et d'assombrir les relations constructives que par goût et par nécessité nous souhaitons entretenir avec la magistrature.

D'aucuns ont voulu créer un malaise profond et alimenter une mauvaise bataille de tranchée, ils ont hélas réussi !

Oh, nous ne devons pas vivre d'illusions non plus; voilà belle lurette que l'avocat suscite dans la cité une certaine méfiance et beaucoup d'incompréhension.

On est loin du temps où notre métier était considéré comme un privilège pour ceux qui l'exerçaient sur le Forum.

Pour injuste qu'elle est, l'avalanche d'épithètes injurieuses dont on nous affuble traditionnellement s'explique pour partie.

D'abord parce qu'il s'occupe des querelles et des délits, qui sont des formes du désordre, l'avocat se trouve en opposition permanente aux forces institutionnelles de l'appareil étatique.

Aux yeux de certains, l'homme de loi n'est donc rien d'autre qu'un fauteur de troubles, une sorte de révolutionnaire perpétuel.

Ensuite, le fait de défendre le pour et le contre selon les nécessités et les contingences semble une activité sophistiquée et inconvenante, peut-être même immorale, de toutes façons contraire à une attitude de fidélité envers ses convictions propres et donc peu susceptible d'être accueillie avec bienveillance.

Plutarque déjà ne critiquait-il pas sévèrement Démosthène pour avoir écrit un discours pour Apollodore contre Formione et un autre pour Formione contre Apollodore ?

Enfin, la satire populaire, mordante mais simpliste, a toujours besoin d'imputer la responsabilité, dérivant de lointaines causes collectives, à une personne déterminée.

Dans cette perspective, l'avocat fait, mes chers Confrères, un bouc émissaire rêvé !

Si les juges se trompent, c'est la ruse de l'avocat qui en est la cause; si les formalités du procès sont pleines de complications et de pièges, c'est par la faute de l'avocat sournois ; si la justice est rendue avec lenteur, c'est encore l'avocat et ses subterfuges.

Aux Etats-Unis, des condamnés à mort sont entassés devant les portes de l'abattoir; c'est parce qu'ils ont été mal défendus par des avocats, paresseux et notoirement incompétents, très subsidiairement seulement à cause du système judiciaire monstrueux qui légitime le supplice.

Déficit d'image, perte de confiance, nous voilà presque condamnés, mes chers Confrères, à l'existence solitaire d'un marginal.

C'est Maurice Garçon, encore lui, qui soulignait que notre profession se distingue de presque toutes les autres en ce que celui qui l'exerce doit, seul et dans le secret de sa conscience, prendre des résolutions lourdes de conséquences morales et dont il ne doit rendre compte qu'à lui-même.

Il n'est pas vraiment certain que notre rôle puisse être compris du grand public dans une approche abstraite; captif du chaos et combattant perpétuel l'avocat est peut-être condamné à n'être point aimé.

Mais ce qui est nouveau et inquiétant c'est qu'aujourd'hui certains magistrats, ceux-là même qui pratiquent la justice du spectacle, qui estiment devoir rendre des comptes à la vindicte populaire et qui jettent leur amertume à la face du monde en écrivant des livres, certains magistrats, disais-je, vouent les avocats

aux gémonies, collectivement, et exploitent la méfiance du public envers notre profession fragilisée.

Que ces juges là ne soient que quelques uns, issus pour la plupart du pénal, qu'ils soient assurés en toutes circonstances de l'impunité et qu'ils reçoivent ici et là le soutien de quelque politique, n'y change rien.

Distillé avec régularité à travers toute l'Europe des donneurs de leçons, le poison tue lentement mais il tue inexorablement, flétrissant au passage les échanges constructifs que nous souhaitons entretenir avec les magistrats heureusement nombreux qui ne considèrent pas qu'il faut rabaisser l'avocat pour élever la justice.

En d'autres termes, mes chers Confrères, qui respectent notre indépendance et notre probité.

Que n'a-t-on dit d'ailleurs sur l'indépendance de l'avocat qui ne doit courber l'échine ni devant son client ni devant le Pouvoir.

Encore moins devant le clergé, en ce siècle qui voit les Pontifes – honteux diktat – exhorter les avocats au refus de plaider quand la cause déplaît à l'Eglise.

Quel avocat impur que celui qui au nom de principes d'un autre monde et d'un autre siècle s'interdirait de prêter assistance à ceux dont le cœur meurtri et l'âme déchirée cherche dans la justice un peu d'écoute et de réconfort.

Il faut bien admettre toutefois que l'indépendance de l'avocat est aussi menacée de l'intérieur.

La globalisation des normes, la pression des coûts, la puissance

polymorphe des grands cabinets internationaux et le spectre de la concurrence transforment à la vitesse de l'éclair une profession réservée jusqu'ici à l'artisan.

Ces mutations profondes interviennent pour le meilleur et pour le pire; elles constituent assurément un défi nouveau pour l'indépendance de l'avocat et pour la sauvegarde de son secret.

L'émergence de conseillers en tous genres, qui ne sont pas des nôtres, mais envahissent notre marché, donne à certains d'entre nous le goût des mariages impurs.

On appelle cela la multidisciplinarité, brassage professionnel barbare, qui répond à des règles minimalistes parce que dénuées de toute ambition éthique.

Mes chers Confrères, nous pouvons avoir pour amis des fiduciaires, des comptables, des banquiers et des assureurs mais il ne saurait être question d'un mélange des genres.

C'est un faux débat que celui qui trop longtemps a divisé avocats judiciaires et avocats conseils, pénalistes et civilistes, grands cabinets et petites études, tenants du typique ou de l'atypique.

Il nous importe en réalité, mes chers Confrères, que seul l'avocat soit avocat et qu'il le soit seul !

Notre discipline repose sur un accord volontaire entre gens d'une même profession qui ont compris qu'ils sont liés par une solidarité d'honneur et que la faute d'un seul porte atteinte à tous les autres. Chacun agit seul mais est solidaire de l'ensemble sur le terrain de la probité et de la délicatesse.

Probité et délicatesse.

Ces valeurs doivent rester gravées sur le fronton du temple de l'avocature à l'heure où la société décline et, avec elle, la justice qu'elle secrète.

La bonne foi a déserté les relations entre les êtres humains et la confiance, dont Charles de Gaulle disait qu'elle exalte l'individu de caractère, ne gouverne plus le monde.

Un étrange devoir de mémoire s'est substitué au jugement de l'Histoire et la fatalité n'a plus de place dans le cœur des hommes.

Désormais un drame sans coupable est une mort sans deuil, les tribunaux se mondialisent et la Justice fréquente la rue où l'attend un public versatile de voyeurs vociférant.

Au nom d'une transparence dévoyée – ah! la commode justification – notre siècle célèbre la justice du spectacle que rythment les sifflets ou les applaudissements d'une opinion publique que nourrissent des médias avides de sensations.

Le droit se mesure en parts d'audience, on en veut pour son argent.

Au civil comme au pénal, le débat judiciaire donne lieu à sondage, sculpte le cours de la Bourse, suscite de dérisoires vocations d'écrivains.

On défend de moins en moins son bon droit mais on monnaie de plus en plus sa valeur de nuisance, expression sinistre qui consacre le recul du droit devant la force pure.

L'espoir du jugement – consécration suprême – a laissé la place à la peur du

procès; voici revenu le temps des chantages méprisables, le règne de l'émotif.

A qui la faute, me direz-vous ?

A l'opinion publique, aux juges, à la presse, aux avocats, à la société, à tout le monde, à personne, il importe peu en réalité.

Mes chers Confrères, le matériau que nous travaillons sur notre établi d'artisan, cette justice que passionnément nous contribuons à ciseler, a changé en profondeur et nous devons nous adapter, trouver notre place dans ce courant qui – c'est le moins qu'on puisse dire – n'incite pas à l'optimisme.

Ne cédon pas à la facilité, résistons aux tentations, préservons notre âme des dangers qui la menacent.

Sur la huitième planète, le petit Prince s'étira paresseusement.

Patiemment, il avait écouté le long monologue de l'avocat.

- Que voilà un discours partisan ! lâcha-t-il.
- Sans doute as-tu raison, répondit l'avocat.
- Ne dois-tu pas admettre, poursuivit le petit Prince, que tu portes ta part de responsabilité dans les dérives qu'avec conviction tu dénonces ?

Si la parole t'est retirée peu à peu n'est-ce pas aussi parce que tu en as abusé en sacrifiant parfois les exigences de la forme, la pureté de

la grammaire et la clarté des idées sur l'autel d'une prolixité débridée ?

N'est-ce pas aussi parce que certains des tiens le vendent au plus offrant que ce secret auquel je te vois si viscéralement attaché est aujourd'hui remis en cause ? Penses-tu vraiment que tu es au-dessus de la mêlée ?

L'avocat demeura pensif pendant quelques instants.

- Tout ce que tu dis est parfaitement vrai, dit-il.

J'ai sans doute l'orgueil de mon métier dont je pense sincèrement qu'il est le plus bel état du monde.

Sans armes, cette profession effraie la force, sans forces elle arrête la violence, sans appareil elle réduit le faste et la puissance en modestie et en crainte.

De la profession d'avocat, Fyot de la Marche écrivait en 1703 que la pauvreté la recherche comme son asile, l'honneur comme sa lumière, la vie même comme son ultime rempart.

Alors, petit bonhomme d'un autre monde, je te le concède mon discours était partisan.

Pour emporter ta conviction, j'ai fait l'avocat.

J'aime ce métier parce qu'il prend la pulsation de l'âme et touche au cœur de l'homme.

Je suis fier d'avoir été pour un soir l'avocat de l'avocat.

**ALLOCUTION DE
MME MICHELINE SPOERRI,
CONSEILLÈRE D'ETAT**

*Prononcée lors du banquet annuel du
22 mars 2002.*

Monsieur le Bâtonnier,
Mesdames et Messieurs les magistrats,
Mesdames et Messieurs les invités,
Mesdames et Messieurs les Avocats,

Je me présente devant vous ce soir sur citation de votre bâtonnier, pour répondre d'une infraction qui, pour relever du droit cantonal, n'en présente pas moins, m'a-t-il dit, un certain caractère de gravité, du moins aux yeux de votre auguste assemblée.

Il s'agit d'une infraction relativement rare, mais qui revêt un caractère cyclique marqué, puisqu'elle est commise tous les 4 ans à la même époque, jamais en bande, mais parfois par le même auteur.

Vous l'aurez compris, c'est mon accession à la fonction de ministre de la justice et, comme tel, ministre de tutelle du barreau qui me vaut cette incrimination.

Bien que, je le confesse, je n'exclue pas de récidiver le moment venu, j'avais l'intention de plaider le sursis devant vous. Me Alec Reymond m'en a dissuadée, m'expliquant que, dans mon cas, deux circonstances aggravantes de nature objective s'opposaient à ce qu'il me soit octroyé : la première ne pas être juriste et la seconde, encore plus grave paraît-il, être une femme.

A ce sujet, votre bâtonnier m'a cité, avec un sentiment de fierté qu'il avait du mal à dissimuler, tout pénaliste qu'il soit, l'exemple de son Ordre, l'Ordre des avocats, qui compte une proportion croissante de femmes - près d'un tiers aujourd'hui - et qui, en plus d'un siècle d'existence, a toujours réussi à éviter d'en élire une à sa tête. Même les

notaires, a-t-il ajouté à mi-voix, n'y sont pas parvenus, alors que dans leur Chambre, la proportion de femmes n'est pas aussi élevée.

Si je comparais en personne, sans avocat, c'est parce que votre bâtonnier a refusé de m'assister, - il m'a indiqué qu'il n'avait aucun goût pour les causes perdues d'avance - et m'a dissuadée de solliciter l'assistance juridique, au motif qu'elle me serait refusée en application d'une disposition du règlement topique, où il était question de «l'emploi de moyens manifestement mal fondés» et de «démarches que le justiciable ne soutiendrait pas à ses propres frais».

Voilà pourquoi je suis seule pour plaider ma cause et, à défaut de vous convaincre, il ne me reste que l'espoir d'arriver, peut-être, à vous séduire.

Je commencerai donc par vous dire combien j'apprécie cette prise de contact avec les membres du barreau de Genève.

Vous exercez une profession qui m'est chère à plus d'un titre et qui évoque en moi des souvenirs de jeunesse, liés à l'époque où j'étudiais le droit à l'Université. Même si après une année, j'ai décidé de changer d'orientation et d'embrasser une carrière scientifique, je suis toujours restée attachée à l'esprit d'indépendance, l'amour de la liberté et de la justice, le sens des responsabilités, individuelles et sociales, qui sont les valeurs que la profession d'avocat incarne par excellence.

Je sais, ayant parmi vous de précieuses amitiés, ce que votre profession requiert à la fois de force, d'humanisme, de disponibilité, souvent de totale dédicace aux autres.

J'entrevois la difficulté d'un métier pour lequel cette force est requise d'hommes et de femmes parfois fragilisés par la charge elle-même ou par les déconvenues de la vie.

C'est vous dire avec quelle gravité je reçois, en témoin, au nom du Conseil d'Etat, le serment remarquable que prêtent celles et ceux qui envisagent de suivre vos pas.

Je les entends s'engager solennellement, comme vous l'avez fait vous-mêmes, à exercer leur profession dans le respect des lois, bien sûr, mais aussi et surtout avec honneur, dignité, conscience, indépendance et humanité. Je les entends encore, dans un français patiné par les siècles, prendre l'engagement, toujours actuel, de ne point rebuter par des considérations qui leur soient personnelles, la cause du faible, de l'étranger et de l'opprimé.

Personnellement, je suis incapable de rester insensible à l'écoute de telles paroles et vous assure qu'à défaut d'être admise à prêter ce serment, j'entends bien m'en inspirer dans l'exercice du mandat que le peuple genevois m'a confié.

Comme vous le savez, j'ai repris le département à un moment difficile de son histoire. J'ai trouvé des hommes et des femmes compétents et animés par le désir de bien faire, mais parfois déstabilisés, voire meurtris, par les retombées de tous ordres de l'affaire, plus que largement médiatisée, des offices des poursuites et faillites.

Le premier objectif que je me suis assignée est de restaurer la confiance, aussi bien celle que les serveurs de l'Etat doivent avoir en eux que celle qu'ils doivent inspirer, tant au sein de l'Etat qu'à la population et aux mandataires que vous êtes.

Pour remplir sa tâche, une administration qui exerce des fonctions d'autorité doit savoir se faire respecter et, comme chacun le sait, le respect ne se décrète pas, il se gagne. Dans le cas des OPF, je dirais plus exactement qu'il se reconquiert.

Soyez persuadés qu'avec l'aide des collaborateurs en place et de toutes les compétences susceptibles d'être associées, je m'emploie à mener à bien cette reconquête, mais il faudra vaincre encore de nombreux obstacles pour remettre en selle cette administration. Cela prendra du temps et requerra de la patience et de la compréhension des utilisateurs des offices. Vous l'aurez compris, je compte aussi sur vous pour m'aider à gagner ce pari.

Cela étant, Mesdames et Messieurs, mon horizon - et le vôtre - ne se limite pas aux problèmes des OPF ou encore à la problématique de la sécurité de nos concitoyens, tâche lourde et complexe, mais combien motivante, qui constitue également pour moi une priorité, mais dont je ne vous entretiendrai pas ce soir.

Après avoir évoqué la résurrection des offices, je ne résiste pas au plaisir de vous annoncer une naissance imminente qui vous concerne cette fois-ci directement, puisqu'il s'agit de la nouvelle loi genevoise sur la profession d'avocat.

L'heureux événement est attendu pour la séance du Grand Conseil d'avril et le baptême est d'ores et déjà fixé. Il aura lieu en même temps que celui des Accords bilatéraux et celui de la loi sur la libre circulation des avocats, c'est-à-dire, vraisemblablement, dès le premier mai ou le premier juin prochains, selon les dernières informations reçues de la Confédération.

Je ne saurais trop vous inviter à prendre connaissance du faire-part de naissance dès qu'il sera publié dans la Feuille d'avis officielle, ne serait-ce que pour constater que, pour la première fois dans l'histoire de la République, l'Ordre des avocats apparaît dans une loi.

Il ne s'agit pas à proprement parler de l'officialisation de l'Ordre. Il s'agit, ni plus ni moins, de la reconnaissance à

l'Ordre des avocats de la qualité d'association des avocats du canton pour recourir contre les inscriptions au tableau des avocats, comme le prévoit la loi qui aménage votre libre circulation.

Si je vous parle du tableau et non du registre cantonal des avocats comme le voudrait le droit supérieur, c'est parce qu'à Genève, ce registre continuera de s'appeler tableau, grâce à l'intervention des députés Luscher et Halpérin, qui ont su convaincre une majorité des membres de la commission judiciaire du Grand Conseil de la nécessité de faire une entorse à la force dérogatoire du droit fédéral pour conserver cet acquis, dont vous mesurez certainement mieux que moi l'importance.

Au-delà de nos particularismes cantonaux, ou de ce qu'il en reste, il est frappant de constater qu'il aura fallu attendre la conclusion d'accords internationaux pour que la Confédération se décide enfin à faire tomber les barrières élevées par les cantons à l'exercice du barreau sur leur territoire.

Si elle ne l'avait pas fait, les avocats suisses auraient été exposés à une discrimination à rebours par rapport à leurs confrères des pays de l'Union européenne et de l'AELE, avec qui un accord similaire vient d'être conclu. Ces derniers vont en effet pouvoir pratiquer la représentation en justice dans tous les cantons sans être assujettis à un régime d'autorisations.

Vous ne l'ignorez pas, cette unification sera suivie par celle des procédures pénale et civile, qui facilitera grandement l'exercice de votre profession sur tout le territoire suisse.

Je suis convaincue que le barreau genevois saura tirer profit de cette ouverture aux barreaux des autres cantons et des pays qui nous entourent. Vous ne pouvez que vous réjouir à la

perspective de déployer sans entrave votre talent qui, vous en conviendrez sans peine, est bien trop grand pour rester confiné dans les limites étroites de nos frontières cantonales.

Cet espace judiciaire européen auquel vous allez accéder reste encore à créer pour les juges, ce n'est pas Monsieur le Procureur général qui me contredira, mais pour ces derniers le chemin est encore long et parsemé d'obstacles.

J'ai rencontré récemment les représentants de l'Association des magistrats du pouvoir judiciaire et notre échange m'a permis de constater que beaucoup de nos préoccupations se rejoignent.

Je les ai assurés de mon soutien, car j'estime que le principe de la séparation des pouvoirs, auquel je suis très attachée, ne dispense pas les pouvoirs de l'Etat de l'obligation de coopérer, dans l'intérêt bien compris de la population.

Mesdames et Messieurs, j'arrive au terme de ce bref tour d'horizon des sujets qui nous rapprochent. L'ultime que j'ai pu identifier depuis mon entrée en fonction, c'est un lien implicite entre votre profession et le mandat que mes collègues et moi exerçons.

Ce lien, entre vous et nous, c'est que nous sommes chaque jour à la recherche de l'équilibre entre ce que nous considérons être de l'intérêt individuel et que nous devons inscrire dans l'intérêt de notre communauté universelle. C'est de ce rapprochement permanent, tant attendu, que nous portons vous et nous responsabilité lorsque nous prenons une décision.

Je m'en voudrais d'allonger mon propos, alors que l'heure est à la détente et aux réjouissances. D'ailleurs, il est bien connu que lorsqu'une plaidoirie se prolonge, les juges se mettent à manifester des signes d'impatience. Je me garderai bien de vous pousser à une telle extrémité.

Mes derniers mots seront pour vous prier respectueusement de vous rappeler, avant de rendre votre verdict, l'indulgence dont font habituellement preuve les tribunaux lorsqu'ils ont devant eux un plaideur en personne.

Merci.

* * *

NOTE DE JURISPRUDENCE QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT

par Me Benoît CHAPPUIS.

Il paraît utile de porter à la connaissance des membres de l'Ordre et de commenter brièvement l'arrêt publié aux ATF 127 III 357. Cette décision a trait à la responsabilité contractuelle de l'avocat pour mauvaise exécution du mandat. Publiée en allemand et à notre connaissance non traduite dans les revues francophones de jurisprudence – ce qu'il faut déplorer – il en est proposé ci-après une traduction pour en faciliter l'accès aux juristes d'expression française.

Traduction de l'ATF 127 III 357 du 28 juin 2001*

«Célébré le 11 septembre 1970, le mariage du demandeur fut dissous par divorce le 9 décembre 1986. Le défendeur, à l'époque conseil du demandeur, rédigea une convention de divorce que le demandeur et son épouse, lesquels ne faisaient plus ménage commun, signèrent le 16 septembre 1986 et qui fut ratifiée par la suite par le tribunal. Cette convention prévoyait en particulier sous chiffres 2 et 3 une contribution d'entretien de CHF 400.- par mois (plus indexation), à verser pendant 8 ans dès l'entrée en force du jugement

de divorce, et fondée pour moitié sur l'art. 151 aCC et pour l'autre moitié sur l'art. 152 aCC. Le même jour, les époux signèrent une déclaration également rédigée par le défendeur, par laquelle l'épouse renonçait irrévocablement et définitivement à l'encaissement de la contribution d'entretien prévue sous chiffres 2 et 3 de la convention. Cette déclaration ne fut pas soumise à la ratification du tribunal. Le 8 septembre 1986 déjà, au cours d'un entretien personnel, le demandeur et son épouse avaient signé un document manuscrit confirmant leur accord quant à la fixation d'une pension «pro forma» d'un montant encore indéterminé et dont l'épouse renonçait à réclamer le versement. L'avocat, qui assistait à l'époque l'épouse, avait dans un premier temps exigé du défendeur le paiement d'une contribution d'entretien mensuelle de CHF 500.- pendant 10 ans dès l'entrée en force du jugement de divorce en indiquant qu'en cas de litige une pension beaucoup plus élevée serait due.

Alors qu'elle n'avait fait valoir aucune prétention auparavant, l'épouse entama des poursuites en 1995 contre le demandeur tendant au paiement de la pension des 8 dernières années (dans la mesure où elle n'était pas prescrite) pour un montant total de CHF 29'127.37. Le demandeur forma opposition et se fit à nouveau représenter par le défendeur. Le 1er février 1995, la mainlevée définitive de l'opposition fut prononcée. Sur appel du demandeur, la Cour d'appel du canton de Berne confirma le 6 juillet 1995 la décision de mainlevée, essentiellement au motif que la renonciation de l'épouse du demandeur au versement de la pension intervenue le 16 septembre 1986 n'était pas valable faute de ratification par le tribunal conformément à

l'art. 158 ch. 5 aCC et que l'épouse n'avait pas commis d'abus de droit en tardant à agir. Le 20 juillet 1995, le demandeur paya le montant en pour - suite.

Par demande du 5 mai 1997, le deman - deur a conclu à ce que le défendeur soit condamné à payer un montant à déterminer par le tribunal, mais dépassant la somme de CHF 33'000.- plus intérêts, du chef de sa responsabi - lité d'avocat. Le 21 septembre 1999, la présidente 6 du tribunal du cercle VIII de Berne-Laupen a rejeté l'action ; sur appel du demandeur, la Cour d'appel du canton de Berne a fait de même le 7 septembre 2000.

Le demandeur recourt en réforme au Tribunal fédéral en concluant à ce que le défendeur soit condamné au paie - ment de CHF 35'404.55 avec intérêts à 5 % dès le 4 novembre 1996. Le défen - deur conclut au rejet du recours. Le Tribunal Fédéral admet partielle - ment le recours.

Considérant en droit :

1.a) Comme l'ont admis à juste titre tant les instances cantonales que les parties, celles-ci sont liées par un contrat de mandat au sens des art. 394 ss CO (cf. ATF 117 II 563 consid. 2a).

b) En tant que mandataire, l'avocat assume une obligation de diligence et de fidélité, et il doit réparer le dommage causé au mandant s'il viole son obligation dans l'accom - plissement de son mandat (ATF 119 II 456 consid. 2, 249 consid. 3b). Il ne garantit toutefois pas le succès de son activité, mais promet que celle-ci sera conforme aux règles de l'art (ATF 117 II 563 consid. 2a). En outre, l'avocat

n'encourt pas de responsabilité pour les risques spécifiques liés à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un avis juridique. Il exerce dans cette mesure une activité risquée, ce dont il faut tenir compte du point de vue de la responsabilité. Il faut notamment relever qu'il ne répond pas de chaque mesure ou omission, dont il appert a poste - riori qu'elle aurait provoqué ou évité le dommage. Il appartient toujours aux parties de supporter le risque du procès, risque dont elles ne peuvent pas se décharger en invoquant la responsabilité de l'avocat.

c) L'art. 398 al. 1 CO renvoie pour la mesure de la diligence incombant au mandataire à celle du tra - vailleur dans le contrat de travail (art. 321e al. 2 CO). Ce renvoi ne signifie pas que le mandataire assume la même obligation de dili - gence que le travailleur, laquelle est moins stricte, mais que sa responsabilité est soumise aux mêmes règles. La mesure de la diligence se détermine ainsi par rapport aux capacités, aux connaissances professionnelles et aux qualifications du mandataire, dont le mandant a ou aurait dû avoir connaissance. La question de savoir si l'avocat a violé son obli - gation de diligence s'examine tou - jours au regard du cas concret. En outre, pour déterminer si l'avocat a violé son obligation ou non, il faut tenir compte à la fois du risque inhérent à l'activité de l'avocat et du fait que celui-ci dispose de compétences profes - sionnelles attestées par l'autorité.

d) Le devoir de fidélité oblige en parti - culier l'avocat à informer exhausti -

vement son mandant de la difficulté et des risques de l'affaire, de manière à ce que le mandant soit conscient du risque qu'il encourt (cf. Fellmann, Commentaire ber - nois, n° 412 ad art. 398 CO).

2.a) Le demandeur fait valoir pour l'es - sentiel que la Cour d'appel a mal interprété l'art. 398 CO en admet - tant que la renonciation du 16 sep - tembre 1986 était valable et que le défendeur n'avait donc pas violé son obligation de diligence.

b) Au moment de la conclusion de la convention de divorce (16 septembre 1986), l'art. 23 al. 2 aLAVS (RS 831.10) était encore en vigueur. Selon cette disposition, la femme divorcée était assimilée à une veuve après la mort de son ex-mari, si celui-ci était tenu de lui verser une contribution d'entretien et si le mariage avait duré au moins 10 ans. La Cour d'appel a constaté qu'il était conforme à la pratique alors en cours dans le canton de Berne en matière de divorce de prévoir dans la convention de divorce une pen - sion «pro forma» d'un montant modeste et d'une courte durée, afin de garantir le droit de l'épouse divorcée à une rente de veuve, alors même que celle-ci ne réclamait aucune contribution d'entretien ou qu'elle n'y avait pas droit. En contrepartie, l'épouse renonçait, par le biais d'une déclaration sépa - rée, à réclamer à son mari le paie - ment de la pension. Il n'était pas courant de soumettre cette déclara - tion de renonciation à la ratification du tribunal, lequel ne l'aurait de toute façon pas ratifiée pour d'évi - dentes raisons. Par ailleurs, il n'é - tait pas usuel de confirmer la renon - ciation après le divorce, dès lors

que sa validité était à l'époque généralement admise.

c) La Cour d'appel a constaté souve - rainement que le défendeur était parti du principe que la validité de la renonciation ne faisait aucun doute. Il convient d'examiner en pre - mier lieu si, ce faisant, le défendeur a violé l'obligation de diligence lui incombant en tant qu'avocat.

3.a) Dans le jugement attaqué, la Cour d'appel a considéré qu'en raison de l'art. 23 al. 2 aLAVS, le procédé choisi par le défendeur était courant dans le canton de Berne et parfaite - ment conforme à la pratique. De sa propre expérience d'ancien prési - dent d'un tribunal civil, le président (de la Cour d'appel) avait égale - ment connaissance de cette pra - tique. Ni lui-même, ni les témoins interrogés en première instance (un ancien président du tribunal civil de Berne, ainsi qu'un avocat bernois), pas plus que le défendeur, n'avaient douté à l'époque de la validité de la renonciation. Le fait que le défen - deur n'ait pas prévu dans la conven - tion de divorce une pension mini - male symbolique comme le voulait l'usage, mais une pension alimen - taire d'un montant plus élevé et d'une durée plus longue ne joue dès lors aucun rôle.

b) Cette opinion ne saurait être sui - vie. Une fois ratifiée par le juge selon l'art. 158 ch. 5 aCC, la convention de divorce fait partie intégrante du jugement de divorce, dont elle partage le sort juridique (jurisprudence constante du Tribunal fédéral depuis ATF 60 II 80 consid. 1 et 169 p. 170 ; dernie - rement : ATF 119 II 297 consid. 3 et 3b ; voir aussi ATF 121 III 393 consid. 5b, ainsi que la doctrine

dominante : Bühler/Spühler, Commentaire bernois, n° 172 ad art. 158 aCC). La convention de divorce ne relève alors plus du droit des obligations, à la différence de la transaction judiciaire (ATF 119 II 297 consid. 3 ; 105 II 166 consid. 1 p. 169 ; 60 II 80 consid. 1). Selon la jurisprudence constante, l'art. 158 ch. 5 aCC implique que, si elle n'est pas ratifiée par le juge, la convention conclue avant le divorce au sujet des effets accessoires ne déploie aucun effet juridique et ne lie plus les parties ; peu importe qu'elle concerne ou non des droits dont les parties ont la libre disposition dans le cadre de la liquidation du divorce (ATF 119 II 297 consid. 3b; 102 II 65 consid. 2). La ratification par le juge de la convention de divorce conclue par les parties est donc une condition de validité. Tous les accords non soumis à ratification sont nuls, indépendamment du point de savoir s'ils sont plus ou moins favorables que la convention soumise à ratification.

c) Pour lier les parties, la renonciation aurait dû intervenir, ou à tout le moins être confirmée, après l'entrée en force du jugement de divorce (Bühler/Spühler, Commentaire bernois, n° 166 ad art. 158 aCC). C'est en vain que le demandeur soutient que le défendeur aurait pu obtenir la confirmation ultérieure de la renonciation en menaçant de faire appel. L'appel du demandeur n'aurait de toute façon pas été recevable faute d'intérêt juridiquement protégé, puisque il avait obtenu le plein de ses conclusions dans le jugement de divorce. Cela étant, contrairement à l'avis du demandeur, le report du moment du jugement, qui

n'avait pas été envisagé par les parties, n'aurait rien changé à la nullité de la renonciation. En outre, d'un point de vue objectif, la responsabilité du défendeur ne saurait être engagée pour ne pas avoir obtenu de l'épouse du demandeur qu'elle confirme sa renonciation : il ne disposait en effet d'aucun moyen juridique pour ce faire, une telle confirmation ne dépendant que de la seule volonté de l'épouse.

d) En vertu de son devoir de diligence, l'avocat devait avoir connaissance de cette règle de droit claire, unanimement admise par la doctrine et la pratique et qui n'est donc pas sujette à interprétation (Fellmann, Commentaire bernois, n° 409 ad art. 398 CO). En méconnaissant la situation juridique claire en matière de contenu, de forme et d'effet obligatoire d'une convention de divorce, il faut admettre, contrairement à l'opinion de la Cour d'appel, que le défendeur a violé ses obligations au moment de la rédaction de la convention de divorce et de la déclaration de renonciation. Le fait que les juges eux-mêmes, ainsi que de nombreux avocats du canton de Berne, étaient persuadés, sur la base d'une pratique longue de plusieurs années, qu'une déclaration de renonciation émise avant le jugement de divorce était valable, ne lui est d'aucun secours. En vertu du principe *error iuris nocet*, celui qui ignore le droit ou qui croit agir conformément au droit n'est pas protégé. L'existence d'une pratique cantonale divergente ne justifie pas la méconnaissance du droit fédéral clair (cf. Fellmann, Commentaire bernois, n° 359 s. ad art. 398 CO, avec les références). En revanche, s'agissant de détermi-

ner s'il a violé son obligation de diligence, il est sans importance que le défendeur ait prévu dans la convention de divorce le versement d'une pension alimentaire mensuelle de CHF 400.- pendant 8 ans au lieu d'un montant unique de CHF 1'000.- ou d'une pension alimentaire symbolique de CHF 100.- par mois pendant une année, conformément à la «pratique bernoise» usuelle. Cette divergence par rapport à la «pratique bernoise» influence uniquement le montant du dommage.

e) Selon les constatations souveraines de la Cour d'appel, le défendeur a assuré au demandeur qu'il ne devrait pas payer la pension. On peut dès lors se dispenser d'examiner la question de savoir si le défendeur aurait échappé à sa responsabilité en informant suffisamment le demandeur de la nullité de la renonciation, de manière à lui faire supporter le risque de devoir payer la pension. En l'absence de toute information, le défendeur a de toute façon violé l'obligation de diligence qu'il assume en tant qu'avocat.

4.a) Pour sa décharge, le défendeur fait valoir que le demandeur a violé son devoir d'empêcher la survenance du dommage en refusant d'intenter une action en répétition.

b) Selon les constatations de fait de la Cour d'appel, le défendeur avait proposé au demandeur d'intenter un recours de droit public ou, avec «plus de chances», une action en répétition de l'indu au sens de l'art. 86 LP. Le défendeur n'était cependant pas disposé à assumer l'entier des coûts d'une nouvelle procédure,

comme l'exigeait le demandeur. Il avait toutefois proposé à ce dernier de rédiger le recours de droit public à ses frais, si le demandeur prenait en charge les émoluments de justice. Par lettre du 7 août 1995, sans être mandaté à ce titre, le défendeur avait déjà demandé à l'avocat de l'ex-épouse du demandeur, s'il renonçait à une tentative de conciliation dans le cadre de l'action en répétition de l'indu. Par la suite cependant, aucune autre démarche juridique ne fut entreprise dans cette voie.

c) La question de savoir si le refus du demandeur de mener un nouveau procès à ses frais constitue une violation de son devoir de diminuer le dommage est sans pertinence et peut dès lors rester ouverte. En effet, un recours de droit public contre la décision de mainlevée aurait été rejeté avec certitude; quant à une action en répétition de l'indu, elle aurait été vouée à l'échec avec une vraisemblance confinante à la certitude. Compte tenu de la nullité évidente de la renonciation, le demandeur n'aurait pu fonder son action en répétition de l'indu que sur l'art. 2 al. 2 CC en faisant valoir que son épouse agissait de façon contradictoire ou qu'elle était déchue de son droit de réclamer la pension alimentaire au motif qu'elle avait tardé à agir.

aa) Admettre un comportement contradictoire au moment de la déclaration de renonciation serait totalement incompatible avec la nullité complète de celle-ci faute de ratification par le juge et reviendrait à affaiblir de manière injustifiée la portée de l'art. 158 ch. 5 aCC, lequel protège la partie qui pourrait

être forcée à faire des concessions inéquitables dans le cadre du divorce (cf. ATF 119 II 297 consid. 3b ; 107 II 10 p. 13 ; 102 II 65 consid. 2 ; Bühler/Spühler, Commentaire bernois, n° 158 ad art. 158 aCC). Tout au plus pour-rait-on admettre un abus de droit pour cause de venire contra factum proprium, si l'épouse du demandeur connaissait, au moment de la déclaration de renonciation, la nullité de celle-ci et avait ainsi intentionnellement trompé son ex-mari sur sa véritable volonté, et si celui-ci ne connaissait pas ni ne devait connaître la nullité de la renonciation (cf. Merz, Commentaire bernois, n° 561 ad art. 2 CC). Puisque le demandeur était précisément assisté d'un avocat, on ne saurait retenir un abus de droit.

bb) En principe, on ne saurait admettre la déchéance du droit d'exercer une prétention dans le délai légal de prescription pour cause d'abus de droit que si des circonstances particulières font apparaître le fait de tarder à agir comme contraire aux règles de la bonne foi (cf. ATF 116 II 428 consid. 2 ; 94 II 37 consid. 6b-c). De telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Le créancier est libre de déterminer à quel moment il veut faire valoir sa prétention pendant les délais légaux de prescription et on ne saurait raccourcir ces délais par le détour de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 116 II 428 consid. 2 ; 94 II 37 consid. 6b et c ; Merz, Commentaire bernois, n° 513 ad art. 2 CC). Cela vaut avant tout, lorsqu'il s'agit d'un délai de prescription relativement court, comme en l'espèce (5 ans). Le Tribunal fédéral a toujours admis avec une grande retenue que l'inaction pro-

longée du titulaire du droit constituait une cause de déchéance et uniquement dans les cas où l'exercice du droit apparaissait en contradiction avec l'inaction antérieure. En outre, il s'agissait avant tout d'actions défensives ou en cessation de trouble dans les domaines du droit de la personnalité, de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle, dans lesquels la loi ne prévoit pas de délai de prescription ou de péremption, et dans des cas où le titulaire avait toléré une violation de ses droits pendant une longue période sans s'y opposer (cf. ATF 117 II 575 consid. 4 s. ; 94 II 37 consid. 6c ; 85 II 120 consid. 9 ; 79 II 305 consid. 2a ; Merz, Commentaire bernois, n° 515 à 539 ad art. 2 CC).

d) Le demandeur n'ayant pas violé son obligation d'empêcher la survenance du dommage, la responsabilité du défendeur reste engagée.

5.a) Selon l'art. 398 al. 2 CO en relation avec l'art. 97 CO, la responsabilité de l'avocat suppose la preuve d'un dommage et de son imputabilité objective. Il appartient au demandeur de prouver qu'il existe un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité – la violation de l'obligation de diligence – et le dommage invoqué. A cet égard, il faut se demander quel aurait été le cours des choses, en particulier quel aurait été l'état du patrimoine du mandant, si l'avocat n'avait pas violé son obligation. En revanche, il appartient au défendeur de prouver qu'il n'a pas commis de faute.

b) Le jugement attaqué ne contient aucune indication sur la question

du dommage et de son imputabilité. La cause doit par conséquent être renvoyée à l'instance cantonale pour qu'elle complète l'état de fait. Ainsi, pour autant que les règles de procédure relatives à l'allégation des faits et aux offres de preuves aient été respectées, la Cour d'appel devra déterminer si le divorce aurait également pu être prononcé si la convention de divorce avait prévu une pension moins élevée ou même aucune pension du tout, par exemple parce que l'épouse du demandeur disposait de moyens suffisants ou était indemnisée d'une autre façon, ou bien si le tribunal n'aurait pas ratifié une convention de divorce prévoyant une pension alimentaire d'un montant beaucoup plus bas, comme le défendeur l'invoque à nouveau dans sa réponse au recours en réforme. Selon les constatations de fait souveraines de la Cour d'appel, le demandeur et son épouse s'étaient mis d'accord le 8 septembre 1986 déjà lors d'un entretien personnel sur l'octroi d'une pension «pro forma» d'un montant encore indéterminé et sur la renonciation de l'épouse à cette pension. Le défendeur devrait alors prouver que le tribunal n'aurait pas ratifié une convention de divorce ne prévoyant pas de pension ou seulement une pension moins élevée, de sorte que le demandeur aurait supporté le risque qui s'est (en partie) concrétisé de devoir payer une pension, puisqu'une alternative plus favorable à la solution adoptée n'aurait pas été possible. Dans ce cas, le demandeur n'aurait subi aucun dommage.»

*Traduit par Me Phidias Ferrari

La décision du Tribunal fédéral n'apporte aucun bouleversement dans le droit de la responsabilité contractuelle

en général ni ne modifie les principes de la responsabilité du mandataire en particulier. Cela dit, elle met en lumière un certain nombre de principes et procède à des rappels dont il vaut la peine de se faire l'écho ici et de brièvement commenter. On peut ainsi faire les quelques remarques suivantes :

1. On sait qu'en qualité de mandataire l'avocat ne garantit pas un résultat mais qu'il est tenu à des obligations de diligence et de fidélité (sur la distinction non unanime entre les deux obligations, cf. Franz WERRO, Les conflits d'intérêts de l'avocat, in Droit suisse de l'avocat, Stämpfli Verlag, Berne 1998, p. 233, note 4). Explicitant la portée de cette règle, le Tribunal fédéral a énoncé le principe suivant: «l'avocat n'encourt pas de responsabilité pour les risques spécifiques liés à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un avis juridique. Il exerce dans cette mesure une activité risquée, ce dont il faut tenir compte du point de vue de la responsabilité. Il faut notamment relever qu'il ne répond pas de chaque mesure ou omission, dont il appert a posteriori qu'elle aurait provoqué ou évité le dommage. Il appartient toujours aux parties de supporter le risque du procès, risque dont elles ne peuvent pas se décharger en invoquant la responsabilité de l'avocat». Le risque du procès ne devient jamais celui de l'avocat mais reste celui du justiciable qui doit ainsi compter, particulièrement en matière de procédure judiciaire, avec la possibilité d'un échec. Que celui-ci survienne n'implique pas ipso facto la responsabilité de son avocat.

2. Le fait que le risque reste celui du client n'implique évidemment pas

que l'existence de ce risque soit sans influence sur la responsabilité de l'avocat. La tâche première de l'homme de loi consiste en effet à renseigner et à conseiller son client. Le Tribunal fédéral précise à cet égard : «*Le devoir de fidélité oblige en particulier l'avocat à informer exhaustivement son mandant de la difficulté et des risques de l'affaire, de manière à ce que le mandant soit conscient du risque qu'il encourt (cf. FELLMANN, Commentaire bernois, n° 412 ad art. 398 CO)*». Autrement dit, si le risque reste celui du client, l'une des tâches de son avocat consiste précisément à lui en faire mesurer l'étendue. On se souviendra que cette analyse jurisprudentielle trouve son exacte transcription dans nos Us et Coutumes qui, en leur article 9 al. 2, stipulent que l'avocat «*doit attirer l'attention du client sur les risques et les difficultés de la cause et ne peut ni ne doit garantir l'issue du litige. Il informe le client, dans la mesure du possible, des frais que le procès pourrait entraîner*». Il s'agit du devoir d'information, une problématique bien connue du droit médical qui, depuis de nombreuses années, en a développé l'analyse. On peut, pour avoir une présentation récente et quasi exhaustive de la question, se référer à l'ouvrage d'Antoine ROGGO, *Aufklärung des Patienten*, Stämpfli Verlag, Berne 2002, et plus particulièrement aux pages 75 et suivantes où une synthèse des bases et des conséquences juridiques de ce devoir est présentée. Si le principe du devoir d'information est assez aisé à énoncer, on relèvera en revanche que sa violation pose de délicates questions en matière de dommage et de lien de causalité. Il s'agira en effet de

mesurer les conséquences patrimoniales du comportement dont on pense que le client l'aurait adopté s'il avait été dûment informé par son mandataire des risques encourus. Il faut de surcroît garder à l'esprit qu'il faudra le plus souvent examiner les conséquences d'une omission, ce qui a des conséquences sur l'analyse du lien de causalité. A titre d'illustration de cette problématique en matière médicale, il est intéressant de se référer au dernier arrêt rendu par le Tribunal fédéral en la matière, le 27 novembre 2001, dans la cause 4C.229/2000, Z. contre Etat de Vaud, dans lequel il a été retenu ceci : «*Comme le manquement reproché au médecin consiste dans une omission, l'établissement du lien de causalité revient à se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait empêché la survenance du résultat dommageable (causalité hypothétique) (Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3e éd., Zurich 2000, § 3 no 35; Hausheer, op. cit., no 15.76). En cette matière, la jurisprudence n'exige pas une preuve stricte. Il suffit que le juge parvienne à la conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide pour un certain cours des événements (ATF 115 II 440 consid. 6a. p. 449 s.)*». Dans la cause présentement commentée, notre Haute Cour s'est exprimée comme suit au sujet de la responsabilité de l'avocat : «*il faut se demander quel aurait été le cours des choses, en particulier quel aurait été l'état du patrimoine du mandant, si l'avocat n'avait pas violé son obligation*». Et le Tribunal fédéral d'ajouter que cela consiste à «*déterminer si le divorce aurait également pu être*

prononcé si la convention de divorce avait prévu une pension moins élevée ou même aucune pension du tout, par exemple parce que l'épouse du demandeur disposait de moyens suffisants ou était indemniée d'une autre façon, ou bien si le tribunal n'aurait pas ratifié une convention de divorce prévoyant une pension alimentaire d'un montant beaucoup plus bas».

3. Pour que le devoir de diligence puisse s'exercer – notamment par le biais de la délivrance de l'information due au client – l'avocat doit connaître les règles juridiques régissant la matière dont il a la charge. Cela peut paraître relever de la tautologie que d'affirmer que l'avocat doit connaître le droit ! Il n'en est toutefois rien. Le Tribunal fédéral rappelle : «*En vertu de son devoir de diligence, l'avocat devait avoir connaissance de cette règle de droit claire, unanimement admise par la doctrine et la pratique et qui n'est donc pas sujette à interprétation (FELLMANN, Commentaire bernois, n° 409 ad art. 398 CO). En méconnaissant la situation juridique claire en matière de contenu, de forme et d'effet obligatoire d'une convention de divorce, il faut admettre, contrairement à l'opinion de la Cour d'appel, que le défendeur a violé ses obligations au moment de la rédaction de la convention de divorce et de la déclaration de renonciation*». La connaissance de la règle juridique claire implique la part de l'avocat un soin qui n'est de loin pas négligeable. Le Tribunal fédéral redit l'étendue de la diligence : «*La mesure de la diligence se détermine ainsi par rapport aux capacités, aux connaissances pro-*

fessionnelles et aux qualifications du mandataire, dont le mandant a ou aurait dû avoir connaissance. La question de savoir si l'avocat a violé son obligation de diligence s'examine toujours au regard du cas concret. En outre, pour déterminer si l'avocat a violé son obligation ou non, il faut tenir compte à la fois du risque inhérent à l'activité de l'avocat et du fait que celui-ci dispose de compétences professionnelles attestées par l'autorité». La reconnaissance par l'autorité de la compétence de l'avocat – par le brevet qu'elle délivre après l'examen du barreau – est source de responsabilité puisqu'elle indique au public que l'avocat a satisfait à un certain nombre d'obligations de formation qui le rendent apte à accomplir sa tâche. Le client sait ainsi pouvoir compter sur le fait que son mandataire dispose des connaissances professionnelles et des qualifications nécessaires pour mener à bien le mandat qu'il accepte. On admettra que, quelle que soit la branche du droit dans laquelle il accepte de donner une consultation ou de conduire une procédure, l'avocat devra au moins connaître toute «*règle de droit claire, unanimement admise par la doctrine et la pratique et qui n'est donc pas sujette à interprétation*». Autrement dit, l'avocat ne pourra invoquer sa propre incompétence, son ignorance ou son défaut de formation pour alléger sa responsabilité (cf. Walter FELLMANN, Commentaire bernois, n° 359 s. ad art. 398 CO). L'avocat n'est toutefois pas omniscient et il n'est aujourd'hui aucun praticien qui pourrait raisonnablement prétendre consulter dans tous les domaines du droit. Le développement de la

matière juridique, son internationalisation (songeons par exemple à l'influence du droit européen et au rôle croissant des conventions internationales) et la rapidité des réformes entreprises par les parlements fédéraux et cantonaux (révision du droit du divorce, révision du droit du bail, révision de la LAVS, révision du Code pénal, pour ne citer que quelques-uns des innombrables exemples actuels) transforment le maintien d'une connaissance sans faille de la loi et de la jurisprudence y relative en une tâche de plus en plus ardue. Il appartiendra donc à l'avocat, pour satisfaire aux exigences qui viennent d'être rappelées, de refuser les tâches qui sortent de son champ de connaissance. Ce constat, qui découle d'ailleurs du simple bon sens, doit nous conduire à considérer avec le plus grand sérieux les nécessités actuelles de la formation permanente, voire de la spécialisation dont l'opportunité est actuellement largement débattue devant la Fédération Suisse des Avocats.

4. Le mandataire ne doit pas, dans l'accomplissement de son mandat, se laisser guider par d'autres considérations que l'intérêt de son client (sur les influences susceptibles de mettre en péril ce devoir de loyauté, cf. Franz WERRO, op. cit., particulièrement p. 237 et suivantes). Il ne pourra ainsi invoquer une pratique largement répandue à laquelle il se serait conformé. En effet, une pratique généralisée mais contraire au droit ne constitue pas une circonstance que le mandataire peut invoquer pour rendre légitime le fait qu'il s'est affranchi, dans l'exécution de son mandat, des contraintes de la loi. Dans la cause

présentement discutée, le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit : *«Le fait que les juges eux-mêmes, ainsi que de nombreux avocats du canton de Berne, étaient persuadés, sur la base d'une pratique longue de plusieurs années, qu'une déclaration de renonciation émise avant le jugement de divorce était valable, ne lui est d'aucun secours. En vertu du principe error iuris nocet, celui qui ignore le droit ou qui croit agir conformément au droit n'est pas protégé. L'existence d'une pratique cantonale divergente ne justifie pas la méconnaissance du droit fédéral clair»*. Ce principe, en parfaite harmonie avec la jurisprudence constante du Tribunal fédéral relative à la portée des usages professionnels, doit nous amener à nous souvenir également du rôle que nos règles déontologiques sont appelées à jouer dans le système juridique. Elles ne sauraient en effet constituer un corps réglementaire contraignant l'avocat à adopter un comportement contraire au droit ou l'amenant à tenir compte d'autres principes que ceux concourant à la défense des intérêts de son client. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs clairement consacré ce principe en affirmant que *«les intérêts de son client tracent à l'avocat une limite aux devoirs dictés par la collégialité»* (ATF 105 II 149 = JT 1980 I 177, 182). Les principes énoncés dans la jurisprudence présentement commentée viendraient clairement invalider une telle conception de la déontologie. Dans ses décisions, le Conseil de l'Ordre a toujours été soucieux de respecter ce principe. On citera, à titre d'illustration, la décision publiée in *La lettre du Conseil*, n° 17, mars 1997, Ordre

des avocats de Genève, p. 4, dans laquelle le Conseil s'était exprimé comme suit : *«Il convient de rap-peler 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»*. Cette décision peut être comparée avec les Us et Coutumes du barreau de Lucerne qui énoncent de la même façon, en leur art. 37 al. 3, que *«die Kollegialität darf die Interessen des Klienten nicht beeinträchtigen»* (cf. Walter FELLMANN/Olivier SIDLER, *Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*, Stämpfli Verlag, Berne 1996). L'équilibre est certes délicat à trouver car le respect de principes déontologiques stricts, en ce qu'il assure une pratique harmonieuse et de bonne foi du barreau, est à n'en pas douter profitable à tous ceux des justiciables qui ont recours aux services d'un avocat. Il faut ainsi arbitrer des considéra-

tions qui peuvent prima facie paraître contradictoires, soit celles relatives au respect du bien commun et celles concernant les exigences concrètes du cas d'espèce (pour une analyse de ces questions, Benoît CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in *Droit suisse de l'avocat*, Stämpfli Verlag, Berne 1998, p. 127 et suivantes).

SIGNATURE ÉLECTRONIQUE: MENACES ET RISQUES

Par M. Stéphane VUILLE

La signature électronique reçoit depuis quelques temps une attention particulière de la part du législateur. La mise en œuvre des moyens technologiques permettant d'atteindre les objectifs fixés par les législations européenne et suisse n'est de loin pas simple. Cet article, en deux volets, explique dans un premier temps les principes de base de la signature électronique. Dans un second temps, il expose les risques découlant de leur application.

Le projet de loi fédérale sur la signature électronique (LFSéI, janvier 2001), suite à l'ordonnance du 12 avril 2000 (OSCert), définit la signature électronique comme étant «... des données électroniques qui sont jointes ou liées logiquement à d'autres données électroniques et qui permettent de contrôler l'intégrité de ces données et de les authentifier» (art. 3, let. a). L'esprit de la loi, sans entrer dans les détails, veut prévoir «... la reconnaissance de la signature électronique (digitale) dans les relations de droit privé en particulier» (Rapport explicatif LFSéI, janvier 2001, p. 5). L'article 3 du projet définit de fait la technologie à utiliser pour créer une signature électronique reconnue et son

cadre d'utilisation. Mais, comme par le passé, le développement d'une nouvelle technologie, par le manque de maturité des premières applications pratiques et par les changements sociaux et culturels qu'il induit, entraîne des risques qui ne sont au début pas totalement maîtrisés.

Les éléments principaux constituant une signature électronique (au sens restrictif du projet de loi LFSéI) sont : une paire de clés publique et privée, un certificat électronique, un fournisseur de services de certification et enfin un algorithme mathématique de cryptage. Dans un esprit de clarté, il est utile, avant d'aborder la problématique des risques, d'exposer brièvement les principes de base de la signature électronique.

Le cryptage est à la base de la signature électronique. Crypter un message consiste à le transformer en une suite de caractères inintelligibles à l'aide d'un algorithme mathématique et d'une clé de cryptage. La principale caractéristique d'un bon algorithme est bien sûr d'empêcher une personne indiscreète de capter le contenu du message original si elle n'en possède pas la clé. Dans le cas de la signature électronique, un type particulier de cryptage est utilisé : le cryptage à clés publique et privée. Selon ce système, une paire de clés est générée. L'une d'elles, privée, doit être gardée rigoureusement secrète par son propriétaire ; alors que l'autre, publique, peut être distribuée à n'importe qui. L'algorithme est conçu de telle façon qu'un message chiffré par l'une des clés ne peut être déchiffré que par l'autre. Ainsi, par exemple : Bob crypte un message destiné à Alice avec la clé publique d'Alice qui sera donc seule à pouvoir le déchiffrer à l'aide de sa propre clé privée.

Dans le cas de la signature électronique d'un document (ou de toute autre information électronique) on utilise ce système de manière différente. En simplifiant à l'extrême, signer un document revient à le chiffrer avec sa propre clé privée (en fait, dans les applications réelles, le document est d'abord transformé en une chaîne de caractères de longueur fixe avant d'être signé). Vérifier la signature d'un document implique simplement de la décrypter avec la clé publique du signataire. L'intégrité quant à elle est obtenue par comparaison de cette copie décryptée avec l'original.

Les techniques décrites plus haut permettent de vérifier qu'une signature électronique correspond à un document en particulier (intégrité par comparaison de la copie avec l'original) et que seule une clé privée précise a été utilisée (décryptage avec la clé publique correspondante). Cependant, pour authentifier la signature d'un contrat entre deux parties, il est aussi exigé de pouvoir identifier ces dernières. Il faut, autrement dit, pouvoir répondre à la question : est-ce que le document témoignant d'une transaction entre Alice et Bob a bien été signé par chacune des clés privées d'Alice et de Bob ? Il faut se rappeler qu'Alice et Bob ne se sont jamais rencontrés et, par conséquent, n'ont pu s'échanger une quelconque information permettant à Bob de vérifier la clé d'Alice et réciproquement. La raison d'être d'un fournisseur de services de certification est de procurer un mécanisme permettant à Bob (ou à d'autres personnes) d'associer l'identité d'Alice à sa clé publique. Pour se faire, Bob obtient du fournisseur de services de certification (appelé CA) un certificat électronique, qui n'est rien d'autre que la clé publique d'Alice signée par le CA.

Ainsi, en préalable de toute relation commerciale avec Bob, Alice se sera présentée en personne auprès d'un bureau du CA, afin de fournir les preuves de son identité ainsi que sa clé publique. Dans la pratique, elle communiquera cette dernière par l'intermédiaire d'un serveur Internet.

L'une des fonctions principales d'un fournisseur de services de certification est de rendre accessible en permanence la clé publique certifiée d'Alice. Bob doit en effet être en mesure de vérifier l'identité d'Alice à tout moment et depuis n'importe quel lieu dans le monde. Toutefois, malgré les divers contrôles de sécurité effectués par le CA, Alice peut avoir indûment obtenu le certificat d'une clé publique. Sa clé privée peut aussi avoir été volée ou encore Alice peut avoir fait un usage répréhensible de ses clés. Enfin, son certificat peut ne plus être valide, notamment si elle décède ou si le certificat n'est pas renouvelé (un certificat a en effet une validité limitée, à deux ans typiquement). Dans de tels cas, l'autorité de certification doit maintenir une liste de certificats révoqués. En conséquence, si Bob désire s'assurer que la signature d'Alice est valable, il doit non seulement vérifier l'identité associée à sa clé publique, mais aussi la validité du certificat. L'état actuel de la technologie rend ces diverses vérifications encore compliquées et peu aisées.

La cryptographie à clés publique et privée, le certificat électronique et la signature électronique trouvent de nombreuses applications dans le monde de l'Internet. En plus de la signature d'un contrat, la communication entre deux acteurs d'une transaction fera usage du cryptage s'ils désirent en garantir la confidentialité.

Enfin, dans un domaine bien plus important qu'il ne le paraît, les traces témoignant d'une transaction peuvent exiger un haut niveau de protection par signature électronique et/ou chiffrement. Par exemple, il pourrait être indispensable de pouvoir prouver à quelle date et quelle heure un accord de vente a été signé.

La première partie de cet article s'est attachée à expliquer les principes à la base de la signature électronique à clés publique et privée. Il est donc maintenant possible d'aborder la problématique des risques directement liés à l'utilisation de cette technologie. En se concentrant uniquement sur un usage malintentionné, ces risques se divisent en trois catégories principales :

- le contrat signé n'est pas celui que l'on croyait avoir signé ;
- la signature a été apposée avec une clé volée ;
- l'identité d'un des signataires est falsifiée.

Suscité par un besoin légitime d'identifier les partenaires d'une transaction effectuée par Internet, l'engouement pour la signature électronique ne doit toutefois pas faire oublier la différence essentielle avec son équivalent manuscrit. Pour ce dernier, une personne signant un document traditionnel appose sa signature en ayant un objet physique sous la main et devant les yeux. Dans le cas de la signature électronique, un ordinateur et tout un ensemble de programmes signent le document et non pas l'individu. Quelle assurance a donc ce dernier que l'ordinateur signe ce qu'il a vraiment l'intention de signer ? Comme expliqué plus bas, cette assurance n'est de loin pas facile à établir.

Qui plus est, certains spécialistes soutiennent que cela est impossible ! Il faut se rendre compte que les logiciels informatiques se composent souvent de plusieurs millions de lignes de codes. Les bogues sont donc inévitables. Par ailleurs, il ne peut être exclu qu'un logiciel soit modifié à l'insu de son utilisateur, afin de le détourner de son utilisation originale.

Comme déjà expliqué précédemment, la plupart des logiciels actuellement sur le marché de masse ne procurent que peu de fonctionnalités pour la vérification des certificats électroniques. De plus, même lorsque ces fonctionnalités existent, il faut également s'assurer que la connexion entre l'ordinateur vérifiant le certificat et le CA publiant l'original est absolument sécurisée. Il est en effet facile, par exemple, de détourner la communication avec le fournisseur de services de certification vers un serveur Internet différent. Ce dernier présentera alors un écran de vérification falsifié ayant comme seul but de mettre en confiance l'utilisateur crédule.

Dans une grande majorité d'applications, la clé privée est stockée dans une zone protégée du logiciel de navigation Internet (le «browser»). Son accès est contrôlé par un mot de passe. Malheureusement, la plupart d'entre nous choisissent un mot de passe dont il est facile de se rappeler, au détriment de la sécurité. Lorsque le mot de passe est compliqué, nous sommes tentés de le noter sur un morceau de papier, le rendant donc facilement accessible. Le marché met aussi à disposition de nombreux outils de recherche automatique de mot de passe. Ils utilisent les failles de sécurité des logiciels ou encore essaient systématiquement toutes les combinaisons possibles de caractères (cette technique est appelée en anglais «brute force attack»). Dans

les cas extrêmes, le mot de passe ou la clé privée elle-même, peuvent être obtenus par des méthodes techniques plus complexes comme l'écoute des télécommunications ou la création de programmes spécifiques capables d'exploiter les nombreux bogues des logiciels.

La catégorie de risques liés à la fausse identité est certainement moins due à la technologie qu'au problème de qualité et respect des procédures d'identification mises en place par le fournisseur de services de certification. Ce dernier est en effet le garant de l'identité du détenteur d'un certificat électronique qu'il émet. Sur ce point précis, les autorités portent clairement une grande responsabilité dans les domaines de la régulation et du contrôle. Un cas concret de ce type de risques est l'annonce faite en mars 2001 par Verisign que deux certificats avaient été délivrés à une personne prétendant frauduleusement être un employé de Microsoft. Le grand éditeur de logiciels a dû fournir rapidement une mise à jour de ses produits Internet, afin que ces faux certificats soient reconnus et signalés comme étant invalides. Il est également imaginable que certains Etats, peu scrupuleux, autorisent l'opération de fournisseurs délivrant des certificats électroniques certes valables sur le plan technique, mais pas du point de vue légal.

Il faut aussi rappeler que le fournisseur de services de certification, souvent un organisme privé, signe les certificats. Il a donc, pour ce faire, créé un couple de clés publique et privée (sous contrôle notarial). Si la clé privée était compromise, l'ensemble des certificats délivrés devrait donc être immédiatement révoqué. L'impact d'un tel accident de sécurité serait certainement fatal à la survie du fournisseur.

Comme déjà expliqué, il est primordial de protéger la clé privée contre le vol. La sécurité de la plupart des systèmes actuels ne repose que sur un mot de passe. La principale faiblesse est la qualité de ce dernier. Il est donc important que les éditeurs de logiciels sensibilisent l'utilisateur par une bonne documentation et des contraintes imposées lors de sa création (il doit être long d'au moins 8 caractères, contenir un mélange de lettres, chiffres et ponctuations, etc.). Certains programmes informatiques affichent un indice de qualité lors de sa définition. Toutefois, ce type de protection n'est d'aucune utilité s'il est possible d'introduire dans le système, à l'insu de son propriétaire, un logiciel permettant de capturer le mot de passe.

Il faut donc aussi intensifier l'usage des programmes de protection contre les virus informatiques et d'autres utilitaires permettant de prévenir toute modification du système. Enfin, un dispositif de sauvegarde des données et des applications permettra d'analyser (malheureusement a posteriori) la chaîne d'événements ayant conduit à la compromission de la clé secrète. Il est extrêmement difficile de tester la sécurité d'un programme informatique. La définition de standards techniques est nécessaire afin d'établir des bases pour la comparaison et l'évaluation des produits. Afin de mieux maîtriser le problème de bogues, l'industrie du logiciel devrait aussi considérer des méthodes de développement permettant de rendre les applications plus modulaires, d'en réduire la complexité et les interactions, ainsi que de standardiser les fonctionnalités de base.

En sécurité informatique, la notion d'identification forte repose sur l'utilisation d'au moins deux facteurs d'identification parmi quatre possibles,

c'est-à-dire ce qu'un individu sait (un mot de passe), *fait* (un signe), *est* (l'empreinte digitale d'un doigt, l'iris de l'œil ou la forme de la main) et *possède* (une carte magnétique ou à puce). Alors que le mot de passe présente les inconvénients déjà cités, le second facteur (le signe) est rarement utilisé. Ce sont donc sur les deux derniers que l'industrie devrait concentrer ses recherches dans les prochaines années.

La popularisation des technologies d'identification biométrique est porteuse d'espoir. Ces technologies représentent, notamment, le potentiel de renforcer le mot de passe par la comparaison des empreintes digitales, de la voix ou encore de l'iris de l'œil. Cependant, ces développements entraîneront aussi leur lot de risques. Par ailleurs, certaines techniques paraissent par nature invasives comme, par exemple, l'examen de l'œil par un rayon laser. Leur développement devra donc aussi tenir compte de la résistance opposée par les utilisateurs potentiels.

La possession d'un objet, comme facteur d'identification, est déjà bien répandue en particulier en Europe. Chacun possède au moins une carte bancaire ou une carte de crédit. Toutefois, la bande magnétique, encore couramment utilisée, est très (trop) facile à imiter. Son contenu peut être lu sans qu'aucune protection ne puisse l'empêcher. La carte à puce a pour but de répondre au besoin accru en sécurité dans ce domaine. Grâce à la miniaturisation toujours plus poussée des semi-conducteurs, il est possible aujourd'hui de munir cet objet d'une logique qui lui permet de réagir en cas d'accès non autorisé, par exemple en se bloquant ou même en s'autodétruisant. L'évolution de la technologie devrait rendre possible la mise au point de produits très résistants aux manipulations malveillantes. Il est toutefois illusoire d'imaginer la pos-

sibilité des rendre totalement sûrs. En effet, les malfaiteurs tirent aussi parti de cette évolution.

Le développement du commerce par Internet n'a attendu ni l'établissement de législations nationales, ni l'apparition d'hypothétiques technologies garantissant l'authenticité des transactions. Il est probable que de nombreux litiges apparaîtront. Ils exigeront l'intervention d'experts en technologies de l'information et d'investigateurs aptes à évoluer dans le «cyber espace». Mais une fois passé l'effet de la nouveauté, le bon sens des affaires aura probablement redéfini les processus d'échanges commerciaux.

* * *

NOTES JURISPRUDENCE LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Dans le cadre d'une procédure pénale, un juge d'instruction a rendu en novembre 2001 une ordonnance de perquisition et de saisie à l'encontre d'une grande société de la place. Dans ce contexte, il a été procédé à la saisie d'un dossier qui se trouvait auprès du service juridique de la société entre les mains d'un employé de celle-ci, titulaire du brevet d'avocat. Recourant contre cette mesure, la société visée a soutenu devant la Chambre d'Accusation que le dossier saisi – établi par son service juridique composé d'employés titulaires du brevet d'avocat – était en tout point identique au dossier qu'aurait pu constituer un avocat externe inscrit au tableau du Procureur général, ce qui entraînait comme conséquence qu'il était insaisissable en vertu des articles 321 CP et 47 CPP.

Par ordonnance du 22 février 2002, la Chambre d'Accusation a rejeté le recours en rappelant tout d'abord que

le droit fédéral institue un secret professionnel absolu de l'avocat, dont la violation est passible des peines prévues à l'article 321 CP. Cette règle est concrétisée, en droit cantonal genevois, par l'article 47 CPP, à teneur duquel les avocats ne peuvent être entendus comme témoins à moins d'avoir été déliés du secret professionnel (article 13 de la Loi genevoise sur la profession d'avocat ; ATF 117 I a 341 consid. 6 a/aa p. 348/349).

La Chambre d'Accusation se réfère ensuite à l'article 5 de la Loi sur la profession d'avocat (nul ne peut porter le titre d'avocat s'il n'est inscrit au tableau des avocats) pour conclure que les employés de la recourante, membres de son service juridique, même s'ils sont titulaires du brevet d'avocat, ne peuvent pas être considérés comme des avocats et, par conséquent, bénéficier de la protection instaurée aux articles 321 CP et 47 CPP.

L'ordonnance précise encore que l'admissibilité de l'interdiction du droit cantonal de l'exercice de la profession d'avocat (relevant du monopole) à ceux qui sont employés salariés d'une société ou d'une entreprise, a encore été récemment confirmée par le Tribunal fédéral (SJ 2001 I 381 ss).

Par ailleurs, le projet de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats prévoit l'exclusion des avocats salariés des registres des avocats (art. 2 et 8 LLCA).

Le Conseil de l'Ordre salue ce rappel péremptoire de quelques principes essentiels.

L'INTRODUCTION D'UN TITRE D'AVOCAT SPÉCIALISÉ FSA par Me Pierre-Alain KILLIAS.

L'assemblée des délégués de la Fédération suisse des avocats sera appelée à se prononcer, ce semestre encore, sur le principe de l'introduction du titre d'avocat spécialisé FSA.

Le projet de la FSA poursuit pour l'essentiel deux objectifs : faciliter le choix d'un avocat par le client à la recherche d'un spécialiste et améliorer la compétitivité des avocats sur le marché du conseil juridique. Ces objectifs correspondent à une double nécessité : répondre au besoin du client et du public et permettre aux avocats de regagner le marché du conseil juridique, aujourd'hui dominé par les fiduciaires, par les banques voire même par les assurances. Les études de marché qui ont été réalisées en Suisse démontrent que le client est de plus en plus à la recherche des services d'un spécialiste. Alors que ceux qui connaissent le marché sont en mesure d'identifier l'avocat spécialisé dans tel ou tel domaine, il n'en va pas nécessairement de même du public en général. Il incombe par conséquent aux avocats de répondre à ce besoin d'une manière ordonnée qui s'inscrive dans le cadre posé par la loi fédérale sur la libre circulation des avocats et d'éviter, autant que faire se peut, le développement d'une publicité sauvage et trompeuse.

Pour ce faire, il est indispensable de poser des critères objectifs qui permettent de justifier qu'un avocat puisse se prévaloir d'une spécialisation. C'est la voie que poursuit le projet de règlement de la FSA introduisant le titre d'avocat spécialisé. La FSA propose un concept ouvert dans lequel les domaines de spécialisation pourront être augmentés en fonction des besoins futurs des membres et des nécessités du marché.

Le projet d'avocat spécialisé a également pour objectif l'amélioration de la compétitivité de l'avocat spécialisé. Il a été constaté en Allemagne que l'acquisition du titre d'avocat spécialisé a un effet important, de l'ordre de 20%, sur l'augmentation du chiffre d'affaires.

L'amélioration de la compétitivité de l'avocat implique également que les jeunes avocats puissent bénéficier d'opportunités qui favorisent leur entrée sur le marché lucratif du conseil juridique et améliorer leur compétitivité vis-à-vis des autres prestataires de services de conseils juridiques, tels les banques, les assurances ou les fiduciaires.

Deux critiques sont fréquemment entendues en rapport avec ce projet : l'introduction du titre d'avocat spécialisé mettrait en péril l'existence de l'avocat généraliste et les seuls bénéficiaires seraient les «grandes» études d'avocats.

L'expérience allemande apporte la preuve que l'introduction du titre d'avocat spécialisé ne met pas en péril l'existence de l'avocat généraliste. En effet, si l'on considère les expériences vécues en Allemagne, seuls environ 12 pour cents des avocats allemands sont au bénéfice d'un titre d'avocat spécialisé, alors que ce titre a été introduit en Allemagne, il y a plus d'une décennie.

Il apparaît d'autre part que les clients sont davantage en confiance lorsque leur avocat s'adresse à un confrère spécialisé pour obtenir conseil sur des questions spécifiques auxquelles il n'est pas en mesure de répondre. Lorsque ce spécialiste est de surcroît au bénéfice d'un titre d'avocat spécialisé, ceci est très favorablement perçu par le client qui peut ainsi se fier à une donnée objective.

Les «grandes études» sont-elles les seules bénéficiaires de la mise en place de ce titre d'avocat spécialisé.

A cette question, il faut répondre par la négative. En effet, les «petites» études pourront tirer pleinement profit de la spécialisation des associés qui la composent et pourront encore mieux se positionner sur le marché du conseil juridique.

D'ailleurs, force est de reconnaître qu'en soi le seul fait de constater qu'un avocat dispose de connaissances approfondies tant théoriques, que pratiques dans un domaine de spécialisation ne saurait avoir pour conséquence de favoriser les «grandes études» au détriment des petites et moyennes études.

Cela étant, il est certain que la formulation des conditions d'obtention du titre d'avocat spécialisé peut avoir une incidence sur l'accès à ce titre.

C'est le lieu de rappeler que le règlement devra, ne serait-ce qu'au regard de la législation cartellaire, s'appuyer sur des critères objectifs pour déterminer si un avocat peut être considéré comme étant spécialiste dans un domaine. Dans cette perspective, l'exigence d'une importante expérience pratique préalable pourrait s'avérer problématique si elle devait créer une barrière à l'entrée sur le marché.

Le projet de règlement de la FSA répond largement à ce souci.

La FSA reste ouverte aux propositions d'aménagement du règlement d'avocat spécialisé FSA et appelle de ses vœux toutes les remarques et propositions que le projet suscite aujourd'hui.

En conclusion, il convient de rappeler que depuis trente ans nous constatons qu'une grande partie de l'activité de conseil juridique est assumée par des fiduciaires, des banques ou encore des assurances. Ces acteurs ne sont pas soumis aux mêmes restrictions en

matière de marketing que les avocats. L'introduction du titre d'avocat spécialisé FSA doit être considérée comme une première mesure destinée à permettre aux avocats de mieux se positionner sur le marché et de mieux se faire connaître du public.

Elle devra s'inscrire dans une réflexion plus large sur les moyens auxquels l'avocat doit pouvoir recourir pour se faire une place sur le marché du conseil juridique.

Il faut en conséquence appuyer l'initiative de la FSA qui constitue une première étape sur cette voie.

COMMUNICATIONS GÉNÉRALES:

1. Le traditionnel concours d'art oratoire a eu lieu le vendredi 1^{er} mars 2002, dans la salle de la Cour de Justice.

Il a couronné cette année quatre candidats:

- premiers prix (*ex-aequo*) :
Me Caroline Clemetson et
Me Raphaël Baeriswyl ;
- deuxième prix :
Me Oren Olivier Puder
- troisième prix :
Me Alexis Meleshko.

2. Madame la Présidente Christine Junod a fait savoir au Bâtonnier que la porte d'accès aux locaux de l'Instruction était trop souvent le théâtre d'inutiles incidents entre le personnel de la sécurité et les avocats.

Il est donc rappelé que la dispense d'identification est un privilège réservé aux avocats et qu'il importe en revanche aux clients de

ces derniers de se soumettre aux mesures de contrôle prescrites.

A cela s'ajoute qu'à certains moments de la journée, l'entrée de l'Instruction peut être momentanément engorgée, ce dont doit tenir compte l'avocat pour assurer sa présence ponctuelle aux audiences.

3. L'Université de Genève organise, conjointement avec Duke University (USA), du 7 juillet au 6 août 2002, des cours d'été à Genève.

Les sujets traités (uniquement en anglais) seront les suivants:

- Comparative Constitutional Systems: The Protection of Human Rights in Germany and the United States;
- Comparative Corporate Governance;
- International Environmental Law;
- International Trade Law and Policy;
- Introduction to American Law;
- War Crimes, Terrorism, and Crimes Against Humanity: The Content and Enforcement of International Criminal Law.

Dans le but de favoriser une approche comparative, les cours seront donnés par deux enseignants, à raison de deux semaines chacun. Il est cependant possible pour les membres du barreau de suivre un cours pendant quinze jours seulement.

Des informations complémentaires et formulaires d'inscription peuvent être obtenus auprès du Professeur Benedict Foëx ou sur le site internet www.law.duke.edu/internat/gnva.

4. La Commission du barreau a été renouvelée avec effet au 1^{er} mars 2002.

Sa composition est désormais la suivante:

Michel VALTICOS, Président
Laura JACQUEMOUD-ROSSARI, Vice-présidente
Jean-Marie CRETTEAZ, Membre du bureau
Gérard MONTAVON
Philippe NEYROUD
Christian REISER
Pierre HEINIGER
Christophe SOLIOZ

5. **Date à retenir :**
Journée des avocats suisses à Lausanne le 7 juin 2002.