

*E*ditorial du Bâtonnier

La procédure de consultation est lancée. Le 11 mars 2005, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police d'organiser la consultation relative à l'avant-projet de modification de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA). Elle prendra fin le 30 juin 2005.

Cette modification s'inscrit dans le cadre de la concrétisation de la Déclaration de Bologne qui a amorcé une réforme sans précédent de l'enseignement supérieur en Europe.

En matière de formation des avocats, la LLCA établit un standard fédéral minimum qui laisse une large latitude aux cantons. Ses trois exigences de base sont le stage d'un an minimum, un examen professionnel et un titre universitaire.

L'article 7 LLCA - ainsi que toutes les réglementations cantonales - exigent actuellement que les avocats soient titulaires d'une licence en droit délivrée par une université suisse. La LLCA modifiée posera comme condition à l'inscription à un registre cantonal des avocats d'être titulaire d'un master en droit. Par contre, le stage pourra être effectué par les titulaires d'un bachelors.

Dans son rapport explicatif, le Département fédéral de justice et police énumère sous chiffre 2.3. **la proposition de l'Ordre des avocats genevois** en ces termes:

"L'ordre des avocats genevois a par ailleurs fait part à l'Office fédéral de la

SOMMAIRE

Editorial du Bâtonnier

*L'avocat agent-payeur au sens de l'accord sur la fiscalité de l'épargne
par Me Michel Barbey*

Quel recours à Strasbourg dans des litiges privés?

*Problèmes de délimitation en matière de blanchiment et d'obligation de dénonciation en droit anglais
- article dans la RPS 122 vol.
par Me Jean-Cédric Michel,
membre du Conseil*

*Procédure pénale fédérale
par le Bâtonnier Alain Le Fort*

*Droit de réponse de l'Ordre des Avocats
par Me Jean-Cédric Michel,
membre du Conseil*

*Arrêt de la Cour de justice du 18 février 2005, pouvoir disciplinaire de Conseil de l'Ordre et LLCA
par le Bâtonnier Le Fort*

*Réforme de Bologne, modification de la LLCA
par Me Jean-Cédric Michel,
membre du Conseil*

*Troisième journée des juristes européens
par le Bâtonnier Alain Le Fort*

Composition de la Chambre des Huissiers

Admission à l'Ordre des Avocats du 3 février 2005

Dates à retenir

justice de ce qu'un nouveau modèle de formation pour les avocats genevois était à l'étude en collaboration avec l'Université de Genève. La nouveauté de ce modèle genevois consisterait à introduire, après le master, une formation complémentaire de six mois sanctionnée par un examen qui permettrait d'obtenir un "certificat d'aptitude à la profession d'avocat". Les personnes ayant réussi ce certificat pourraient alors accomplir un stage d'une année, suite auquel elles pourraient s'inscrire sans autre examen au registre cantonal. Ce nouveau modèle impliquerait une modification de l'art. 7, al. 1, let. B, LLCA, consistant en la suppression des mots "sanctionnés par". Pour l'ordre des avocats genevois, un tel modèle de formation présenterait l'avantage que les candidats au brevet cantonal d'avocat seraient fixés avant l'accomplissement du stage sur leurs capacités à exercer la profession et que les avocats souhaitant rejoindre l'économie privée ou l'administration n'auraient pas besoin d'effectuer le stage proprement dit. Ce modèle étant encore en discussion, nous n'en avons pas tenu compte dans le projet de révision".

L'Ordre des avocats a saisi l'occasion de la réforme de Bologne pour étudier avec la faculté de droit de l'Université de Genève les possibilités d'améliorer l'articulation entre la fin des études universitaires et le stage d'avocat afin d'éviter que la durée totale de la formation soit rallongée par l'exigence du master en droit.

Un cursus de l'ordre de sept ans et plus, non compris les diplômes post-grade, nous apparaît excessif et retarde sans justification réelle l'entrée du candidat dans la vie active.

Le modèle étudié par l'Université de Genève et l'Ordre des avocats, qui une

fois encore n'en est qu'au stade de discussions, a les caractéristiques suivantes:

- mettre en œuvre la réforme de Bologne sous forme d'un bachelor de trois ans et d'un master de 18 mois;
- regrouper dans un certificat complémentaire de six mois tous les cours actuellement dispensés pendant le stage (cours professionnels dispensés par l'Ordre des avocats et de procédure dispensés par des enseignants de l'université) et les compléter par des cours complémentaires spécifiques à la pratique de la profession d'avocat;
- confronter les candidats aux examens à l'issue de cette formation spécifique à la profession, elle-même dispensée à la suite du master, et éviter les conséquences parfois dramatiques d'échecs définitifs aux examens de brevet à la fin d'un cursus de plus de huit ans;
- décerner à l'issue de ces six mois un certificat intitulé "*Certificat d'accès/d'aptitude aux professions judiciaires/à la profession d'avocat*" ou autre expression équivalente;
- ceux qui souhaitent rejoindre l'économie privée ou le secteur public et qui ne se destinent pas à la profession d'avocat ou à la magistrature pourront le faire sur la base de ce certificat, sans avoir à accomplir le stage proprement dit. Aujourd'hui une majorité de candidats veulent accomplir le stage d'avocat que le marché du travail exige des juristes, alors qu'ils ne se destinent pas à la pratique du Barreau;
- ceux qui se destinent au contraire à l'exercice de la profession d'avocat

ou à la magistrature devront accomplir le stage, ramené au minimum d'un an prévu par la LLCA, à l'issue duquel ils obtiendront formellement, sans plus subir d'examen, le droit à leur inscription au Registre cantonal des avocats - et pourront jouir de la libre circulation instituée par le droit fédéral;

- le cursus est ainsi ramené à cinq ans pour ceux qui souhaitent obtenir le certificat de formation spécifique à la profession d'avocat après le master, puis se diriger vers l'économie privée ou l'administration, et à six ans pour ceux qui souhaitent pratiquer la profession d'avocat (ou plus tard de magistrat de l'ordre judiciaire) contre sept ans en moyenne à l'heure actuelle et près de huit ans en cas de statu quo.

Pour les études/maîtres de stage, ce modèle présente l'avantage de pouvoir compter sur des avocats-stagiaires déjà formés pour la pratique du barreau, préalablement sélectionnés et d'emblée plus efficaces. De plus, les avocats-stagiaires n'ont plus de cours ou d'examens intermédiaires. Enfin, si l'étude ou le maître de stage souhaite engager l'avocat-stagiaire comme collaborateur, il peut le faire le lendemain de son dernier jour de stage, sans qu'il soit nécessaire d'attendre six mois (ou parfois davantage en cas d'échec), pour lui permettre de préparer et passer ses examens de fin de stage.

Dans le cadre de premiers contacts, les autorités et milieux intéressés du canton de Genève ont réservé un accueil très favorable à ce projet. Le Conseil de la Fédération Suisse des Avocats s'est montré plus réservé, ne souhaitant pas à ce stade soutenir la proposition de notre Ordre sans toute-

fois s'opposer à ce qu'elle soit soumise à la procédure de consultation, ce qui est aujourd'hui chose faite.

En terme de calendrier, le projet de modification de la LLCA ne devrait passer devant les Chambres fédérales qu'en automne 2005 et entrer en vigueur au plus tôt en janvier 2006.

Ce n'est que lorsque le nouveau cadre législatif fédéral sera définitivement arrêté que nous pourrions finaliser un modèle de modification du cursus de la formation d'avocat à Genève, qui devra encore être entériné par le Grand Conseil sous forme d'une modification de notre loi cantonale sur la profession d'avocat.

Vous l'avez compris, la route est encore longue. Mais le sujet est suffisamment important pour qu'il mobilise la réflexion et l'engagement de tous ceux qui se préoccupent de la qualité de la formation des avocats à Genève, à commencer par votre Conseil. Il est essentiel de garder toutes les options ouvertes, et pourquoi pas d'en créer une nouvelle au détour de la modification de la LLCA.

L'AVOCAT AGENT PAYEUR AU SENS DE L'ACCORD SUR LA FISCALITE DE L'EPARGNE

par Me Michel Barbey

Généralités

Dans le cadre des Accords Bilatéraux II, la Suisse a conclu un accord avec l'Union Européenne ("UE") sur la fiscalité de l'épargne ("l'Accord"). Aux termes de l'Accord, la Suisse s'engage à introduire une retenue d'impôt de 15 % dès le 1^{er} juillet 2005, puis de

20% dès le 1^{er} juillet 2008 et enfin de 35% à compter du 1^{er} juillet 2011 sur tous les paiements d'intérêts faits à des personnes physiques résidant dans un Etat membre de l'UE.

Aux termes de l'Accord, la notion d'intérêts est relativement vaste et comprend tout aussi bien les intérêts directs versés sur certains investissements (dépôts fiduciaires, papiers monétaires de débiteurs étrangers, obligations, etc) que les intérêts indirects perçus par le biais d'investissements dans des fonds de placement ou portefeuilles collectifs internes de banques. Par contre, les intérêts soumis à un impôt anticipé suisse de 35% ne sont pas considérés comme des intérêts conformément à l'Accord.

La responsabilité de l'identification du résident européen, bénéficiaire effectif des intérêts, de la détermination de la quotité des intérêts et de la retenue d'impôt incombe à l'agent payeur.

Notion d'agent payeur

Si l'Accord vise avant tout les banques et les négociants en valeurs mobilières suisses, l'article 6 de l'Accord définit également comme agent payeur « *toute personne physique et morale résidant ou établie en Suisse ... qui, même à titre occasionnel, accepte, détient, investit ou transfère des actifs de tiers ou simplement paie des intérêts ou en attribue le paiement, dans le cadre de son activité* ». Le projet de Directives relatives à la fiscalité de l'épargne de l'UE émises par l'Administration fédérale des Contributions (les "Directives")¹ est même plus détaillé puisqu'il vise expressément les avocats qui, à titre habituel ou occasionnel, détiennent des avoirs productifs d'intérêts pour le compte de personnes

physiques bénéficiaires effectives résidant dans un Etat membre de l'UE, ou qui versent des intérêts sur des créances dont ils ne sont pas eux-mêmes débiteurs.

Obligations et responsabilités de l'agent payeur

La loi fédérale concernant l'accord avec la Communauté européenne relative à la fiscalité de l'épargne du 17 décembre 2004 (LFisE) définit les obligations d'un agent payeur comme suit:

1. L'agent payeur doit se faire inscrire auprès de l'AFC (Art. 3 LFisE);
2. Il doit prélever une retenue d'impôt sur le paiement d'intérêts au sens de l'Accord et transférer ces montants retenus avant le 31 mars de l'année suivante (Art. 4 et 5 LFisE); et
3. Au lieu d'effectuer une retenue et dans la mesure où le bénéficiaire effectif des intérêts l'y autorise, il doit déclarer les intérêts à l'AFC (Art. 6 LFisE).

La LFisE contient également des dispositions pénales pour sanctionner les agents payeurs qui ne respectent pas les obligations imposées par cette loi.

Ainsi, l'article 12 LFisE (*soustraction, violation de l'obligation de déclarer*) punit d'une amende CHF 250'000.- au plus, toute personne qui, intentionnellement, ne satisfait pas à son obligation de prélever une retenue d'impôt, alors que la simple négligence est punie d'une amende de CHF 100'000.- au plus.

¹ Le projet de Directives peut être consulté sur: www.estv.admin.ch/data/dvs/druck/euz/fue.pdf

L'avocat agent payeur

L'assujettissement de l'avocat en tant qu'agent payeur au sens de l'Accord étant un sujet relativement complexe, un résumé s'impose pour circonscrire ce problème. Ainsi, les questions auxquelles un avocat doit répondre pour déterminer si son activité dans une certaine situation est sujette à l'Accord sont les suivantes:

1. Il faut tout d'abord que le client de l'avocat soit une personne physique;
2. Il faut ensuite que le client soit résident dans un des vingt-cinq Etats membres de l'UE;
3. Troisièmement, il faut que le client soit le bénéficiaire effectif d'intérêts² payés par l'avocat au sens de l'Accord; et
4. Quatrièmement, il faut enfin que l'avocat soit un agent payeur au sens de l'Accord.

Les situations dans lesquelles un avocat peut être considéré comme un agent payeur au sens de l'Accord, sont principalement les suivantes :

1. L'avocat a conclu un contrat de fiducie avec son client et détient à titre fiduciaire des avoirs productifs d'intérêts au sens de l'Accord pour le compte de celui-ci;
2. L'avocat fait créditer des avoirs ou une provision d'un client sur un compte particulier de son étude et les avoirs sont productifs d'intérêts en faveur du client;
3. L'avocat agit en tant que dépositaire séquestre et les avoirs en dépôt sont productifs d'intérêts en faveur d'une personne physique résidant dans un Etat membre de l'UE;
4. L'avocat est trustee d'un trust dont le "Deed of Trust" impose au(x) trustee(s) de verser les revenus de

l'année du trust d'une manière bien déterminée ("Fixed Interest Trust").³

En revanche, si l'avocat est organe d'une société ou d'une fondation, fondé de procuration ou trustee d'un trust autre qu'un "Fixed Interest Trust", l'avocat n'est pas considéré comme un agent payeur.

Certaines situations délicates pourraient être rencontrées, en particulier concernant les deux types de mandats sous chiffres 2 et 3 ci-dessus. En effet, dans ces deux cas de figure la banque suisse auprès de laquelle ces avoirs auraient été déposés n'exercerait pas, à priori, également la fonction d'agent payeur au sens de l'Accord et ne procéderait ainsi pas d'elle-même à une retenue d'impôts.

Etre ou ne pas être ...

L'avocat serait dès lors bien inspiré de déterminer si, sur le principe, il souhaite devenir agent payeur au vu des responsabilités que cette fonction implique et ainsi de bien évaluer les quatre types de mandats décrits plus haut.

Si l'avocat ne souhaite pas devenir agent payeur, il pourrait tout simplement décider d'investir les avoirs qui lui sont confiés dans des investissements qui ne sont pas productifs d'intérêts au sens de l'Accord, par exemple des investissements productifs d'intérêts frappés de l'impôt anticipé suisse de 35 %.

² Pour la notion d'intérêt cf. la Directive de l'AFC Ch. 90 et ss.

³ A noter toutefois que les effets de l'Accord pour les trusts font encore l'objet de diverses discussions au sein de l'AFC et des milieux concernés.

QUEL RECOURS À STRASBOURG DANS DES LITIGES PRIVÉS? ¹

par Me Laurent Hirsch

La Convention Européenne des Droits de l'Homme² est invoquée de plus en plus souvent dans le cadre de procédures pénales ou administratives, mais moins fréquemment en matière civile. Traditionnellement, il n'y avait guère que l'article 6 (droit à un procès équitable) à invoquer à l'appui de griefs relatifs à la procédure. Plus récemment, ce sont les articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 10 (liberté d'expression) qui ont été invoqués dans des litiges opposant la presse à des célébrités.³

¹ Cette problématique faisait l'objet d'un séminaire qui a eu lieu à Fribourg le 11 novembre 2004, dont les travaux sont destinés à la publication. Je remercie, outre le professeur Franz Werro, organisateur de ce séminaire, les professeurs Michel Lévinet (professeur à l'Université de Montpellier) et Markus Schefer (professeur à l'Université de Bâle), qui ont traité de l'arrêt présenté ci-après et ont ainsi inspiré cette contribution.

² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, RS 0.101

³ Voir en particulier deux arrêts du 18 mai 2004 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans l'affaire *Plon c. France*, requête n° 58148/00 (interdiction d'un livre sur François Mitterrand), et dans l'affaire *von Hannover c. Allemagne*, requête n° 59320/00 (harcèlement de Caroline de Monaco par des paparazzi), publiés tous deux dans *Medialex 3/2004*, pp. 158ss, avec des remarques du professeur Denis Barrelet. Sur le dernier arrêt cité, voir également note du professeur Patrick Wachsmann, "Secrets petits et grands", *L'Europe des libertés*, 2004, p. 3 et article du professeur Michel Lévinet "Le droit au respect de l'image", in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH (Colloque de l'IDEDH des 26-27 novembre 2004)*, à paraître en 2005 aux Ed. Bruylant.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a rendu l'été dernier, dans un contexte complètement différent, un arrêt d'une portée plus générale, qui pourrait impliquer un certain contrôle par la Cour de l'application des dispositions légales et contractuelles de droit privé.⁴

1. Les faits et la procédure à Andorre

La testatrice, décédée à Andorre en 1949, laissant un fils et deux filles, avait, par un testament de 1939, institué son fils Francesc-Xavier héritier fiduciaire et stipulé que ce dernier devrait transmettre la succession "à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique". Francesc-Xavier, décédé en 1996, avait transmis la succession de sa mère à son fils adoptif, Antoni Pla Puncernau.

Deux arrière-petites-filles de la testatrice (descendantes d'une fille de la testatrice) ont ouvert action devant les tribunaux d'Andorre pour faire constater que la transmission de la succession par Francesc-Xavier à son fils adoptif Antoni n'était pas conforme au testament de la testatrice. La question à trancher, par voie d'interprétation de la clause testamentaire de 1939⁵, était celle de savoir si le fils adoptif était inclus ou exclu de la clause stipulée par la testatrice en faveur d'un fils ou petit-fils "d'un mariage légitime et canonique".

Le tribunal de première instance a rejeté l'action des arrière-petites-filles, considérant que la testatrice

⁴ Affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*, requête n° 69498/01, arrêt du 13 juillet 2004.

n'avait pas voulu exclure les enfants adoptifs. La juridiction d'appel a annulé ce jugement et donné raison aux arrière-petites-filles, considérant que la testatrice n'avait pas voulu inclure les enfants adoptifs.⁶

Le fils adoptif a encore déposé trois recours, devant la juridiction d'appel et le Tribunal constitutionnel, qui ont été rejetés.⁷ Suite à son échec définitif devant les tribunaux d'Andorre, il a formé une requête contre la principauté d'Andorre devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

2. Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Par son arrêt du 13 juillet 2004, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a donné raison au fils adoptif requérant, par cinq voix contre deux⁸, considérant qu'il y avait eu violation de l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale).

Dans les affaires examinées jusque là par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il s'agissait de se

prononcer sur la conformité à la Convention Européenne des Droits de l'Homme des dispositions légales régissant les cas de successions ab intestat et non de clauses testamentaires.⁹ Cet arrêt est ainsi très parti-

⁶ On constate que, à défaut de pouvoir déterminer clairement ce que voulait la testatrice, les juges des deux juridictions ont plutôt tendance à déterminer ce qu'elle ne voulait pas.

⁷ Le considérant suivant du Tribunal constitutionnel andorran montre bien le raisonnement traditionnel selon lequel la question de la conformité aux principes constitutionnels et aux droits de l'homme ne devrait pas se poser dans un tel cas:

"Le Tribunal supérieur de justice n'affirme à aucun moment l'existence générale d'une discrimination ou inégalité entre les enfants selon qu'ils soient biologiques ou adoptifs. Il est évident qu'une telle déclaration violerait de manière frontale l'article 13.3 de la Constitution et, d'autre part, serait contraire à l'opinion dominante selon laquelle l'ordre juridique doit toujours être interprété, et qui veut que tous les enfants soient égaux indépendamment de leur origine. En revanche, comme le soutient en substance le ministère public, «la discrimination vis-à-vis des enfants adoptifs par rapport aux enfants biologiques ne découle pas, dans le cas présent, d'un acte des pouvoirs publics, concrètement du jugement de la chambre civile du Tribunal supérieur de justice, mais de la volonté de la testatrice ou disposant (fideicomitente) qui régit la succession testamentaire», en vertu du principe de la liberté de tester, manifestation concrète du principe général de la liberté civile.

Dans son jugement, le Tribunal supérieur de justice se limite à interpréter une clause testamentaire. A cet effet, il a procédé avec les moyens de la technique juridique qu'il a estimés adéquats et dans le cadre de sa compétence exclusive, dès lors que l'interprétation des actes juridiques est une question de fait qui, en tant que telle, constitue une matière réservée à la juridiction ordinaire." (cité au considérant 20 de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme)

⁸ Les deux juges opposés à la solution de l'arrêt (dont le juge britannique, président de la section) ont rédigé des opinions dissidentes qui sont jointes à l'arrêt et dont la lecture éclaire la portée de l'arrêt.

⁵ 60 ans après, l'interprétation est relativement périlleuse; les sociologues pourraient se pencher sur la question de savoir dans quelle mesure les juges nationaux, quand bien même ils indiquent devoir considérer la situation de l'époque, sont influencés par l'évolution des mentalités depuis plus d'un demi-siècle. Dans son arrêt, la Cour Européenne des Droits de l'Homme estime que «en présence d'un intervalle de temps aussi long [...] le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités», ce qui conduit les commentateurs à constater que cet arrêt consacre une méthode d'interprétation évolutive, «qui retirerait son caractère prioritaire à l'analyse de la volonté interne» (professeur Marguénaud, chronique citée à la note 17).

culier, en ce sens que la discrimination dont se plaignait le requérant ne découlait pas d'une réglementation étatique, mais de l'interprétation judiciaire d'un acte privé.

En outre, il est admis que la testatrice était libre de discriminer un enfant adoptif¹⁰, mais les juges d'Andorre encourent le reproche d'avoir admis une volonté de discriminer sans base suffisante (preuve d'un fait ou raisonnement juridique). La Cour Européenne des Droits de l'Homme revoit ici, dans le cadre d'une discrimination privée, l'interprétation faite par les tribunaux nationaux d'actes privés.

Un considérant topique dans la décision du cas d'espèce montre bien de quelle manière la Cour se penche directement sur l'interprétation de la clause testamentaire :

"58. En l'espèce, la Cour constate que le caractère légitime et canonique du mariage du père du requé-

⁹ Voir considérant 43 de l'arrêt, avec des références notamment aux arrêts *Marckx c. Belgique*, affaire n° 6833/74, arrêt du 13 juin 1979; *Vermeire c. Belgique*, affaire n° 12849/87, arrêt du 29 novembre 1991; *Inze c. Autriche*, affaire n° 8695/79, arrêt du 28 octobre 1987 et *Mazurek c. France*, requête n° 34406/97, arrêt du 1er février 2000. Sur cette problématique, voir (entre autres) F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2° éd., 2004, n° 42 et 44. Voir encore, pour un exemple plus récent de cette jurisprudence classique, arrêt *Merger et Cros c. France*, requête n° 68864/01, arrêt du 22 décembre 2004.

¹⁰ Voir en particulier le considérant 57 de l'arrêt, où la Cour estime qu' *"aucune question touchant à la libre volonté de la testatrice n'est en cause en l'espèce."*

rant ne prête pas à discussion. Ne reste donc que la question de dire si la notion de «fils» insérée dans le testament par Carolina Pujol concernait seulement les fils biologiques, comme le soutient le Tribunal supérieur de justice. La Cour ne peut suivre dans cette conclusion la juridiction d'appel andorrane. En effet, la lecture du testament ne permet pas de déduire que la testatrice souhaitait exclure du bénéfice de la succession un éventuel petit-fils adoptif. La Cour conçoit qu'elle aurait pu le faire ; puisqu'elle ne l'a pas fait, l'unique conclusion possible et logique est qu'elle n'a pas souhaité le faire.

L'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice de la clause testamentaire consistant à attribuer à la testatrice une volonté négative supposée pour parvenir à la conclusion que, puisque la testatrice n'avait pas expressément dit qu'elle n'excluait pas un fils adoptif c'est qu'elle avait voulu l'exclure, est par trop forcée et contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé («quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio»¹¹).¹²

Ayant ainsi écarté l'interprétation des tribunaux nationaux, la Cour conclut que la décision est injustement discriminatoire :

"60. ... Dès lors que la clause testamentaire, telle qu'elle fut établie par Carolina Pujol, ne faisait aucune distinction entre enfant biologique et enfant adoptif, toute interprétation devenait superfétatoire. Pareille interprétation s'analyse donc en une

exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux."

Les circonstances de l'arrêt étaient certes très particulières et le fait que le tribunal de première instance ait été d'un avis différent de celui de la juridiction d'appel a pu encourager la Cour à se sentir libre de préférer l'interprétation du premier à celle de la seconde.¹³

Cet arrêt n'en constitue pas moins une nouveauté, susceptible de se développer dans les années qui viennent.¹⁴ La Cour traite du cadre du contrôle qui lui est dévolu dans un considérant exprimé en termes très généraux, qui pourraient être utilisés pour élargir le champ des griefs qui peuvent lui être soumis:

"59. Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne

saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention (Larkos c. Chypre, [GC], no 29515/95, §§ 30-31, CEDH 1999-I 15)."

¹¹ Cette maxime latine, qui n'est pas vraiment reconnue en droit suisse (voir la note de Christine Chappuis sur l'interprétation d'un texte clair, SJ 2002 p. 155), semble ainsi acquérir, de manière quelque peu détournée, le rang d'un droit de l'homme non écrit.

¹² Le juge britannique dissident critique ce travail d'interprétation dans les termes suivants: "Ainsi, loin d'apprécier les jugements en question selon ces rigoureux critères, elle a d'après moi substitué à l'opinion [de la juridiction d'appel] son propre avis quant à la bonne interprétation du testament, en se prononçant en faveur de celle donnée par le tribunal [de première instance]. Si j'admets volontiers que l'on puisse préférer à la fois le raisonnement et la conclusion du tribunal de première instance, je ne puis en revanche accepter que l'on qualifie d'arbitraire ou de manifestement déraisonnable la décision de la juridiction d'appel." (considérant 7 de l'opinion en partie dissidente de M. le Juge Bratza, traduction)

¹³ De même que le fait que la majorité de la Cour incluait le juge andorran.

¹⁴ A condition que cet arrêt ne soit pas indirectement désavoué par une Grande chambre de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, cet arrêt ayant été rendu par une chambre de section.

¹⁵ L'arrêt de 1999 cité par la Cour ne contenait pas l'expression générale du principe affirmé ici et concernait un contexte plus classique, où l'Etat bailleur entendait soustraire les immeubles dont il était propriétaire aux dispositions réglementaires ordinaires protégeant les locataires.

¹⁶ La Cour n'a cependant statué que sur le principe, réservant sa décision sur le montant de l'indemnisation (pour permettre aux parties de se mettre d'accord). Par comparaison, dans le récent arrêt *Merger et Cros c. France*, requête n° 68864/01, arrêt du 22 décembre 2004, où la décision sur le principe était attendue, la Cour tranche la question du montant de l'indemnité, qui est traitée en détail, et condamne l'Etat français à verser aux deux requérantes environ EUR 900'000 pour le dommage matériel, EUR 6'000 pour le dommage moral et environ EUR 50'000 pour les frais et dépens. Ce n'est plus toujours seulement pour faire trancher des questions fondamentales que l'on recourt à Strasbourg!

Il est encore intéressant de noter que la décision de la Cour n'a pas d'effet direct dans le litige privé jugé à Andorre. Les arrière-petites-filles qui ont obtenu gain de cause devant les tribunaux d'Andorre n'étaient pas partie à la procédure devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme et ne doivent en principe pas rendre l'héritage. La conséquence de l'arrêt de Strasbourg est une obligation à la charge de la principauté d'Andorre d'indemniser le fils adoptif discriminé à tort.¹⁶

3. Brefs commentaires

La présente contribution n'a pour but que d'attirer l'attention des avocats sur l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, non de procéder à son analyse critique.¹⁷

¹⁶ Cet arrêt a déjà fait l'objet de quelques commentaires de doctrine, en particulier en France (Chronique du professeur Jean-François Flauss, *Actualité juridique droit administratif*, 4 octobre 2004, pp. 1812 et 1815 ; chronique « Sources européennes » du professeur Jean-Pierre Marguénaud, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, pp. 804-806 ; note du professeur Frédéric Sudre, *JCP Juris-Classeur périodique* : section G, 19 janvier 2005, I, 103, n° 15). Les commentateurs ont qualifié l'arrêt d'« iconoclaste » ou « de mauvaise augure » et ont relevé en particulier deux apports essentiels de cet arrêt : d'une part l'application horizontale de la Convention, et en particulier du droit à la non-discrimination (voir bref commentaire 1 ci-après), d'autre part la mise à l'écart du principe de subsidiarité par rapport aux juridictions nationales, amenant la Cour à se comporter comme un quatrième degré de juridiction (voir brefs commentaires 2 et 3 ci-après) ; ils ont également relevé la méthode d'interprétation évolutive des actes juridiques, en particulier du testament (question qui n'est pas commentée ici, hormis la remarque à la note 5). Cet arrêt fera ainsi certainement encore couler beaucoup d'encre.

Les très brefs commentaires suivants sont tout de même soumis à l'appréciation du lecteur.

1. **La tendance.** Cet arrêt s'inscrit dans une tendance générale de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à donner aux dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme un effet horizontal, consistant à appliquer ces dispositions non seulement comme des limites à l'autorité étatique, mais encore comme des principes à respecter dans les relations entre particuliers.¹⁸
2. **La nouveauté.** La nouveauté consiste dans l'affirmation que la Cour Européenne des Droits de l'Homme devrait revoir, à la lumière de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, l'interprétation par les juridictions nationales des dispositions légales du droit privé et l'interprétation des contrats.¹⁹

¹⁸ La professeure Samantha Besson, auteure d'une thèse sur ce sujet en droit suisse (*L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers*, Fribourg 1999), a présenté lors du séminaire de Fribourg une conférence sur l'effet horizontal des droits de l'homme sur un plan général, intitulée "Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme", destinée à la publication. Sur ce sujet, voir également F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2° éd., 2004, n° 3.

¹⁹ Tout en réaffirmant le principe que l'interprétation et l'application du droit interne incombent au premier chef aux autorités nationales (voir en particulier considérant 46).

3. **La portée.** Une fois ce nouveau champ ouvert, se pose la question de l'étendue du contrôle qui sera exercé: contrôle limité au respect des droits fondamentaux élémentaires ("flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention") ou contrôle étendu aux principes généraux ("déraisonnable ou arbitraire", "principes sous-jacents à la Convention"), susceptibles d'une interprétation restrictive ou extensive. En principe, la Cour ne devrait intervenir que si la discrimination intervient dans un domaine protégé par les droits et libertés des articles 2 à 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.²⁰ Si cependant la Cour pouvait censurer toutes les décisions arbitraires (terme utilisé comme critère d'intervention au considérant 59 cité ci-dessus), le recours à Strasbourg pourrait ressembler dans quelques années à notre recours de droit public auprès du Tribunal fédéral (peu de décisions favorables au recourant, mais beaucoup de recours déposés).

²⁰ L'article 14 n'interdit la discrimination que dans le cadre de "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention". C'est la raison pour laquelle la décision de la Cour constate une violation de l'article 14 combiné avec le droit au respect de la vie privée et familiale. Cette articulation de l'article 14 avec les autres dispositions de la Convention est traitée au considérant 54 de l'arrêt. Un peu de la même manière que, en droit suisse, le principe de l'interdiction de l'arbitraire ne suffit pas à conférer la qualité pour former un recours de droit public, selon la jurisprudence traditionnelle (ATF 126 I 81), ce principe ne constituerait pas un droit fondamental pour lui-même et les décisions déraisonnables ou arbitraires ne seraient censurées par la Cour Européenne des Droits de l'Homme que dans des domaines protégés par des droits fondamentaux traditionnels.

PROBLÈMES DE DÉLIMITATION EN MATIÈRE DE BLANCHIMENT ET D'OBLIGATION DE DÉNONCIATION EN DROIT ANGLAIS – ARTICLE DANS LA RPS 122 VOL. 3 ET 4

par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil

La contribution du Pr. Cassani dans la Revue Pénale Suisse vol.3 et 4/122 sur l'adoption du « Proceeds of Crime Act 2002 » du Royaume-Uni suscite ou confirme un certain nombre de réflexions, voire d'inquiétudes, en lien avec la pratique trans-frontalière de l'avocat dans le domaine de la prévention et de la répression du blanchiment.

Elle est cependant tout d'abord intéressante au titre de droit comparé dès lors qu'au cours de ces dernières années, les autorités politiques anglaises ont fréquemment et véhémentement dénigré la place financière suisse dans les domaines de la lutte contre le blanchiment et de la fiscalité de l'épargne, soit directement, soit au travers de leur influence dans des organismes tels que le GAFI et l'OCDE – alors que ces attaques avaient en réalité davantage pour toile de fond des considérations de concurrence entre places financières que de répression ou de moralité. Les moyens ou une volonté d'action très limités des autorités de poursuites anglaises dans la répression d'infractions à caractère financier ou de blanchiment, particulièrement en l'absence de lésion d'intérêts anglais, et la fréquente absence de toute réponse aux demandes d'entraides étrangères en dépit des règles de la CEEJ dont l'Angleterre est signataire, étaient en effet notoires.

S'agissant de la pratique des avocats, cette contribution illustre une fois de plus que la mise en œuvre de la Directive européenne 97/2001 en matière de blanchiment (cf. La lettre du Conseil n°38 de mars 2004) n'aboutit pas à des réglementations identiques ou uniformes d'un Etat à l'autre, et qu'il en résulte de nombreuses incertitudes juridiques notamment au plan des obligations de communication de soupçons ou de faits de blanchiment à charge des avocats.

Des différences avec le régime suisse existent ainsi notamment lorsque la répression du blanchiment ne se limite pas à certaines infractions énumérées ou qualifiées selon un certain seuil de gravité, d'une part, et que l'Etat concerné ne connaît pas la même distinction que la Suisse entre l'évasion et la fraude fiscale. Des actes atypiques pénalement en Suisse, et ne donnant donc pas lieu à obligation de dénonciation à charge d'un intermédiaire financier, peuvent ainsi dans d'autres Etats être qualifiés de blanchiment de fraude fiscale, avec les obligations de dénonciation qui y sont assorties. La donne est également différente lorsque cette obligation s'impose dans d'autres Etats à des avocats pour une activité laquelle, selon la distinction suisse, ne serait pas qualifiée d'intermédiation financière – et qu'elle ne s'appliquerait donc pas.

Si la législation suisse est conforme aux standards institués par la Directive européenne, même si la Suisse n'a pas à l'appliquer en tant que telle, l'avocat suisse doit donc rester attentif au fait que l'obligation de dénonciation de soupçons de blanchiment à laquelle

des confrères étrangers sont soumis peut-être sensiblement plus contraignante.

Il en résulte des risques, et une incertitude juridique, évidents en matière d'obligation de dénonciation dans les cas d'activité transfrontalière, notamment dans les domaines des véhicules off-shore de détention de patrimoines ou de conseil en matière fiscale ou de droits des sociétés. L'avocat suisse travaillant avec des confrères étrangers doit ainsi réaliser que ceux-ci peuvent se retrouver dans la position d'effectuer une communication, notamment pour des motifs ayant trait à une infraction fiscale, dans des situations dans lesquelles l'avocat suisse n'y serait pas soumis pour la partie de l'activité déployée en Suisse. Si l'avocat suisse déploie une activité à l'étranger, il doit alors être attentif au fait qu'il peut lui-même être soumis à des obligations différentes de celles auxquelles il est soumis en Suisse.

De même, un confrère étranger pourrait être poursuivi dans son pays pour blanchiment du produit d'une évasion fiscale alors que le même comportement serait atypique pénalement en Suisse vu l'absence de la qualification de crime.

La contribution du Pr. Cassani évoque ainsi spécifiquement la situation d'un règlement matrimonial à partir d'actifs constitués par le biais d'une infraction fiscale, dans laquelle les avocats de l'épouse ont craint de participer à un blanchiment en conseillant leur cliente à cet égard, et estimé qu'ils avaient une obligation de dénonciation de l'époux de leur cliente ! Elle évoque également le devoir de dénonciation de l'avocat qui fournit des conseils en matière

fiscale, financière ou de droit des sociétés, activités qui ressortissent en Suisse de l'activité typique (et échappent à ce titre à l'obligation de dénonciation), situations qui avaient déjà donné lieu à un vaste débat notamment en France lors des travaux législatifs en vue de la transposition de la Directive européenne.

Le régime suisse préserve davantage le secret professionnel et les contours de l'activité typique de l'avocat, fondé sur une conception quantitativement (et à juste titre) restrictive du blanchiment ainsi que sur une délimitation donnée et claire entre la fraude et l'évasion fiscale. Cette absence de « level playing field » présente en revanche le désagrément de placer l'avocat suisse développant une activité transfrontalière devant des difficultés et des incertitudes juridiques qui peuvent être lourdes de conséquences, tant au plan de l'obligation de dénonciation que de celle de la commission d'un éventuel blanchiment du produit d'une infraction fiscale.

Les personnes recourant à des véhicules de détention d'actifs ou de placements situés en Angleterre, ou investissant en Angleterre par ce biais des actifs n'ayant pas été fiscalisés dans le respect du droit de leur Etat de domicile, sont donc également exposées à ce que leurs conseillers fiduciaires, financiers, voire même leurs propres avocats ! se trouvent contraints de procéder à une communication de soupçons selon le droit anglais. Enfin, à titre plus anecdotique, la contribution du Pr. Cassani relève qu'en matière de confiscation, les honoraires d'avocat ne peuvent plus être réglés à compter des fonds confis-

qués dès lors que le rapport en vue de la modification législative aurait démontré que les honoraires d'avocat étaient la principale source d'évaporation des avoirs confisqués ! Gageons que les tarifs extrêmement élevés pratiqués par les avocats anglais ne sont probablement pas totalement étrangers à cette constatation.

PROCÉDURE PÉNALE FÉDÉRALE

Interdiction faite à un avocat de communiquer avec des tiers à propos du dossier sous la menace des peines de l'art. 292 CP

par le Bâtonnier Alain Le Fort

Dans le cadre d'une procédure conduite par le Ministère Public de la Confédération ("MPC"), un membre de l'Ordre a été désigné défenseur d'office de la personne visée par cette enquête.

La décision du MPC précisait qu'interdiction était faite à l'avocat, sous la menace des peines de l'art. 292 CP, de communiquer avec des tiers à propos du dossier.

Agissant à titre personnel et en sa qualité d'avocat, notre confrère a formé une plainte contre cette décision. Le Tribunal pénal fédéral a admis sa plainte et annulé la décision du Ministère Public de la Confédération.

En substance, le Tribunal pénal fédéral a souligné que la décision dont le respect devait être garanti par la menace d'une sanction devait reposer sur une base légale. En d'autres termes, une autorité ne peut recourir à l'art. 292

CP pour assurer le respect d'une injonction ou d'une interdiction que si la loi prévoit la faculté d'enjoindre ou d'interdire.

Le Tribunal pénal fédéral a reconnu que la procédure pénale fédérale ne prévoyait pas expressément la faculté d'interdire aux parties, à leurs défenseurs ou à d'autres participants à l'enquête, tels les témoins, de communiquer à des tiers les informations résultant du dossier.

Ainsi l'article 102 quater PPF ne s'adresse qu'aux autorités et ne saurait être étendu à des tiers avec la conséquence qu'il ne constitue pas une base légale suffisante pour fonder l'injonction querellée.

Le Tribunal pénal fédéral a toutefois retenu qu'il fallait apprécier différemment la situation selon que l'inculpé est en liberté ou en détention préventive.

Dans le premier cas, rien ne lui interdit, ni par conséquent à son défenseur, de communiquer les informations dont il a eu connaissance dans le cadre de l'enquête à des tiers, voire aux médias.

En revanche, si la détention préventive a été ordonnée et pour éviter le risque de collusion, le Ministère Public de la Confédération peut restreindre l'accès au dossier, la communication avec le défenseur et la participation aux interrogatoires et à l'administration des preuves en application des articles 116 à 118 PPF par renvoi de l'article 103, al. 2 PPF.

Ainsi, il serait également possible de subordonner l'accès du défenseur au

dossier à des conditions dont la violation entraînerait l'application des sanctions prévues par l'art. 292 CP.

En pareilles circonstances, les articles 116 et ss PPF pourraient constituer une base légale suffisante pour de telles restrictions et le Ministère Public de la Confédération serait fonctionnellement compétent pour les imposer.

Enfin, le Tribunal pénal fédéral a relevé que dans le libellé de son ordonnance querellée, le MPC liait l'injonction de se taire à la qualité de défenseur d'office du plaignant. Or, ajoute le Tribunal, il ne saurait assortir l'octroi de la défense d'office de conditions susceptibles de restreindre les droits de la défense. Si les relations entre l'Etat et l'avocat d'office relèvent d'un rapport de droit public, cette situation concerne essentiellement la question de la prise en charge des frais et honoraires du défenseur. Ce dernier n'en devient pas pour autant un agent de l'Etat et l'indépendance avec laquelle il doit assurer la défense de son client ne saurait être affectée d'une quelconque manière par la nature du mandat qui lui est confié.

DROIT DE RÉPONSE DE L'ORDRE DES AVOCATS

par Me Jean-Cédric Michel,
membre du Conseil

Un membre de notre Ordre s'en étant ému, et cela à juste titre, le Conseil a réagi à un article paru dans la revue promotionnelle ZOOM de la société Fiduciaire BDO Visura et demandé à cette société la publication d'un droit de réponse.

Cet article était contestable, et dommageable pour la profession d'avocat aux yeux du public, en tant qu'il en ressortait l'impression que les avocats ne sont pas qualifiés pour assister leur clientèle en matière fiscale ou déceler des risques de nature fiscale dans des affaires de droit civil. L'article consistait ainsi exclusivement en quatre exemples de cas dans lesquels l'avocat a été négligent ou ne possédait pas les qualités requises en matière fiscale, et a en conséquence engagé sa responsabilité.

Cette présentation ne correspond naturellement pas à la réalité puisque nombre d'avocats sont compétents en matière fiscale, possèdent des qualifications spécifiques en ce sens, ou ne sont pas non plus négligents lorsqu'ils ne les possèdent pas. En cela, même si l'idée d'une complémentarité entre les services d'un conseiller fiscal et ceux de l'avocat, qui était l'un des messages de cet article, n'est naturellement pas critiquable en soi, il n'en reste pas moins que les activités des avocats et des fiduciaires sont dans un rapport de concurrence en matière fiscale comme dans d'autres domaines du droit. L'impression qui découle de l'article

s'apparente donc à un dénigrement au sens de la Loi sur la concurrence déloyale (sans compter que la responsabilité des réviseurs et autres prestataires de services a davantage occupé les tribunaux ces dernières années que celle des avocats !) ce qui a conduit le Conseil à réagir.

Arrêt de la Cour de justice du 18 février 2005 Pouvoir disciplinaire du Conseil de l'Ordre et LLCA

par le Bâtonnier Alain Le Fort

En novembre 2004, un membre de l'Ordre a choisi de donner une large publicité à trois décisions disciplinaires qui l'ont sanctionné et aux procédures civiles qu'il a entamées en vue de faire constater la nullité, respectivement d'obtenir l'annulation, de ces décisions.

Cette diffusion m'a amené à fournir des explications aux membres de l'Ordre par courrier électronique du 8 décembre 2004.

Depuis lors, la Cour de justice a rendu un arrêt le 18 février 2005, confirmant le jugement du Tribunal de première instance. La Cour de justice a suivi notre argumentation. Cet arrêt est aujourd'hui définitif. Voici des extraits des considérants qui rappellent comment s'articulent les pouvoirs disciplinaires respectifs de la Commission du barreau, fondés sur la LLCA, et du Conseil de l'Ordre, fondés sur nos statuts et nos Us et Coutumes:

1. L'acte d'appel respecte la forme et le délai prescrits par la loi (art. 296 et

300 LPC). Il est partant recevable en la forme.

Le litige ayant trait à la validité d'une décision prise par une association, il porte sur un droit de nature non pécuniaire (ATF 108 II 15 consid. 1a). Le jugement entrepris a ainsi été rendu en premier ressort et la cognition de la Cour est, partant, complète (art. 22 al. 2 LOJ).

2. Tout sociétaire est autorisé à attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent les dispositions légales ou statutaires (art. 75 CC). La jurisprudence retient à cet égard que la nullité absolue d'une décision d'association ne doit être admise que restrictivement, soit uniquement lorsque celle-ci souffre d'un vice de forme caractérisé parce qu'elle a été rendue en violation des prescriptions légales ou statutaires (ATF 71 I 383 consid. 2a) ou qu'elle entrave la capacité concurrentielle et l'activité professionnelle individuelle d'un sociétaire dans une mesure telle que son existence économique paraisse en danger (ATF 104 II 6 consid. 2, 102 II 211 consid. 6).

...

3. ...

4. ...

5. L'appelant(e) se plaint par ailleurs de la violation du principe de la légalité ("nulla poena sine lege"). La LLCA réglerait de manière exhaustive les règles professionnelles auxquelles sont soumis les avocats, de sorte que l'interdiction, qui ne résulterait pas de la LLCA, d'envoyer la lettre ouverte à des tiers ne reposerait sur aucune base. En outre, la prescription de la procé-

dure devrait également être examinée au regard de la LLCA, qui la fixerait à une année, et serait désormais atteinte.

5.1. L'appelant(e) invoque à tort le principe "nulla poena sine lege". Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans un arrêt le/la concernant, les sanctions disciplinaires prononcées contre des avocats ne constituent pas une peine, de sorte qu'ils ne peuvent se prévaloir dudit principe (arrêt 5P.370/2003 du 22 décembre 2003, consid. 2.4).

5.2. Par ailleurs, dans un autre arrêt, également rendu dans une cause concernant l'appelant(e), le Tribunal fédéral a indiqué que les règles professionnelles de la LLCA applicables aux avocats sont édictées dans l'intérêt public et constituent du droit public. Elles doivent clairement être distinguées des règles déontologiques ou Us et Coutumes émanant des associations professionnelles (arrêt 2A.191/2003 du 22 janvier 2004, consid. 5.2).

La présente procédure a trait à une décision associative. En adhérant à l'OdA, l'appelant(e) s'est soumis(e) volontairement et sans réserves aux règles associatives (art. 5 statuts), soit aux statuts, Us et Coutumes et décisions prises par le Conseil et l'Assemblée générale. Ces règles prévoient notamment que la procédure devant le Bâtonnier et le Conseil est confidentielle (art. 39bis statuts). Ni les statuts ni les Us et Coutumes de l'OdA ne contiennent de disposition relative à la prescription des procédures disciplinaires internes. Ainsi, la décision de l'OdA repose bel et bien sur une règle associative, d'une part, et n'est, d'autre part, pas atteinte par la pres-

cription. Le grief est ainsi entièrement mal fondé.

6. ...L'appelant(e) fait en outre valoir que le principe "ne bis in idem" s'appliquerait également au cumul de sanctions disciplinaires. Ayant déjà été sanctionné(e) par la Commission du Barreau, il/elle ne saurait faire l'objet d'une nouvelle mesure disciplinaire pour les mêmes faits.

Le principe "ne bis in idem", qui est un corollaire de l'autorité de chose jugée, interdit qu'une personne soit poursuivie deux fois pour les mêmes faits. Il suppose qu'il y ait identité de l'objet de la procédure, de la personne visée et des faits retenus (ATF 123 II 464 consid. 2b; 120 IV 10 consid. 2b). La procédure menée par la Commission du Barreau se fondait sur la LLCA; il s'agissait d'une procédure administrative, conduite par une autorité, aboutissant au prononcé d'une mesure administrative. La présente procédure fait suite à une décision fondée sur des règles associatives de droit privé et rendue par un organe associatif, qui ne revêt pas la qualité d'autorité. Elle a pour objet non pas de confirmer ou d'annuler une sanction administrative, mais d'examiner si la décision de l'OdA respecte les droits civils de l'appelant(e). Il s'agit donc d'une procédure à caractère civil. L'objet des deux procédures judiciaires étant différent, il n'y a pas de violation du principe "ne bis in idem".

7. La Cour constate pour le surplus qu'il n'apparaît pas non plus que la décision querellée porte une atteinte excessive à la capacité concurrentielle de l'appelant(e) ou à son acti-

tivité professionnelle individuelle. Compte tenu du statut privé de l'OdA, la mesure prise par celle-ci, au demeurant restée confidentielle (art. 39 statuts), ne met pas en péril l'existence économique de l'appelant(e). Ce(tte) dernier(ère) demeure libre de quitter l'association si il/elle n'est plus disposé(e) à accepter les limitations de sa liberté, auxquelles il/elle s'est soumis(e) en adhérant à l'OdA et qui sont nécessaires pour atteindre le but social (ATF 85 II 525 consid. 9c). Il/elle n'est dès lors pas livré(e) à l'arbitraire d'un tiers pour organiser la suite de son activité professionnelle (ATF 104 II 6 consid. 2a).

En résumé, il n'y a donc pas de motif qui aurait dû conduire le premier juge à constater la nullité de la décision, et aucun grief soulevé par l'appelant(e) ne justifie d'annuler cette dernière.

8. L'appelant(e) fait en dernier lieu valoir qu'au moment où il/elle s'est acquitté(e) de l'amende de 1'000 fr., celle-ci n'était pas exigible, aucune décision exécutoire n'ayant alors encore été rendue. L'intimé se serait ainsi enrichi sans cause légitime.

Ce grief tombe également à faux. Dans la mesure où la décision de l'OdA n'est ni nulle ni annulable, le paiement repose en effet sur une cause légitime, et il n'y a pas lieu à restitution (art. 62 CO). Les statuts ne prévoient pas que l'introduction d'une action en annulation de la décision du Conseil aurait un effet suspensif, et l'appelant(e) n'a pas non plus requis de mesure tendant à faire interdiction à l'intimé d'exiger le paiement de l'amende. Le grief est donc mal fondé.

9. Dès lors qu'il/elle succombe, l'appelant(e) supportera les dépens (art. 176 LPC). L'intimé, qui plaide en personne, ne peut se voir allouer une indemnité à titre de dépens. Reste à examiner s'il y a lieu d'infliger à l'appelant(e) une contravention de procédure, comme le demande l'intimé.

L'indigence de l'argumentation de l'appelant(e), qui invoque certains griefs dont il/elle ne peut ignorer le manque de fondement dès lors qu'il/elle a été exposé(e) dans des arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans des causes plaidées par lui-même/elle-même, surprend. La Cour considère toutefois que cette indigence et la confusion que fait l'appelant(e) entre l'autorisation de dénoncer et la forme, inadmissible aux yeux de l'intimé, qu'a prise cette dénonciation démontre davantage le manque de recul de l'intéressé(e) et le climat très altéré qui anime la relation entre les parties qu'une volonté de recourir intentionnellement à des allégations inexactes ou calomnieuses ou un emploi abusif des procédures justifiant le prononcé d'une amende de procédure au sens de l'art. 40 LPC. Il n'y a donc pas lieu d'infliger une telle amende à l'appelant(e)."

REFORME DE BOLOGNE – MODIFICATION DE LA LLCA

par Me Jean-Cédric Michel,
membre du Conseil

La consultation fédérale visant à la modification de la LLCA rendue nécessaire par la réforme de Bologne à été lancée par le Département fédéral de justice et police. Le délai pour la récolte des prises de positions échoit le

30 juin. Le texte de la consultation est disponible sur le site de la FSA à l'adresse

http://www.swisslawyers.com/fr/03_service_center/01_Publi-Infos/02_Informationen/02_Information_Verbandstaetigkeit.

A titre de rappel, la modification de la LLCA est nécessaire vu la modification des titres universitaires puisque les études de droit ne mèneront plus à la licence mais au bachelor puis au master (cf. La Lettre du Conseil n°40 de novembre 2004). L'un des points de la consultation est donc de décider si le bachelor suffira pour accéder à la profession d'avocat ou s'il faudra posséder un master – cette deuxième solution ayant déjà recueilli l'unanimité des cantons dans le cadre de la consultation préliminaire.

L'Oda fera valoir sa position à la fois au plan fédéral, par le biais de la FSA, et au plan cantonal, par le biais de sa détermination au DJPS. L'Oda est également en train de finaliser, avec notamment la faculté de droit, un projet de réforme de la formation d'avocat visant à éviter l'allongement du cursus total (qui résultera de l'exigence du master) et à éliminer une partie des problèmes dont est affecté le système actuel. Ce projet est mentionné dans la consultation fédérale sans être encore inclus dans la proposition de modification législative, dès lors qu'il n'était pas encore entièrement défini au moment de la détermination des termes de la consultation. Il le sera dans les semaines à venir et sera soumis à nouveau en ses termes définitifs aux principales parties prenantes. Il fera à ce moment là également l'objet d'une information détaillée.

3ème JOURNÉE DES JURISTES EUROPÉENS

par le Bâtonnier Alain Le Fort

Après Nuremberg et Athènes, la 3ème Journée des Juristes Européens aura lieu à Genève du 7 au 9 septembre 2005.

Ce forum réunira des juristes européens, professeurs, chercheurs, magistrats, avocats et juristes d'entreprises.

Trois thèmes de droit privé, de droit public ou de procédure seront abordés, chacun d'une grande importance pratique: (1) la responsabilité des organes de la société et des organes de surveillance en Europe, (2) le développement d'un droit de procédure civile commun en Europe, et (3) la coordination de la protection des droits fondamentaux en Europe.

Le Conseil de l'Ordre a offert de mettre des avocats-stagiaires à disposition pour accueillir les participants, aider à l'organisation et au bon déroulement de ces Journées, et par la même occasion participer aux travaux scientifiques.

Le programme scientifique et social complet du congrès se trouve sur le site www.jurist2005.org. Vous bénéficierez de conditions préférentielles en vous inscrivant avant le 31 mai 2005.

ADMISSION A L'ORDRE DU 3 FEVRIER 2005

Avocats

- Me Martin AHLSTROM
Dayer, Kooger & Métral

- Me Damien CAND
Gillioz, Dorsaz & Associés
- Me Arnaud LANDRY
Mudry & Iglehart
- Me Miranda LINIGER GROS
Lachat Harari

Avocats-stagiaires

- Me Christine d'ALLEVES
Wyssa, Junod & Associés
- Me Sébastien ALVAREZ
Gros & Waltenspuhl
- Me Patricia BOILLAT
Crettaz & Gaitzsch
- Me Gwenaëlle BOULBEN
Buonomo & Marti
- Me Luca BOZZO
Lenz & Staehelin
- Me Simon BRUNSCHWIG
Lenz & Staehelin
- Me Amanda Maria CASTILLO
Budin & Associés
- Me Paolo CAVARGNA
Fasel Bochatay Tsimaratos
- Me Sophie COPT
Gautier & Vuille
- Me Ozlem DAYAN
Gautier & Vuille
- Me Maylis DEJARDIN-VERHINDER
Pestalozzi Lachenal Patry
- Me Karine DEVAUD
Tavernier Tschanz
- Me Giuseppe DONATIELLO
Lachat Harari
- Me Anne DUCROT
Köstenbaum & Associés
- Me Stéphanie DUNANT
Bersier & Van Loon
- Me Ingrid EKSTRAND
Schmidt Jatton & Associés
- Me Isabelle FETE
Budin & Associés
- Me Philipp FISCHER
Lenz & Staehelin
- Me Gianluca FLAMMIA
Schellenberg Wittmer

- Me Fanny IGLESIAS
Oltramare, Hochstaetter
- Me Barbara LARDI
Niklaus Bruttin & Associés
- Me Colette LASSERRE ROUILLER
Schellenberg Wittmer
- Me Julie LAVERRIERE
Ulmann & Couyoumdjelis
- Me Diana MEYER
Tribunal de 1ère Instance
- Me Attila MITRO
Ralph Isenegger
- Me Corentin MULKENS
Hovagemyan
- Me Pierre-Yves ODIER
Benoît Guinand
- Me Delphine PANNATIER
Briner & Brunisholz
- Me Lucia PENALOSA
Lalive & Associés
- Me Christophe PETERMANN
Pestalozzi, Lachenal, Patry
- Me Karim FIGUET
Python, Schifferli
- Me Flavie PONCET
Ziegler, Poncet, Grumbach
- Me Xavier-Romain RAHM
Schmidt Jatton
- Me Gabriel RAGGENBASS
Ming, Halpérin
- Me Raphaël REINHARDT
Fontanet, Jeandin, Hornung
- Me Caroline REYOHER &
Associés
- Me Julie ROY
Mock Broto Anghelopoulo Crisante
- Me Susana SALCEDAS
Poncet, Turrettini, Amaudruz
- Me Vincent SIEBER
Schellenberg Wittmer
- Me Tobias B. STAEHELIN
Python, Schifferli
- Me Timo SULC
Notter Mégevand
- Me Marjolaine VIRET
Lenz & Staehelin
- Me Eric WYLER
Mudry & Iglehart

- Me Yvonne ZIELINSKI
Ringgenberg & Schulthess
- Me Annouchka ZURITA
Merkt

COMPOSITION DE LA CHAMBRE DES HUISSIERS JUDICIAIRES

Comité:

- Me Michel Jaquier, *Président*
- Me André Tronchet, *Vice-Président, Trésorier*
- Me Gérard Reymond, *Secrétaire*

Membres:

- Me Jean Christin
- Me Claude Naville
- Me René Pantet
- Me Edouard Reymond

Dates à retenir

Congrès général de la Fédération des
Barreaux d'Europe:

19 au 21 mai à Dresde

FSA: Journée des Avocats suisses –
Lucerne du **9 au 11 juin 2005**

Congrès annuel de l'U.I.A.:
31 août au 4 septembre 2005 à Fès

Rentrée solennelle
de l'Ordre des Avocats:
23 septembre 2005