

## *E*ditorial du Bâtonnier

Dans un arrêt du 22 janvier 2004 qui concerne le Canton de Genève, le Tribunal fédéral a livré sa première véritable interprétation de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002.

On y voit désormais un peu plus clair s'agissant de la délimitation entre les règles professionnelles de droit public et les normes déontologiques édictées par les associations professionnelles.

Globalement, l'analyse de notre Cour suprême est plutôt rassurante.

S'agissant de la matière, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que le droit disciplinaire ne se rattache pas au droit pénal mais au droit administratif, car la mesure disciplinaire n'a pas en premier lieu pour but d'infliger une peine, mais de maintenir l'ordre à l'intérieur du groupe de personnes auquel il s'applique et, s'agissant des professions libérales, d'assurer l'exercice correct de la profession et de préserver la confiance du public à l'égard des personnes qui l'exercent.

Il n'en demeure pas moins que si un changement législatif intervient entre le moment où les faits en cause se sont produits et celui où ils doivent être qualifiés juridiquement, il convient d'appliquer la *lex mitior*, en vertu de l'article 2 al. 2 CP et par analogie.

Dans l'analyse des infractions disciplinaires commises avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale mais jugées postérieurement, il y a donc lieu de comparer l'ancien droit cantonal avec

le nouveau droit fédéral afin de déterminer lequel est le plus favorable.

### SOMMAIRE

#### *Editorial du Bâtonnier*

*Portée juridique des avertissements figurant sur les transmissions par télécopie et par e-mail, par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil*

*Lettre de Me Fadel Leili de novembre 2002, par Me Doris Leuenberger, membre du Conseil*

*Sécurité de la Confédération, par Me Gérard de Cerjat*

*Les travaux de la Commission européenne sur la concurrence en matière de professions libérales, suite, par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil.*

*Réflexions sur la portée des décisions de la Commission de taxation, par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil*

*Quelques informations sur la portée et la mise en application de la directive européenne N° 97/2001 en matière de blanchiment, par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil*

*La bonne surprise de la Commission de taxation, par Me Alain Berger, membre du Conseil*

*Droit aux vacances pendant le stage et préparation des examens intermédiaires, par Me Fabrizio La Spada, Premier Secrétaire du Jeune Barreau*

*Admission à l'Ordre du 8 janvier 2004*

*Carton rouge*

Ce principe étant posé, le Tribunal fédéral entre dans le vif du sujet.

La loi fédérale sur les avocats définit les règles professionnelles applicables aux avocats, intitulées «*règles professionnelles et surveillance disciplinaire*».

Les règles professionnelles sont les normes édictées par une autorité aux fins de réglementer l'exercice d'une profession dans l'intérêt public ; elles constituent ainsi du droit public et doivent être distinguées des règles déontologiques ou Us et Coutumes, qui émanent des associations professionnelles.

Et les juges de Mon-Repos de rappeler que la loi fédérale énumère de manière exhaustive les règles professionnelles auxquelles sont soumis les avocats.

En la matière, il n'y a donc plus de place pour le droit cantonal : les cantons ne peuvent prévoir d'autres règles professionnelles ni d'autres sanctions.

Le législateur a voulu par là clairement délimiter les règles professionnelles des règles déontologiques, et ce pour l'ensemble de la Suisse, de manière à faciliter la libre circulation des avocats.

Les règles déontologiques conservent toutefois une portée juridique dans la mesure où elles peuvent servir à interpréter et à préciser les règles professionnelles.

Dans l'espèce qui lui était soumise, le Tribunal fédéral, se basant sur l'aspect téléologique et sur les travaux préparatoires, a finalement admis que la lettre de l'article 12 lettre a LLCA était trop restrictive et que la disposition visait non seulement les relations de l'avocat avec son client mais aussi ses relations avec les autorités, ses confrères et le public.

Il y a lieu de saluer cette interprétation extensive du texte fédéral.

Cela étant, il circule au sujet des codes de déontologie des associations professionnelles de fausses idées qui commandent une mise au point.

Tout d'abord, il convient de rappeler que les ordres cantonaux, associations de droit privé sous réserve des exceptions jurassienne et tessinoise, demeurent libres de s'organiser comme ils l'entendent et de définir, sans être liés par le droit fédéral, les règles de conduite qu'ils tiennent pour adéquates.

Dans le contexte de procédures disciplinaires, un ou deux membres de notre Ordre ont avancé l'argument selon lequel le Bâtonnier, le Conseil de l'Ordre et les Commissions disciplinaires ne pourraient plus désormais statuer qu'en application de la LLCA, les Us et Coutumes de notre Barreau étant dénués de toute portée.

Cette analyse est évidemment insoutenable puisque tout avocat est libre d'adhérer s'il le souhaite à notre Ordre qui, à son tour, peut définir librement les règles statutaires et déontologiques auxquelles ses membres acceptent de se soumettre.

A titre d'exemple, on rappellera qu'en matière d'indépendance, de confidentialité et de conduite irréprochable, les Us et Coutumes du Barreau de Genève posent des exigences plus élevées que celles que l'on peut déduire d'une interprétation littérale de la loi fédérale.

Cette grande rigueur éthique procède du choix délibéré de notre association et se rattache à une longue tradition que ratifie, en quelque sorte, chaque nouveau membre.

A la lecture du récent arrêt du Tribunal fédéral, on constate ensuite que les

normes déontologiques édictées par les Ordres cantonaux n'ont pas du tout perdu leur force normative coutumière, contrairement à ce qu'annonçaient quelques observateurs à l'époque de l'élaboration du texte fédéral.

Les juges fédéraux rappellent très clairement que les règles déontologiques qui émanent des associations professionnelles serviront à interpréter et à préciser les règles professionnelles de droit public qui sont énoncées dans la LLCA.

Rien n'a véritablement changé, dès lors que jadis les Us et Coutumes des Ordres cantonaux servaient déjà à interpréter les dispositions des lois cantonales sur la profession d'avocat.

Force est donc de constater qu'aujourd'hui plus que jamais l'affiliation à notre Ordre a le poids, pour écrire moderne, d'un «*label de qualité*» dont l'importance commerciale semble d'ores et déjà reconnue.

Toute personne qui s'adresse à un membre de notre association sait qu'elle a pour interlocuteur un avocat qui a fait le choix d'une déontologie particulièrement exigeante essentiellement pensée dans l'intérêt du client et de la justice en général.

Par le biais d'une publicité organique efficace, il appartiendra évidemment à notre Ordre de faire connaître sa spécificité à l'heure de la libre circulation.

Dès lors que l'on considère que les Us et Coutumes, baromètre coutumier de la déontologie, permettent aussi aux Ordres cantonaux de marquer leur particularisme et leur attachement à des traditions diverses, on doit constater que le projet de code de conduite fédéral que concocte la Fédération suisse des avocats n'a aucun sens.

Les directives de la Fédération suisse, révisées très récemment, suffisent

largement à proclamer, cas échéant à l'attention des tribunaux, le tronc commun de la déontologie des avocats suisses.

A ce noyau dur les Ordres cantonaux doivent demeurer libres d'ajouter toutes dispositions qu'ils tiennent pour opportunes avec ce corollaire que les autorités judiciaires pourraient parfaitement considérer que telle particularité cantonale est à ce point spécifique qu'il ne lui saurait être reconnu une portée générale.

Pour être concret sur un sujet sensible, le Conseil considère par exemple qu'il n'appartient pas à la Fédération suisse des avocats de dire si l'on peut ou non être membre de l'Ordre du Canton de Genève en s'adonnant à la pratique multidisciplinaire.

De fait, un code fédéral de déontologie ne saurait se concevoir en dehors d'un Barreau national auquel le Conseil de l'Ordre est clairement hostile.

En clair, les Ordres cantonaux ont devant eux de belles années, ce qui rassure considérablement celui qui, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la LLCA, redoutait d'être le dernier Bâtonnier d'une ère révolue.

C'est donc serein que je transmets le témoin en remerciant tous les membres de l'Ordre de la confiance qu'ils m'ont marquée en m'abandonnant pour deux années la présidence de notre association.

J'ai été entouré et soutenu, dans l'exercice de ce mandat astreignant, par des femmes et des hommes brillants, compétents et serts de qualités humaines remarquables.

Tous savent ma reconnaissance.

Je n'ai pas seulement été fier de diriger l'Ordre des Avocats de Genève.

J'y ai pris un vif plaisir.

**PORTÉE JURIDIQUE DES  
AVERTISSEMENTS FIGURANT  
SUR LES TRANSMISSIONS PAR  
TÉLÉCOPIE ET PAR E-MAIL**

par Me Jean-Cédric Michel, membre  
du Conseil

En plusieurs occasions, le Conseil a été amené à se pencher sur des situations dans lesquelles des parties ou des avocats avaient fait usage ou produit en justice des communications reçues par erreur par voie électronique. Les problèmes posés par de telles erreurs sont concrets puisqu'ils touchent i) au secret professionnel, d'une part, et à la loyauté et à la courtoisie que se doivent les avocats au plan déontologique, d'autre part, si la communication émane d'un avocat, ii) à la loyauté et à la légalité de la preuve en procédure civile ou encore iii) à la portée juridique (contractuelle ? délictuelle ?) des messages d'avertissement figurant de manière préimprimée sur les messages expédiés par télécopie ou par e-mail.

De manière générale, en vertu de principes qui sont de rang fondamental dans notre Etat de droit, le contenu des communications entre l'avocat et son client est couvert par le secret professionnel. Conformément à la conception traditionnelle du secret professionnel, fondée notamment sur l'article 6 CEDH, et aux arrêts ATF 117 Ia 351 c. 6c) et SJ 1994 p. 106 c. 3c), c'est le contenu matériel d'une telle communication qui est protégé. Il résulte du premier arrêt du Tribunal fédéral précité qu'une autorité ne peut pas prendre connaissance d'une information couverte par le secret lorsqu'elle tombe en sa possession contre la volonté réelle de l'avocat, par bris de maîtrise ou par erreur. A fortiori, une telle information ne doit donc pas être susceptible d'utilisation par un tiers

qui l'aurait reçue dans des circonstances analogues.

Au plan déontologique, il se justifie qu'un avocat ne puisse, en raison de la loyauté et de la courtoisie qui doivent régir les rapports confraternels, exploiter délibérément l'erreur d'acheminement commise par un confrère dont il bénéficierait. Le contraire serait, au plan de la loyauté et de la courtoisie, totalement inconvenant. Cette solution se justifie même si elle peut sembler restrictive dans la mesure où si c'est le client qui reçoit la communication par erreur, ce dernier n'est à l'inverse naturellement pas soumis à une telle obligation déontologique.

Quant aux avertissements figurant habituellement sur les transmissions, et faisant interdiction à celui la recevant par erreur d'en utiliser ou d'en propager le contenu, il demeure difficile de leur admettre une portée juridique convaincante au plan contractuel et/ou délictuel, à tout le moins s'il s'agit d'un tiers et que la réception par erreur ne se situe donc pas dans le cadre d'une relation juridique existante.

Enfin, même si elle semblerait intuitivement juste, une solution fondée sur l'interdiction de la preuve illicite ou déloyale en matière de procédure civile ne se conçoit pas non plus aisément.

Cela étant posé, il semble que ces questions puissent en réalité rester ouvertes en raison de l'article 50 LTC (Loi sur les télécommunications RS 784.10, du 30 avril 1997), très largement méconnu et dont le libellé est le suivant: *«Article 50: Utilisation abusive d'informations – Quiconque ayant reçu au moyen d'une installation de télécommunication des informations non publiques qui ne lui sont pas desti-*

*nées et les aura sans droit utilisées ou communiquées à des tiers, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus ou de l'amende».* Cette disposition, laquelle est en fait très ancienne puisqu'elle a été reprise des deux lois précédentes en étant simplement adaptée à l'évolution des technologies, semble ne jamais avoir été appliquée. Le Message à l'appui de la loi n'apporte aucun élément supplémentaire par rapport au texte légal, ni ceux à l'appui des lois précédentes. Il n'existe pas de jurisprudence publiée à ce sujet et la doctrine ne l'a jamais, et brièvement, évoquée qu'en relation avec l'interception, volontaire ou par erreur, de conversations téléphoniques. De prime abord et renseignement pris, les autorités de poursuite pénale des cantons de Vaud et Genève ne se souviennent pas non plus avoir jamais poursuivi ou condamné de ce chef. L'Office fédéral de la communication (OFCOM) n'a pas non plus le souvenir d'un cas concret d'application de cette disposition !

En l'état, et sur la base des principes habituels d'interprétation applicables en matière pénale, il nous semble que son texte est clair et fait de l'utilisation ou de la propagation d'une information reçue par erreur par voie électronique une infraction pénale. Il s'en suit que de telles informations ne peuvent pas être utilisées en ou hors procédure, et que le fait pour un avocat de contrevenir à la loi pénale administrative en cette matière constituerait également à l'évidence une violation distincte des règles déontologiques. En cela, cette disposition est susceptible de clarifier une situation jusque là peu claire et nécessitant, selon les cas, le recours à plusieurs institutions juridiques distinctes et, pour certaines, peu assurées.

## **LETTRE DE ME FADEL LEILI DE NOVEMBRE 2002**

par Me Doris Leuenberger, membre du Conseil

### Commission des droits de l'Homme

En marge d'une mission d'observation judiciaire au Sahara occidental dans le cadre d'un procès mettant en cause des détenus politiques sahraouis, Me Doris Leuenberger, qui représentait la Ligue suisse des droits de l'homme, section de Genève, a eu l'occasion de rencontrer un Confrère, Me Fadel Leili, qui lui a narré son histoire. Elle vous en fait part ci-après, afin que les membres de notre Ordre soient informés des difficultés auxquelles sont confrontés certains de nos Confrères à l'étranger.

### Récit de Me Fadel Leili, retranscrit par Me Doris Leuenberger en novembre 2002

**Me Fadel Leili** est actuellement avocat au Barreau d'Agadir. Il est né en 1959 à Tan-Tan, ville qui a été donnée au Maroc par l'Espagne en 1956. Son père exerçait l'activité de petit commerçant dans la ville de Tan-Tan.

La famille de Me Leili, des nomades du Sahara, s'était sédentarisée à cette époque. Le grand-père de Me Leili faisait partie de nomades lettrés et il enseignait le Coran.

Me Leili a grandi à Tan-Tan où il a suivi l'école primaire et ensuite le collège public en français et en arabe. A la fin du collège, sa famille l'a confié, ainsi qu'un de ses frères, à un oncle à Kénitra pour qu'il poursuive ses études.

Après l'accord de Madrid et la Marche verte, le Maroc voulait faire disparaître les sahraouis de Tan-Tan, car, à cet endroit, le Front Polisario commençait à s'implanter.

C'est ainsi que 120 personnes environ

de la ville ont été enlevées et placées dans des bagnes secrets. Parmi celles-ci des femmes enceintes ou allaitantes et des vieillards n'ayant rien à voir avec la guerre.

Le frère aîné de Me Leili avait été désigné comme Premier Ministre de la République sahraouie, puisqu'à cette époque il était envisagé de créer une république.

En janvier 1976, la sœur de Me Leili, qui avait environ 24 ans, a été arrêtée. A fin février, sa mère, son père, ainsi que sa tante et son oncle ont également été arrêtés. Trois enfants ont été laissés devant la porte de la maison, en larmes. Les plus petits avaient 8 ou 9 ans. La sœur a été emmenée dans une villa secrète de la DST (sûreté territoriale) à Agadir. Les autres membres de la famille ont été emmenés dans un poste de police secret d'Agadir.

Pour sa part, Me Fadel Leili, âgé à l'époque de 17 ans, a été enlevé **en été 1976** à Kénitra pour être amené dans un bague secret, **Derb Moulay Shérif**, près de Casablanca.

Il n'a jamais été mis en accusation, ni l'objet d'un procès.

Depuis son arrestation, il avait les yeux bandés, les mains menottées, avec interdiction de parler entre détenus. La torture était quotidienne. C'est ainsi que par exemple qu'il avait les bras et les jambes attachés, une barre de fer passant dans les liens pour être suspendu ou était allongé sur un bureau avec un chiffon sur le nez et la bouche, sur lequel était versée de l'eau salée. Me Leili et ses camarades étaient battus pour tous les motifs possibles et imaginables. Ils étaient également brûlés avec des cigarettes.

Ils n'étaient plus appelés par leurs noms, mais par des numéros. La plupart du temps, ils devaient être

couchés et ne pouvaient s'asseoir que sur autorisation d'un gardien. Il leur fallait également obtenir son autorisation pour aller aux toilettes ou pour boire. Le bandeau sur les yeux était maintenu en permanence, sauf lors de la douche qui intervenait tout les quinze jours, durant trois minutes. **Ce traitement a duré pendant trois ans et demi.**

Après cette époque, certains détenus dont Me Leili et d'autres étudiants arrêtés en même temps que lui ont été transférés à **Agdiz**, un bague secret à l'est du Maroc vers Ouarzazate. Des vêtements leur ont été rendus, les bandeaux sur les yeux et les menottes leur ont été enlevés. Ils avaient toutefois des graves problèmes ophtalmologiques, puisqu'ils avaient été maintenus les yeux bandés pendant plusieurs années.

Toute la famille de Me Leili, qui pour certains se trouvaient encore à Agadir, a été regroupée à Agdiz, notamment sa sœur et ses parents.

Les femmes étaient séparées des hommes. Si, en principe, les femmes n'étaient pas violées, elles étaient traitées comme les hommes, à savoir torturées, battues et punies, parfois plus que les hommes.

A **Agdiz**, les gardiens n'étaient plus des policiers, mais des soldats de bas niveau (force auxiliaire). Ils étaient ignorants et simples et exécutaient les ordres du gouverneur de Ouarzazate. Lors de son arrivée, ce gouverneur avait dit aux gardiens et aux soldats que les sahraouis ne devaient pas survivre et que, s'ils étaient trop gentils, ils seraient placés en détention avec eux.

Les détenus se trouvaient à dix dans des cellules minuscules. Ils étaient sous-alimentés et ne disposaient que de 5 litres d'eau par 24h pour dix

personnes. Ils n'avaient pas accès à des toilettes, sauf une fois par jour et souvent étaient battus quand ils s'y rendaient. La nourriture était placée hors de la cellule à environ 6 m et ils étaient également battus lorsqu'ils allaient la chercher. La majorité d'entre eux étaient malades en raison de la sous-alimentation et des carences de vitamines. Ils ne pouvaient plus se tenir debout et marchaient sur les mains et sur les fesses. Leurs dents tombaient. Ils ne voyaient jamais de médecins et il se passait parfois six mois à une année avant qu'un infirmier ne vienne les visiter. Lorsque l'infirmier leur donnait des vitamines C ou B12, ils pouvaient après trois jours se tenir debout. Plusieurs détenus sont morts de tuberculose.

Ultérieurement, Me Leili et d'autres prisonniers ont été transportés de **Agdiz à Kalat Megouna**. Ce fut, selon lui, la période la plus difficile de toute sa détention.

A 25 dans un camion, ils avaient les mains liées dans le dos avec une corde serrée très fort, qui tenaient les pieds également, tous attachés ensemble de sorte que si l'un bougeait, cela serrait les liens de tous les autres. Le transport a eu lieu avec les yeux bandés à nouveau, couchés sur le dos. Les gardiens leur marchaient dessus et leur donnaient des coups de crosse s'ils se plaignaient. L'un d'entre eux est mort pendant le transport, car il a reçu des coups sur la vessie.

Les détenus avaient perdu la sensibilité des mains et des pieds, qui avaient enflé à l'extrême. Certains ne pouvaient plus bouger les extrémités et avaient de la difficulté pour manger, ceci pendant plus d'un mois.

Dans ce nouveau centre de détention, Me Leili a beaucoup souffert du froid et de la neige pendant la saison d'hiver

(octobre à février). En effet, les cellules n'étaient protégées que par du sable sur le dessus, de sorte que la pluie et la neige tombaient dans la cellule sous forme de gouttes. Les vêtements n'étaient changés que tous les 3 ans et ils ne disposaient que de quelques couvertures. Ils étaient environ 300 prisonniers dans ce bagne secret en 1980.

Quarante trois détenus sont morts à **Agdiz et à Kalat Megouna**, près de Ouazazate.

**En 1991**, suite à la signature d'un cessez-le-feu entre le Maroc et le Front Polisario, de nombreux prisonniers sahraouis, dont Me Leili, ont été relâchés. Ce dernier ne souffre pas de séquelles graves, si ce n'est des marques sur le crâne, car il a été souvent battu sur la tête.

Me Fadel Leili, après sa libération, a repris des études de droit et est maintenant inscrit au Barreau d'Agadir. Il exerce essentiellement son activité dans le cadre de procès politiques, notamment à El Ayoun, visant ses compatriotes. Dans la mesure du possible, ces procès qui continuent à se dérouler sans que ne soient respectés les droits de la défense, sont suivis par des observateurs étrangers de différentes ONG préoccupées par la défense des droits de l'homme.

## **SÉCURITÉ DE LA CONFÉDÉRATION**

Par Me Gérard de Cerjat

### I. Introduction

Cet article a été pensé et a commencé à être réalisé peu de temps avant la fatidique date du 11 septembre 2001 marquée par les terribles événements qui ont laissé le monde entier en état de choc. A cette date, le mythe de l'in-



vincibilité des Etats-Unis s'est effondré avec les twin towers de New York. Une question est désormais dans tous les esprits : comment le service de renseignements le plus puissant du monde, mais peut-être pas le plus efficace, n'a pas pu ou voulu voir arriver la catastrophe, bien qu'ayant été mis en garde par les services de renseignements israéliens, semble-t-il ?

Et en Suisse, comment s'organise la sécurité intérieure ? Serions-nous à même de détecter une attaque du même type ? Quels sont les moyens à disposition de l'Etat pour lutter contre le terrorisme ? Sommes-nous dotés d'un FBI à l'américaine ? Cet article tente de faire la lumière sur les rouages de notre système de sécurité intérieure et de mettre en évidence les nombreux défis et difficultés que doit surmonter l'Etat lorsqu'il pense "sécurité".

## II. La LMSI

Maintenant plus que jamais, la sécurité intérieure est une préoccupation centrale et prioritaire de tout Etat soucieux de protéger sa population civile. Conscient de cette tâche, notre Parlement a promulgué au début du printemps 1997 une loi fédérale dénommée LMSI, qui est une des lois les plus rigoureuse de toute l'Europe en matière de protection et de sécurité d'un pays (Affirmation du Président du DFAE le 8 octobre 2001 suite à l'intervention américaine en Afghanistan).

Le Conseil Fédéral, par voie d'ordonnance, possède également la capacité de légiférer, pour une durée limitée, en fonction de la clause de besoin. La traque américaine en Afghanistan a poussé notre exécutif à étoffer l'article 13 LMSI par deux ordonnances du 7 novembre 2001 (publiées RO 2001 p. 3039 et 3040) visant, d'une manière générale, les menaces du terrorisme

international, et nommément, le groupe Al Qaïda ou autres organisations visant les mêmes objectifs.

La LMSI poursuit deux buts essentiels:

- Préserver le fondement démocratique constitutionnel de la Suisse;
- Préserver la liberté de la population.

A cet effet, les autorités fédérales et cantonales, par délégation, doivent tenter de détecter avant forfait:

- Les dangers liés au terrorisme;
- Le service de renseignements prohibés;
- L'extrémisme violent.

S'ajoutent trois autres domaines qui ont été quelque peu rattachés comme des wagons, soit:

- Le commerce illicite d'armes;
- Le commerce de substances radioactives;
- Le transfert illégal de technologies.

Nonobstant les tâches ci-dessus énumérées, les autorités doivent absolument maintenir le respect des droits individuels, ce qui va dans le sens du but, sauf s'il recouvre la préparation ou l'exécution d'actes visés ci-dessus (article 2 de la LMSI).

A l'image d'autres domaines administratifs, la Confédération délègue à chaque canton et le rend responsable (article 4 LMSI) de sa sécurité intérieure, sauf les matières expressément réservées à la Confédération qui recouvrent des tâches internationales stipulées à l'article 5 de ladite loi.

D'ailleurs, certaines d'entre elles sont financées ou remboursées par la Confédération conformément à l'article 28 LMSI et aux articles 1 à 5 de l'ordonnance concernant les prestations financières allouées aux cantons pour le maintien de la sûreté intérieure.

On a vu à Genève, l'armée envoyée par la Confédération pour des tâches de



surveillance de missions, notamment celle de Turquie, aux moments les plus chauds des problèmes kurdes.

Après cette définition générale de la LMSI, il convient de préciser ici que son ordonnance d'application est de quatre ans sa cadette, entrée en vigueur le 31 juillet 2001. Or, les dispositions de la LMSI ont déjà, à maintes reprises, été appliquées, soit lors de la conférence de l'OMC à Genève, des deux forums successifs de Davos, puis à Gênes au point qu'il a été reproché au commandant de la Gendarmerie Genevoise d'avoir fait le déplacement pour apprécier la situation en qualité d'observateur, voire prodiguer des conseils au sens de l'article 8 de la LMSI.

A lire l'ordonnance (OMSI), on a l'impression qu'elle constitue une rallonge de la loi et non pas une ordonnance d'application. En effet, elle vise trois domaines quelque peu délaissés par la loi :

- Collaboration des organes de sûreté;
- Collaboration avec des organes militaires;
- Recherche et traitement d'informations.

Cette dernière tâche est certes légitime dans des situations de crise, mais ne justifie pas par exemple l'alinéa 2 de l'article 9 libellé en ces termes :

*«Le SAP peut charger les organes de sûreté cantonaux de surveiller des lieux publics et librement accessibles, ainsi qu'enregistrer la surveillance sur des supports d'image et de son».*

Le législateur a-t-il été pris d'espionite aiguë ? Ce d'autant que ces supports sont conservés (article 9 ch. 4 OMSI) «dans des buts documentaires» afin de servir ultérieurement si nécessaire. Cette ordonnance met sérieusement en

péril la vie privée du peuple que les autorités peuvent filmer, enregistrer leurs propos, voire surveiller sans raison ou motif en relation avec les articles 2 et 14 LMSI; certes de manière restrictive et contrôlée, conformément aux articles 15 et 16 LMSI.

L'autorité, à l'insu du ou des intéressés, peut diffuser, voire transmettre à l'étranger des données ainsi recueillies (articles 15 ch. 4, 18 à 20 OMSI).

Cette loi et son ordonnance poursuivent des buts fédéraux, cantonaux et internationaux. On aurait pu placer le troisième en premier, mais ce sont les collectes et mises à jour des informations qui doivent permettre à la Confédération de remplir son rôle dans le concert international.

Sur le plan fédéral, les deux grands principes de fondements démocratiques constitutionnels et la liberté de la population sont extrêmement et volontairement vagues pour laisser toute latitude à notre gouvernement de conduire, préserver à sa guise – dans les limites de la Constitution – et sauvegarder le grand principe de neutralité active de notre pays. Dans un monde où les distances n'existent plus, où l'information circule à la vitesse de l'impulsion électrique, il est essentiel que les organes fédéraux aient accès à toute la panoplie des informations détenues par ses sources propres, par celles des cantons, celles d'Interpol, voire d'autres organisations luttant contre la criminalité transfrontalière ou internationale.

Dans un second volet, il faut que la Confédération assume à l'égard des cantons des obligations d'état central en accordant la possibilité et en mettant à disposition – en cas de nécessité – les moyens en hommes et

en matériel lorsque les circonstances l'exigent. On pense à ce sujet plus particulièrement aux cantons de Berne et de Genève, l'un pour ses nombreux sièges d'ambassades et l'autre pour les missions permanentes, organisations internationales, etc...

Il est intéressant de relever ici que ces mises à disposition font l'objet de contrats entre la Confédération et le canton demandeur aux fins de missions spécifiques au sens des articles 4 à 8 et 22 de la LMSI. Ces dispositions se rapportent à l'article 2, lit d de ladite loi, soit:

*«Les mesures qui visent à protéger les Autorités fédérales, les personnes jouissant d'une protection spéciale en vertu du droit international ainsi que les missions diplomatiques permanentes, les postes consulaires et les organisations internationales».*

A de nombreuses reprises, se sont tenues et se tiennent des conférences internationales sous l'égide de la Confédération Suisse. A ces occasions, elle prend à sa charge la mise à disposition de moyens en hommes et en matériel pour assurer non seulement la sécurité du lieu où se tient la conférence, mais également tous les périmètres où séjournent les participants durant lesdites conférences.

A cet effet, outre les forces de police du canton où se tient l'événement, elle peut faire appel à des contingents de polices cantonales d'autres cantons, y adjoindre les forces de sécurité qu'elle juge nécessaires jusqu'à un maximum de 2000 hommes afin d'éviter de devoir susciter un vote des Chambres fédérales. On se réfère par exemple à la conférence sur la Palestine à Genève en 1988 où 112 états étaient représentés et 1000 délégués assistaient avec une horde de journalistes.

L'Etat de Genève avait mobilisé toutes ses forces de police disponibles, fait appel à 300 policiers des autres cantons et la Confédération avait mis à disposition un régiment de chars.

Tout ce dispositif terrestre était placé sous le commandement du Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève, c'est-à-dire du pouvoir civil délégué à la Police Cantonale en coordination avec l'Armée, dont un détachement avait également été placé en état d'alerte avec l'escadre aérienne de surveillance. L'armée fait en quelque sorte la police, comme ce fut le cas pour Expo 02 (circulation, sanitaire, surveillance, etc)...

(Commentaire sur la mise en œuvre de l'armée à l'échelon en dessous de l'état de guerre. Etude de stratégie, livre 10 p. 17 à 20, 181 et 182).

Il faut noter que la loi faisant l'objet de la présente étude est postérieure au commentaire cité et à l'organisation mise en place à plusieurs reprises tant par la Confédération que les cantons avant l'entrée en vigueur de la LMSI.

On ne saurait clore le chapitre des prérogatives de la Confédération sans parler de son pouvoir de «son contrôle de sécurité relatif à des personnes» visé par les articles 19 et ss de ladite loi.

Lesdites prérogatives s'appliquent aux personnes ayant accès à des informations classifiées: des agents de la Confédération, des militaires et des tiers collaborant à des projets classifiés relatifs à la sécurité intérieure ou extérieure, etc... Deux ordonnances ont été promulguées, publiées au RO 2002 I p. 377 et ss, dénommées OCSP, précisant les personnes devant obligatoirement faire l'objet d'un contrôle et le degré d'intensité de celui-ci (article 9 de la première ordonnance).

Ceci rappelle étrangement l'affaire des

fiches qui avait ébranlé le Ministère Public fédéral, et une affaire beaucoup plus ancienne dans le cadre de laquelle une personne ayant pour hobby tout ce qui touchait la défense nationale avait collecté dans des fascicules officiels, feuille fédérale, message aux Chambres, publications de la presse, etc, des informations que les Autorités considéraient comme classifiées alors que n'importe qui pouvait y avoir accès et ce qui, lors de la construction du centre de commandement en cas de guerre, avait incité le Conseil Fédéral et la Commission chargée de la défense nationale, à respecter une certaine confidentialité, ne laissant filtrer que ce que la population d'alentours pouvait voir en raison des travaux en cours.

En bref, aujourd'hui, les personnes «agents de la Confédération et autres» occupant un poste de fonction entrant dans le cadre des articles 19 et ss de ladite loi doivent accepter que leur vie soit passée au crible fin et leurs données saisies dans le système ISIS relatif à la protection de l'Etat selon l'ordonnance portant le même nom du 1er décembre 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, complétée et étoffée par «l'ordonnance ISIS» du 30 novembre 2001 publiée RO 2001 III p. 3173 et ss.

Bien entendu, les enquêtes peuvent être étendues à toute personne susceptible d'une manière ou d'une autre, d'être visée par l'article 2 ch. 1 de la LMSI.

C'est ainsi qu'il est mis à disposition de l'Office Fédéral de la Police, un service d'analyse et de prévention (SAP) (article 2 OMSI), dont les pouvoirs de collecte de renseignements sont extrêmement étendus dès l'instant où cet organisme, sur instructions de la Confédération ou des cantons, estime

ou a des soupçons que tel organisation ou individu est susceptible, de par son activité (articles 8 et ss OMSI) de compromettre la sécurité de la Confédération. Lesdites dispositions sont à rapprocher de l'article 20 LMSI expliquant le fonctionnement du SAP dans le cadre de procédures de recherches actives d'informations et de contrôle de celles-ci.

Bien entendu, l'existence d'une centrale de renseignements, notamment sur des personnes privées, ouvre l'accès au droit d'être renseigné, dispositions contenues à l'article 18 LMSI, sous forme d'une requête au préposé fédéral de la protection des données.

Cette disposition a été introduite pour tenir compte de l'intérêt bien compris des personnes ayant pu faire l'objet d'une enquête de la part du SAP pour une raison ou une autre (cf. JdT 2001 I cons. 4 p. 325).

C'est dire que les prérogatives et tâches qui incombent à la Confédération sont importantes et nombreuses, que ce soit de manière directe ou indirecte, selon le même article 2 ch. 3, 4, 7 et 12 de la LMSI sur le principe et de manière générale.

La Confédération ne pouvant avoir les yeux et les oreilles partout, elle délègue par principe toute une série de tâches et prérogatives aux cantons. Cette répartition est traitée dans la section II de ladite loi, plus particulièrement à l'article 4 qui en énonce les principes en ses chiffres 1 et 2:

*«1. Chaque canton est responsable au premier chef de la sûreté intérieure de son territoire.*

*2. Dans la mesure où, aux termes de la Constitution fédérale et de la loi, la Confédération est responsable de la sûreté intérieure, les cantons l'assis-*

*tent sur les plans de l'administration et de l'exécution».*

Les tâches ci-dessus énoncées sont reprises aux articles 2 et 4 de l'ordonnance (OMSI). La lecture de la loi et de l'ordonnance y relative donne à penser qu'il existe une relation constante entre l'Office Fédéral de la Police, son service d'analyse et de prévention (SAP) et les départements cantonaux chargés de la sécurité intérieure dans le cadre d'une gestion élastique entre cantons et Confédération. Cette situation fait penser à un système de navette ou de boomerang entre les organes fédéraux et cantonaux, voire communaux.

Il est intéressant de voir que le législateur s'est largement inspiré des 443 attentats entre 1969 et 1990 en Suisse dus à des groupes nationaux, soit une vingtaine d'attentats par année, sauf en 1984, année pendant laquelle la moyenne s'élève à un attentat par semaine. Durant la même période, des groupes ont commis 177 attentats visant des intérêts suisses dans le pays ou à l'étranger (Source: Revue militaire suisse, mars 1993, p. 8 «La violence politique en Suisse»).

L'expérience a dès lors voulu une très grande souplesse dans les relations Confédération/cantons.

L'idée avait déjà été émise le 27 août 1851 sous forme d'une loi pour la centralisation des infractions fédérales sous la supervision du Conseil Fédéral qui déléguait au Département fédéral de Justice et Police. S'il existait à l'époque des communications restreintes entre cantons, la chose a pris une actualité particulière à Genève lors de la rencontre des quatre grands où la police ne disposait pas des effectifs et des moyens nécessaires pour assurer la sécurité des chefs d'états, des ministres et des participants à la

conférence.

On a dès lors dû trouver une solution spéciale en faisant appel à des contingents de police de plusieurs cantons.

Ceci se répéta lors de la conférence sur le Laos en 1961 et 1962.

Il y eut plusieurs conférences entre l'Autorité fédérale et la Direction des polices cantonales, notamment en 1964, sans arriver à une réalité concrète.

Le Conseil Fédéral et les Chambres mirent sur pied une loi en 1968 pour créer une police intercantonale mobile qui n'a pas trouvé grâce aux yeux du peuple en 1970, pas plus qu'en 1978.

Entre-temps, comme les circonstances internationales et les besoins des polices cantonales se faisaient sentir, un concordat intercantonal a été accepté par les polices pour des mises à disposition au coup par coup.

(Commentaire sur les unités anti-terroristes à l'étranger et en Suisse, Pr. Dr. A. Stahel, Edition ETH Zurich, novembre 1996).

Toutes ces idées et ces concordats fondés sur une pratique bien établie ont introduit dans le système légal l'idée qu'il appartenait aux cantons le soin d'assurer leur sécurité intérieure en prenant les mesures nécessaires.

Un autre exemple: En 1998, le directeur général de l'ONU à Genève, Monsieur Vladimir Petrovski, s'est plaint auprès des Autorités suisses que les mesures de sécurité de son siège à Genève étaient insuffisantes. L'Autorité fédérale a laissé le soin au canton de Genève de prendre langue avec les services de sécurité intérieure du siège genevois de l'ONU afin de prendre les mesures adéquates pour garantir l'intégrité et l'inviolabilité du territoire du siège de l'ONU à Genève.

(Source : NZZ No 216 du 18/09/1998).

Le système légal mis en place en Suisse laisse en général aux cantons le soin d'assurer la sécurité intérieure du canton en prenant les mesures nécessaires et indispensables à cet effet.

Il y a donc la sécurité apparente et la sécurité nécessitant des enquêtes parfois longues et ardues sur des individus connus ou non des cantons, connus ou non de la Confédération et, selon le Comte de Marenches, ancien chef des services secrets français: «Contre le terrorisme, tous les coups devraient être permis car c'est la seule façon de l'extirper».

Ainsi, il existe beaucoup d'adeptes sur le plan fédéral et sur le plan cantonal pour dire que:

*«La meilleure arme contre le terrorisme reste le renseignement, donc des fichiers».*

(Source: Revue de la Société Cantonale Jurassienne des Officiers, février 1991, p. 59).

C'est dans cette optique que l'OMSI consacre la section 4 de l'ordonnance au traitement des informations (articles 11 et ss de l'ordonnance) qui prévoit en son article 11 ch. 3 :

«Les informations sont saisies dans la banque de données ISIS documentation».

Comme il l'a déjà été dit à propos des tâches de la Confédération, cet outil est à la disposition de toute une série de départements conformément aux articles 18 et ss et aux annexes 1 et 2, ce qui laisse un large éventail de services susceptibles de nourrir ou de tirer des informations dans le système ISIS. Toutefois, la consultation par ces diverses personnes n'est possible que sur autorisation du SAP (annexe 1 ch. 2, al. 4).

Le Conseil Fédéral, par ordonnance du 30 novembre 2001, intitulée Ordonnance Janus, a précisé et renforcé les prérogatives de la Police Judiciaire Fédérale en mettant à sa disposition un outil informatique structuré dont le champ d'application élargi est précisé à l'article 3 de ladite ordonnance, incluant en plus la lutte contre la traite des femmes, conformément aux conventions internationales des 4 mai 1910, 30 septembre 1921 et 11 octobre 1933 ainsi que d'autres délits tels que la fausse monnaie, la circulation de publications obscènes, le blanchiment d'argent, les délits de corruption, etc...

Cette ordonnance élargit les moyens d'investigation et de communication intercantonale en matière de sécurité au sens large.

L'actualité brûlante démontre l'importance et l'efficacité de tels moyens pour le recensement de terroristes potentiels (réseaux dormants) ou réseaux actifs dans un pays donné. Il est en effet apparu que plusieurs des acteurs de l'attentat du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis étaient le fait de personnes vivant depuis de nombreuses années aux Etats-Unis, sans jamais avoir attiré l'attention des autorités par un comportement insolite, suspect ou violent. De même ces fichiers peuvent également provoquer des effets pervers pour des individus homonymes involontaires de gens fichés comme extrémistes connus.

Prenons comme simple exemple ce ressortissant saoudien vivant depuis de nombreuses années à Genève, ayant sollicité la nationalité suisse, qui lui a tout d'abord été refusée sur un malentendu d'homonymie puis accordée une fois le malentendu écarté.

Il ne faut pas oublier que la Suisse est un pays facile à atteindre et ouvert au monde. Il est par conséquent volontiers utilisé pour le transit et comme base d'opérations, en particulier pour des rencontres de groupes terroristes et de leurs partisans.

(Commentaire de l'Arme du Terrorisme, 1987, p. 41).

Au début des années 1970, sont apparus des groupes terroristes internationaux qui ont profité de la situation particulière de notre pays et du laxisme de beaucoup d'Autorités cantonales, pour se procurer des armes et des munitions, pour piller des dépôts d'explosifs, d'armes et de munitions militaires non gardés, effectuer des hold-up dans des banques pour financer leurs achats ou acheter des sympathisants à leur cause.

(Bulletin d'information No 7, juillet 1990, «Le terrorisme» article du Pr. Albert A. Stahel; ASMZ No 7-8 1987, article du Dr. Rudolf Gerber).

Il est rappelé en effet que deux terroristes allemands ont été arrêtés en décembre 1977 au poste de douane de Fahy en possession de matériel de guerre volé et le hold-up en novembre 1979 dans une banque zurichoise avec l'arrestation du terroriste allemand Wolf Clements Vagenhauer.

Cette action a été suivie d'autres avec mort de douaniers en 1980, etc...

Dès lors, les fiches d'hôtels, les paiements opérés par carte de crédit, les locations de voitures, ainsi que l'œil toujours ouvert du voisinage peuvent constituer des faisceaux d'indices permettant aux autorités cantonales, soit d'exercer une surveillance active et discrète, soit de reconstituer après coup les contacts établis par divers groupes. A ceci s'ajoutent aujourd'hui les possibilités accordées par la tech-

nologie moderne de surveillance électronique, mouchards, écoutes téléphoniques, etc..., d'un individu ou d'un groupe d'individus suspects.

(article 8 ch. 1 lit. e, ch 2 et article 9 OMSI).

La vigilance des Autorités de contrôle, la communication entre polices cantonales, ont parfois permis d'arrêter des groupes terroristes en Suisse alors qu'ils se préparaient à perpétrer des actes de terrorisme en Suisse ou à l'étranger.

Certains visaient la Suisse pour obliger notre pays ou un de ses voisins à libérer des terroristes incarcérés ou les attaques visaient des cibles étrangères se trouvant sur le territoire suisse, qu'il s'agisse de compagnies aériennes, de représentants de pays étrangers ou des réfugiés. Des confrontations sanglantes ont eu lieu à différentes occasions lorsque des terroristes se sont vus découverts par les organes de police.

On a de la peine à imaginer que la liste des attentats commis en Suisse par des terroristes est impressionnante et que seule une collaboration étroite inter-cantonale et sur le plan fédéral permet de décourager certains groupuscules de prendre pour base tel ou tel canton suisse particulièrement favorable pour coordonner ces actions dans le monde entier.

Ces prérogatives exercées de manière normale et restrictive préservent la liberté de la population ; en revanche, utilisées de manière extensive – ce qui est la tendance actuelle – la loi et son ordonnance peuvent provoquer des effets pervers et aller à l'encontre du but qui leur est assigné en fonction des groupes dominants dans les gouvernements cantonaux, voire des personnes en charge et responsables des polices cantonales.

On peut dès lors dire en règle générale que la loi et l'ordonnance sont là pour protéger la population contre des troubles intérieurs, voire contre des groupes indésirables, mais que ces dispositions légales, ouvrent un large champ à l'arbitraire, toujours possible.

La LMSI fait référence, dans de nombreux articles, aux transmissions outre frontières de données, soit dans le cadre de relations internationales. Bien avant l'entrée en vigueur de cette loi et de son ordonnance, il y a eu des relations entre les pays qui nous entourent et la Suisse. Avec le temps, ce cercle s'est élargi et a été créé un organisme de centralisation de renseignements européen dénommé INTERPOL regroupant quelque 154 états occupant aujourd'hui, rien qu'à Lyon plus de 200 employés.

Au début, cette agence de renseignements était extrêmement empirique. Bien souvent, les polices des pays omettaient de transmettre des informations à cet organisme et il n'était que rarement consulté.

Après la seconde guerre mondiale, les pays européens se sont rendus compte de l'importance de mettre sur pied un fichier central concernant toutes sortes de données, sur des personnes, sur des biens, sur des œuvres d'art, sur des bijoux, etc...

Les divers pays d'Europe occidentale ont investi des montants importants afin de doter cet organisme de moyens informatiques de pointe. Par exemple, nos ordinateurs sont directement connectés avec ceux d'INTERPOL INTERNATIONAL. En effet, la Suisse prend une part active à cet Organisme ; elle dispose de son propre Bureau Central National Interpol (BCN) issu de l'Office Fédéral de Police, selon l'ordonnance du Conseil Fédéral du

1er décembre 1986 (RS 351.21) complétée par celle du 21 novembre 2001 publiée RO 2001 III p. 3316 et ss.

Bien entendu, la Suisse a conclu avec des dizaines de pays des conventions internationales et des traités d'extradition. Ces conventions sont complétées par des dispositions sur la transmission de données, de renseignements sur des individus ou des groupuscules dangereux liés à la basse ou la haute criminalité.

Le 11 mai 1998, la France et la Suisse ont conclu un accord de coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière (publiée RO 2001 p. 2636 et ss) renforçant les dispositions sur la protection de l'Etat Français et de la Suisse, ce qui, concrètement, a abouti à la création de centres de police franco-suisse, d'échanges concrets d'informations à propos de divers crimes et délits (articles 7 et 8), ainsi qu'un droit de poursuite de malfaiteurs dans chacun des deux pays en cas de flagrant délit ou d'autres circonstances fixées à l'article 8 ch. 6 et 9, obligeant les agents poursuivants à se conformer à la législation du pays dans lequel la poursuite est exécutée.

Un protocole semblable a été signé entre la Suisse et l'Italie, permettant également l'ouverture d'un centre policier et douanier à Chiasso au Tessin en 2002.

(Source: Tribune de Genève du 30 octobre 2001).

Il existe des projets similaires entre la Suisse et l'Allemagne et la Suisse et l'Autriche. A propos de ce dernier pays, un arrangement a été conclu en date du 24 mai 2000, entré en vigueur le 1er juillet 2000 (RO 2001 p. 2654 et ss: p. 2893).



Récemment également, l'Angleterre a accepté d'extrader à la France un terroriste recherché depuis de nombreuses années pour des attentats commis à Paris, extradition qui avait été jusqu'ici refusée.

Cette entraide internationale s'est encore renforcée depuis l'attentat du 11 septembre, la plupart des pays du monde recherchent des individus ou des groupes d'individus qui pourraient être liés de près ou de loin au grand banditisme et au grand terrorisme.

On en veut pour exemple, suite au fameux attentat de Louxor où 58 touristes ont été tués, dont un grand nombre de suisses. Il s'est instauré une collaboration étroite entre les polices égyptienne, suisse, américaine, syrienne, libanaise, turque, ce qui a permis de découvrir que les auteurs de cet attentat avaient été entraînés dans des camps en Afghanistan et que le but avoué de cet attentat aveugle consistait à détruire l'économie égyptienne pour permettre l'émergence de mouvements fondamentalistes intégristes.

Ainsi, lorsqu'un acte délictueux est commis dans un pays, dont la Suisse par exemple, les Autorités policières commencent par se demander s'il s'agit de basse criminalité (atteinte aux biens ou à la vie d'autrui dans le cadre d'un acte isolé) ou de haute criminalité organisée, délit ou le crime fait partie d'une activité visant des buts politiques intérieurs ou extérieurs à la Suisse.

(Acte du symposium de 1998 – Guerre civile, guérilla, terrorisme entre hier et avenir p. 283 et 284).

La nouvelle loi et son ordonnance ont bien compris qu'il doit exister une prévention de la part de l'Etat « contraignant l'espoir actuel des terroristes de trouver toujours un endroit où se réfu-

gier en arguant de motifs politiques de leur action».

(Commentaire de Forster: L'Arme terrorisme p. 47 et ss).

Ainsi, sur le plan international, la LMSI doit être mise en rapport avec l'accord de 1977 sur la lutte contre le terrorisme.

Bien entendu, les interconnexions communes, cantons, Suisse et étranger fonctionnent mais la répression est pour l'instant étatique et non pas supranationale (sauf les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité), la Suisse devant dès lors faire entrer dans le cadre de son code pénal, j'allais dire dans le cadre étroit de la loi pénale, l'acte de basse ou de haute criminalité. En revanche, on reste quasiment impuissant devant les criminels qui utilisent leur propre mort comme moyen d'action. On l'a vu dans de nombreux attentats commis au Proche-Orient et plus récemment lors des attentats du World Trade Center et du Pentagone.

Tout ceci conduit à dire qu'une coordination bien pensée grâce à l'outil mis à disposition du Ministère Public de la Confédération et des polices cantonales doit permettre d'entreprendre et de trouver des mesures préventives efficaces, voire d'arrêter les potentiels criminels avant même qu'ils n'agissent, nécessitant de constamment adapter lesdites mesures de prévention et de les améliorer, ce qui permet d'éviter des réactions violentes, sauf en présence d'actes criminels de grand banditisme, justifiant l'intervention d'un ou de plusieurs Etats touchés par cette haute délinquance internationale.

(Bulletin d'information No 8 de 1987 ASMZ p. 542 : La Suisse comme base logistique pour le terrorisme international par le Pr. Albert A. Stahel).

Curieusement, lorsqu'on examine les diverses conventions liant la Suisse avec les pays qui nous entourent, on ne trouve nulle part des dispositions visant la criminalité de haut niveau. Ce n'est que sous la houlette du Président Clinton, au cours d'une conférence à Lyon en 1996, qu'il a été mis en marche des consultations en vue de pallier ce manque d'échanges sur le plan international.

Lors des multiples attentats en France, le gouvernement a mis en place son système de surveillance Vigie-Pirate. En revanche, les pays limitrophes n'ont pas pris de mesures spéciales dans le même sens.

Si l'initiative revient bien aux Etats-Unis, c'est qu'ils livrent une guerre à mort contre les pays d'Asie et d'Amérique du Sud producteurs de drogue, avec pour conséquence le blanchiment d'argent à propos duquel des dispositions ont été incorporées dans notre code pénal suisse avec toute une série d'autres dispositions ressortant au droit administratif (LBA).

Les autres pays qui nous entourent, tels que l'Italie, l'Autriche, l'Allemagne et l'Espagne, possèdent des organisations pour lutter contre la grande criminalité, notamment en Espagne avec son problème endémique basque. Ils ont tous adhéré aux accords de Schengen et de Dublin.

En Amérique, il a été fait appel à l'armée pour donner un coup de semonce au grand banditisme (raids de l'aviation américaine sur la Libye). En Israël, intervention combinée de l'armée et de la police, mais dans un conflit frontalier strictement limité, laissant le soin aux autres pays de se débrouiller lorsque des cellules terroristes cherchaient à exercer des pressions en important le grand banditisme dans des pays peu concernés.

C'est volontairement que cet article n'envisage pas les situations et la protection des aéroports de Zurich-Kloten et de Genève-Cointrin, car une réglementation et des protocoles appropriés ont été édictés pour protéger les installations, les bâtiments, les passagers, avec la mise en œuvre de forces spéciales en cas de danger ou en cas d'attentat.

Ces deux aéroports constituent des cas d'application particuliers de la loi et de son ordonnance à la charge et sous la sauvegarde des cantons dans lesquels ils sont situés. Relevons qu'à Zurich et à Genève, il a été nécessaire de créer une force d'intervention spéciale.

### III. Conclusion

Tant au niveau national que cantonal, la loi et son ordonnance laissent aux organes chargés de la sécurité une immense latitude d'investigation et d'intervention. Néanmoins, la population sent que l'Autorité préserve les fondements de la démocratie constitutionnelle et la liberté de la population. Il suffit de voir vivre les gens pour se rendre compte qu'ils ne se sentent guère concernés et qu'ils font confiance à l'Autorité pour préserver leurs libertés fondamentales, leur bien-être et leur sécurité.

Cette première conclusion est peut-être un peu trop idéaliste mais est issue des constatations que tout un chacun peut faire dans la vie de tous les jours. Certains, lors d'occasions déterminées, jugent les mesures prises parfois disproportionnées par rapport au but à atteindre (forum de Davos), mais admettent finalement que l'Autorité avait raison (désordres à Zurich après ledit forum) et que notre bien-être est à ce prix.

La loi et l'ordonnance qui viennent d'être examinées fixent un cadre à l'in-

tention de l'Autorité fédérale et des Autorités cantonales, voire communales. En revanche, les personnes visées qui peuvent être arrêtées ne sont soumises à aucune loi particulière sauf le code pénal suisse et diverses dispositions pénales : blanchiment d'argent, trafic de drogue, etc...

Il n'existe pas de dispositions spécifiques traitant ou sanctionnant la criminalité à but politique, par exemple un hold-up en vue de se procurer des armes puis de les faire passer à l'étranger pour soutenir une guérilla, etc...

Tout ce qui a été exposé ci-dessus peut se résumer, en ce qui concerne la sanction, par les dispositions pénales réprimant et condamnant les criminels, quels qu'ils soient et quel que soit l'idéal qu'ils servent ou qu'ils défendent.

En Suisse, ces dispositions pénales paraissent bien faibles et désuètes par rapport à la criminalité qui se manifeste avec de plus en plus de violence, provoquant de plus en plus de morts par des actes de personnes endoctrinées idéologiquement et pour lesquelles on n'atteint bien souvent pas la tête.

L'exécutant est donc puni selon le code pénal du pays en vigueur, mais les auteurs intellectuels ayant tout préparé et mis en place sont en général hors d'atteinte, ce qui peut choquer le sentiment du droit dans un pays libre et démocratique (cf. la condamnation à perpétuité par la Cour pénale fédérale de l'Etat de New York de terroristes liés à l'organisation Al-Qaïda).

Bien entendu, lorsque cette criminalité est le fait d'un chef d'état, d'un appareil étatique, c'est la communauté internationale qui initie la procédure,

fait arrêter, fait accuser et les fait condamner.

Il est piquant de relever qu'en dehors du procès de Nuremberg, les condamnés encourent de lourdes peines de prison, mais pas la peine de mort alors que, jugés selon les lois et la procédure d'un pays ou d'un Etat connaissant la peine de mort, ils seraient châtiés de la peine suprême.

Cet article a pu être écrit grâce à la disponibilité et l'amabilité de la Bibliothèque Militaire Fédérale à Berne.

Tous mes remerciements vont également à Monsieur Christian Coquoz, Chef de la Police, ainsi qu'à Monsieur Gérard Maury, Chef de la Sécurité du Territoire de la République et Canton de Genève, qui a mis à disposition de la documentation, a discuté et proposé des modifications à l'auteur de cet article qui en a largement tenu compte.

### **LES TRAVAUX DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR LA CONCURRENCE EN MATIÈRE DE PROFESSIONS LIBÉRALES, SUITE**

par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil

Dans la Lettre du Conseil N° 37 de novembre, 2003 nous avons évoqué les travaux du Commissaire européen à la concurrence Mario Monti en matière de professions libérales, et les conséquences assez profondes qu'ils pourraient avoir sur la pratique du métier d'avocat et les professions de services juridiques en général au sein de la Communauté européenne. Ces travaux sont également susceptibles à terme d'affecter la pratique de notre métier en Suisse, par l'effet des accords bila-

téraux et du droit communautaire en général, s'agissant d'un domaine d'activité connaissant depuis toujours de très larges échanges au plan international et tendant à terme vers une large harmonisation du marché européen global de services juridiques.

Lors de la conférence sur la libéralisation des professions libérales tenue sous l'égide de la Commission à Bruxelles le 28 octobre 2003, un grand nombre d'intervenants et de groupes professionnels ont pu faire valoir leurs vues suite aux premiers rapports établis par la Commission ou à sa demande. Ces travaux sont pour l'essentiel disponibles sur le site Internet de la Commission. Ce premier «round» donnera ainsi lieu à un rapport plus élaboré et plus conclusif promis par M. Monti pour la première partie de 2004. Il est attendu qu'il se prononce de manière plus précise, pour ce qui concerne les services juridiques, sur la publicité, les tarifs et la multidisciplinarité, en premier lieu, et sur la formation continue et l'intérêt public des réglementations professionnelles, en deuxième lieu.

En attendant la publication de ce second rapport, et que les injonctions ou les invitations qu'il exposerait en soient analysées, commentées et débattues par nos associations professionnelles, le discours de clôture du Commissaire européen constitue un excellent éclairage sur les aspects de nos activités qui seront ou pourraient être affectés par ses travaux. Ce discours de clôture est reproduit en anglais, langue dans laquelle il a été prononcé.

**Comments and concluding remarks of Commissioner Monti at the Conference on Professional Regulation, European Commission**

**Centre, Borschette, Brussels, 28 October 2003**

Ladies and Gentlemen,

I hear that the day has been most interesting. I am pleased to have arrived in time to listen to the last panel. In fact I just came back from Washington where I discussed the topic of the Regulation of Professional Services with my colleagues at the US antitrust agencies (the Antitrust Division of the Department of Justice and the Federal Trade Commission). I wish to thank the speakers and each participant for their contribution to this conference and I welcome this opportunity to share with you my perspective on the regulation of professional services.

In a speech I gave in March, on competition and professional regulation, I put the emphasis on the Lisbon goal, agreed by the heads of EU States and governments in 2000, aiming at making Europe the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world. I hope you will agree that there is an obvious link between the improvement of the conditions of competition in professional services and the Lisbon agenda. Europe has to be at least as modern in this area as our main competitors to attain the agreed Lisbon objective by 2010. This is a political goal and also a competition policy goal, and all EU countries share an interest in making use of the potential to generate more growth and employment in the economy by modernising the services sector where needed. In this context I would also like to say a few words on the American state of play. The US markets have been freed of price regulations, including the abolition of minimum, maximum or suggested fee scales and also the markets involving

law and real estate have been opened up to competition by qualified real estate and banking professionals. In the US they are still aiming at striking a careful balance between professional advertising and public protection and evaluating whether business structures should allow multi-disciplinary practices. I find this American overview helpful to point out that every profession in every country faces some regulation and that some restrictions are easier to remove, or to replace by less stringent ones, than others. In the US, the professions or authorities have indeed done away with some of the most serious restraints on competition and are considering some further relaxation of the existing rules. Nevertheless, even today members of a profession cannot necessarily practice in another State. To me this means that in some ways the EU could, if it so wished, be more progressive than the US in this important sector of the economy.

So why do I think modernisation is needed in Europe?

Let me just give you two simple examples which illustrate our concerns and which give you an idea of possible benefits of revisiting the existing regulations: Firstly one figure to give you an idea of the costs of not doing anything: in one of the most heavily regulated EU country, Italy, my distinguished colleague Giuseppe Tesauro has noted that professional services account for up to 9% (on average 6%) of companies costs. The spillover effects to other sectors seem crystal clear, and if the costs of the professional services to the business could be contained, the prices of their products and services could also be lower.

Secondly, we can also ask ourselves what is the likelihood, in Europe, of

inter-State spillover effects. In the US the Federal Trade Commission has highlighted that citizens of one State are often forced to absorb the costs imposed by another State is anti-competitive regulations. I fear similar effects also on our continent: any unjustified national restriction in fact equals a lost opportunity for the whole European economy. More concretely, if advertising is banned, the established professionals have a clear competitive advantage and the newcomers, notably from other States, are disadvantaged. This also limits consumers' choice and may have adverse effects on employment. Let me now spend a moment on putting the macro-economic findings and concerns in a microeconomic perspective. And in whatever quality you are here today, I suggest that for a few minutes you put on the hat of a person who needs to buy a house, to live in it or to run business in it. You will encounter a number of professionals on your way to a satisfactory transaction. A real estate agent or another professional of this first link in conveyancing will help you to find a suitable property. An architect will estimate its value, draw up transformation plans for you and supervise the works, in collaboration with an engineer or another construction professional as the case may be. An accountant, tax consultant or other professional of numbers will help you with the technicalities of the investment. A notary will draft the transaction documents and authenticate the deed. Even the intervention of a lawyer may be needed. And in the unfortunate event that the transaction causes you some headache, you go to a pharmacy to procure some over-the-counter pain-killer. This is something of a caricature, but it is quite likely that many of you go through part of this once or

even repeatedly. My view is that the consumer's or businessperson's possibility to engage, in each of these phases, a professional whose profile and offer best match his needs depends much on three variables: the availability of (i) appropriate advertising, (ii) appropriate pricing and (iii) appropriate selection of services and service-providers. It seems difficult to get best possible satisfaction or value for money if advertising is restricted or banned, if prices are not negotiable, if business development is subject to strict rules and/or if some specific services are imposed rather than demanded. My role is to ask you as potential users of services whether you are satisfied under the current regime. My role is also to challenge the competent regulators to assess where they see some scope for change. The change could begin by some small steps forward. Why not for instance reconsider whether rules designed for consumer protection really should apply in the same way to business consumers and to individual one-off consumers ? In this context I would also like to remind you that, as you may have learnt earlier and also heard today in the presentation of activities led by DG Internal market, the Commission is taking steps to make the internal market in services function better. This is an important component of the process of economic reform launched by the Lisbon Council. The increase in cross-border services provision and the resulting competitive pressure will help identify cases where the current regulatory framework hinders innovation and modernisation of professional services. This should contribute to a process of modernisation of the regulatory framework at national level which has already been launched by a number of Member

States. I will now turn to the rules and regulations on which you have been asked to comment. Our stocktaking exercise has made it clear that there is a striking lack of consensus among the professions and the professionals on the need for specific regulations such as price fixing, recommended prices, advertising prohibitions and restrictions on inter-professional co-operation. In many cases, a minority of respondents only were in favour of the most restrictive rules. I also have some feedback that since I raised the issue and invited the professional bodies, the professionals and their customers to a critical assessment, overall understanding has increased. I am pleased to note that some have already started their reflections. As an example, I have been told that the International League of Competition Law (LIDC), just this month, adopted unanimously a resolution which calls for the codes of conduct to specify the objective that a rule is designed to pursue, something which clearly helps to assess its justification. The same resolution emphasises the importance of proportionality of self-regulation and of State regulation, and it points out that careful scrutiny is required, in particular, where the rule has the effect of specifying fees or fee scales that may be charged. Against this background, I personally tend to think that some rethinking would be useful in particular in the areas of pricing restrictions and advertising bans. As to prices, I share the viewpoint of Advocate General Léger of the European Court of Justice, expressed in his Opinion in the famous *Arduino* case: [I quote] there is no causal effect between the level of fees charged and the quality of services supplied. I fail to see how a system of mandatory prices would prevent members of the profession from offe-

ring inadequate services if, in any event, they lacked qualifications, competence or moral conscience. Second, the quality of services is - or ought to be - guaranteed by measures of a different type, such as those governing the conditions of entry to the profession and lawyers' professional liability. [end of quote]. Today, there have been some arguments in favour of fixed prices. Fixed prices automatically entail cross subsidisation. If the regulator finds this justified, it should at least make it transparent. As to advertising, while I see that some advertising may be problematic from a consumer protection viewpoint, I strongly believe that the absence of real informative advertising makes it difficult to shop around for a good price and service. Such restraint therefore enhances the ability of profession members to sustain collusive prices or, at least, for some profession members to charge significantly above cost. I would like to remind you that the Court of First Instance confirmed in the European Patent Institute case that a simple prohibition of comparative advertising restricts the ability of more efficient professional representatives to develop their services. As regards rules on business structure and multi-disciplinary practices ("MDPs"), I should first remind you that in the famous Wouters case, also debated today, the Court clearly noted that prohibitions of one-stop shops are liable to restrict competition and must be justified for overriding reasons in order to be acceptable. Indeed, the only restrictions permitted are those which can reasonably be considered as necessary for protecting the public interest. In the Wouters case a prohibition was considered justified to prevent conflicts of interests. I would like to mention here that the Belgian Supreme Court has

very recently [on 25 September 2003] annulled the rules prohibiting any kind of collaboration between the members of the Flemish Bar and other professions. It found that rules which were founded on an open-ended list of presumptions of infringement, which did not specify with which professions collaboration was prohibited, which did not contain any nuances or possibilities of derogation, impeded lawyers' freedom to provide services in a disproportionate manner. Such an extreme rule was not justified by the need to prevent conflicts of interests. My feeling is that the issue of whether MDPs are a good or a bad thing must be further explored and probably decided on a case by case basis. I would now like to raise the question of who is best placed to consider if the traditional rules are outdated and make the change happen where necessary. First of all, in line with what some speakers have said earlier today, I wish liberal professions would stop defending a blanket exception to all their rules and would seize the opportunity to look at each rule separately and justify it explicitly. Self-regulatory reform would be most welcome. I would encourage that professional associations revisit their rules on their own initiative, in the interest of their own professions. They should modernise the rules they are alone responsible for. In parallel they should propose changes to the legislator for regulations that are incorporated in legislative instruments. This ought to be done not only when it is a legal obligation, but it should be seen as a political and economic opportunity. From the more traditional competition enforcement perspective, I should add that using antitrust instruments is always possible where necessary and that from May 2004 onwards the



national competition authorities and national courts share this competence with the Commission. To complement the self-regulatory changes, State regulation reform would be needed where it is fundamentally the national or regional law that entails unjustified restrictions of competition. As you are well aware, the Commission has the powers to bring an action against a Member State to the European Court of Justice where it finds that an unjustified restraint of competition is put in place with government blessing or even imposed by law. In the field of liberal professions, we have not yet made much use of this power, but the power to act is there and - thanks to the interpretations of the combined effects of Articles 10 and 81 given by the Court in a number of preliminary ruling cases - we know what kind of challenges seem legally justified. We also know where there is still need for further clarifications. One of the points where we still would like to see some further Court guidance, after the *Arduino* judgment, is the extent to which a government needs to give guidance and effectively control the use of the delegated powers by the professional association - to what extent the restriction is truly a State action. September 9th this year was an important day for European competition policy. On that day came the ruling of the European Court of Justice in the *Consorzio Industrie Fiammiferi* or “CIF” case. The Court declared, in essence, that any national competition authority has the right, and even the duty, to assist the Commission in guaranteeing the respect of Articles 10 and 81 by the Member States. The national competition authority has the right and duty to “disapply” national law and give effect to EU law prohibiting anti-competitive agreements, deci-

sions and practices. My services will discuss the exact implications of this judgment with the Member States’ competition experts in a meeting in November. It seems to me, at first sight, that it opens to the national competition authorities some enforcement possibilities. This could be the case where the adoption of common fee scales is based on statutory empowerment or where advertising restrictions interpreted and enforced by professional associations are based on such empowerment, provided that the role of the professional association is not merely advisory. This new doctrine indeed seems to limit the scope of the so-called State action defence in the EU, although the exact use of these powers is still to be determined. Now, you probably expect to hear what my next steps are going to be. I can tell you today that I have instructed my services to start preparing a Report on competition in the professions. I would like this Report to begin by outlining the economic rationale to reform some of the rules and regulations affecting competition in professional services. I would also like to outline the requirements of EC competition rules with respect to State and self-regulation of professional services, having regard in particular to the *Arduino* and *Wouters* judgments of the European Court. There may be room to suggest possible course of action for the Member States and for the professions, with reference to specific rules and regulations as the case may be. It might also be useful to explore the possibility of defining a timetable and a monitoring mechanism of progress. We are just about to round up the stocktaking. We now have to reflect on what has been said in the written submissions and here today orally. My plan is that the Commission’s Report will be released

in the beginning of next year. I have already encouraged the professions to revisit their rules. I would be pleased if also the competent regulators used the next few months to reflect how to make a contribution to improving the conditions of competition to the benefit of consumers and professionals alike. I have one more remark to make. As I have already made clear to the European Parliament, my intention is not that the current regulatory framework should be changed overnight in a lump exercise. I am in favour of competition between legal systems, as suggested by Professor Van Den Bergh. I am not aiming at harmonisation of all regulations, nor at generalised deregulation. My intention is to encourage and help the competent regulators to improve the conditions of competition, while duly safeguarding the interests of consumers. Let's think together who are the best placed to draw up codes of conduct for the various professions. I tend to believe it is for the governmental experts of professional regulation and the professional organisations together to revisit the rules in place and to abolish any rules that produce anti-competitive effects without being objectively necessary and the least restrictive means to guarantee the proper practice of the profession in question. I would say, at this stage, that the governments have a burden of proof to reassess the regulations, since they have agreed the Lisbon agenda. I think the lack of consensus to support the existing rules is sufficient for us to ask those who defend the status quo to justify their position in today's context. The Commission's Report on competition in professions would be there to help the governments and the professions by providing some common criteria for their assessment. Let me stress it once

again: it is my firm belief that some modernisation of rules affecting competition in professional services is of crucial importance for the EU to meet the Lisbon goal of making the EU the most competitive and dynamic economy in the world by 2010. Thank you for your attention throughout the day and for your precious input to this stocktaking exercise. I hope and trust that I can count on your participation also in the next steps.

### **RÉFLEXIONS SUR LA PORTÉE DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION DE TAXATION**

par Me Jean-Cédric Michel, membre  
du Conseil

A l'occasion d'un changement de composition de la Commission de taxation, les magistrats qui la composent et le Conseil se sont livrés à certaines réflexions quant à la portée des décisions que rend cette Commission, à l'évolution de ces procédures et de leurs résultats au cours des dernières années, et aux améliorations susceptibles d'être le cas échéant apportées à son fonctionnement.

En l'état, une décision de la Commission de taxation ne constitue pas seule un titre de mainlevée, en raison de la compétence restreinte de la Commission de taxation laquelle ne se prononce que sur la quotité des honoraires et non sur l'exécution du mandat dans son ensemble. La clause d'arbitrage par laquelle il est possible pour les parties de demander à la Commission de rendre une décision formellement liante et exécutoire n'est pour sa part que très rarement utilisée par les parties, au point d'en être anec-

dotique. Dans la pratique, on assiste cependant à une judiciarisation toujours plus importante de la procédure devant cette Commission, les clients et les avocats étant notamment de plus en plus souvent assistés par avocat. De manière générale, la Commission estime qu'une plus grande judiciarisation de la procédure n'est pas forcément souhaitable, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une procédure civile ordinaire complète mais d'une procédure relativement informelle destinée à déterminer si la quotité des honoraires est justifiée ou non. Dès lors, dans la pratique toujours, les parties se soumettent très largement à la décision de la Commission. Il est en revanche naturellement frustrant pour l'avocat qui doit passer par la procédure de taxation, soit par sa volonté, soit par celle du client, de ne pas disposer à son issue d'une décision susceptible d'exécution contre son client, et de devoir de la sorte tenter à la suite une procédure civile ordinaire s'il veut disposer d'un jugement exécutoire.

A l'initiative de l'Ordre, la Commission s'est donc à nouveau posé la question de savoir dans quelles circonstances qualifiées sa décision pourrait constituer un titre de mainlevée provisoire. Cette réflexion est née de l'analyse de la jurisprudence, dont il ressort qu'elle a fluctué au cours du temps (SJ 1981 p. 44; SJ 1965 p. 397). L'idée est ainsi de pouvoir soutenir que l'ensemble de pièces constitué par la note d'honoraires de l'avocat, la décision de taxation sur la quotité des honoraires et constatant simultanément l'absence de contestation sur l'exécution du mandat, et la procuration de l'OdA signée par le client comportant l'engagement de régler les honoraires, peut valoir titre de mainlevée. Mme Martine Heyer,

Présidente de la Cour de Justice, siégeant en cette qualité comme Présidente de la Commission de taxation, a soumis la question au plénum de la Cour de savoir si une telle conception pourrait être agréée en matière de mainlevée d'opposition. La position de la Cour est ainsi que si le raisonnement formulé dans la SJ 1965 p. 397 apparaît trop large, le prononcé d'une mainlevée provisoire ne saurait effectivement être totalement exclu lorsque le créancier fournit au juge un ensemble de documents constitué de i) la note d'honoraires, ii) la procuration signée du client, iii) un document signé du client selon lequel les honoraires sont convenus à un tarif horaire déterminé, iv) un engagement du client de payer le montant des honoraires tels que taxés le cas échéant par la Commission et, v) la décision de ladite Commission. L'avocat ne dispose pas toujours de tous ces éléments dans son dossier à l'heure actuelle. Ceux qui le souhaitent n'auront cependant pas de difficulté non plus à les prévoir – certaines Etudes communiquant déjà à leurs clients, par exemple, des notes ou barèmes relatifs à la facturation et aux honoraires. Ces exigences ne sont donc peut-être pas nécessairement aussi compliquées qu'elles y paraissent. Il ne s'agit cependant pas là d'une solution définitive dans la mesure où, comme toujours en matière de mainlevée, son octroi ou son refus est très largement casuistique et dépend également largement des moyens de défense invoqués par le débiteur. Au surplus, l'article 56 ch. 2 LPC permet à la Commission de passer un procès-verbal de conciliation lequel vaut alors titre de mainlevée. Cela devrait constituer une invitation à la conciliation, laquelle constitue d'ailleurs l'un des buts avoués de cette procédure peu formelle.

**QUELQUES INFORMATIONS  
SUR LA PORTÉE ET LA MISE  
EN APPLICATION DE LA  
DIRECTIVE EUROPÉENNE  
N° 97/2001 EN MATIÈRE DE  
BLANCHIMENT**

par Me Jean-Cédric Michel, membre  
du Conseil

La directive communautaire en matière de lutte contre le blanchiment est également un texte qui a posé, et pose encore, des problèmes au plan des principes fondamentaux de la profession d'avocat. La directive institue en effet une obligation de dénonciation s'imposant, dans certaines circonstances, aux professions de services juridiques et aux avocats, et ce dans des cas ressortissant en principe de l'activité typique de l'avocat. Une telle obligation se heurte dès lors au secret professionnel et nécessite de définir une limite entre l'activité typique et l'activité atypique de l'avocat, distinction que tous les systèmes juridiques des pays membres de la Communauté ne connaissent pas ou ne conçoivent pas de la même manière. Dans une perspective d'harmonisation au plan européen, mais comme dans nombre d'autres matières, le fait que tous les systèmes de droit européens n'aient pas nécessairement la même approche, ou la même définition, de la distinction entre l'activité typique et l'activité atypique de l'avocat, constitue une difficulté évidente.

La directive a ainsi soulevé de nombreuses protestations de la part de certains Barreaux européens, notamment en France, lesquels se sont émus voire opposés à l'idée de se voir imposer une obligation de dénonciation totalement incompatible avec la confiance nécessaire à l'exercice du mandat d'avocat. Au plan politique, le message émanant des Ordres était également que dans le cadre de la lutte

contre le blanchiment, aussi légitime soit-elle, l'implication d'avocats dans des montages illicites n'était pas d'une fréquence et d'une ampleur telles qu'elle justifiait, en termes de proportionnalité et par opposition à d'autres secteurs, qu'il soit porté atteinte à un principe aussi fondamental que la garantie de la confiance entre l'avocat et son client.

Du fait de ces oppositions, notamment, la transposition du contenu matériel de la directive dans le droit interne des pays de la communauté n'intervient donc que lentement et avec retard par rapport au calendrier initial. A ce jour, seuls neuf pays l'ont effectuée (Danemark, Espagne, Finlande, Irlande, Royaume-Uni, Autriche, Belgique, Allemagne et, il y a quelques jours, la France). L'Italie, notamment, ne l'a pas encore effectuée. La procédure d'évaluation de la transposition par la Commission, destinée à vérifier que les législations internes respectent la directive, n'a donc naturellement pas encore non plus débuté.

Pour ce qui concerne la France, pays avec lequel la Suisse et Genève ont de nombreux échanges, la loi procédant à cette transposition a été adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat le 11 février 2004 et publiée au Journal Officiel du lendemain. Elle prend la forme d'une modification du Code monétaire et financier, soit la loi régissant, entre autres, les services financiers et les flux de fonds en matière bancaire. Le gouvernement et les Barreaux sont finalement tombés d'accord sur une certaine modulation des exigences de la directive et sur l'institution d'un régime particulier aux avocats quant au mode de transmission des déclarations de soupçons. L'article L. 562-2-1 du Code monétaire et financier institue en effet un « filtre » en ce

sens que les déclarations de soupçons que l'avocat doit faire passent par l'intermédiaire du Bâtonnier, lequel ne retransmet pas la dénonciation au TRACFIN (l'équivalent, mais aux compétences plus étendues, du Bureau central de communication/MROS institué par la LBA) ou au Parquet s'il estime qu'il n'y a pas d'indices de blanchiment.

Au plan des cas dans lesquels l'avocat est tenu de dénoncer son client, l'activité strictement judiciaire est préservée sans réserves – ce qui n'est que normal. En matière de consultation et de conseil, le texte de la loi peut de prime abord laisser penser que l'avocat n'est tenu à dénonciation que lorsqu'il exerce une activité qui se rapproche de celle d'intermédiaire financier selon la conception suisse de la LBA (tous les problèmes posés par cette définition, dont celui des cas d'activité mixte typique et atypique, n'étant d'ailleurs pas résolus en Suisse à l'heure actuelle). Or en réalité, la loi va très au-delà et impose dans certains cas la dénonciation dans des situations dans lesquelles l'avocat n'est pas intermédiaire financier mais simplement conseil. Dans le cadre d'une consultation, l'exemption de dénoncer ne s'applique pas en effet si le client consulte dans le but de blanchir, ou si l'avocat n'ignore pas qu'il est consulté à cette fin. Ces cautèles représentent peut-être le meilleur, ou le moins mauvais, compromis qui ait pu être trouvé entre le gouvernement et les Barreaux. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont de nature subjective et que cela n'est pas totalement rassurant. En matière de conseil toujours, l'avocat, même sans maniement de fonds ou de valeurs financières, ni participation à des transactions pour le compte de clients, qui les assiste dans des opérations telles que la constitution de sociétés, ou de

fiducies de droit étranger, est soumis à cette obligation de dénonciation. En cela, la nouvelle loi française va très au-delà des exigences de la LBA puisqu'elle implique que l'avocat procède à une dénonciation de son client dans des cas dans lesquels il n'est pas intermédiaire financier mais agit bel et bien en qualité de conseil. Dès lors que la nouvelle loi vise expressément, notamment, la constitution de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire, et que la fraude fiscale (laquelle en France recouvre également la soustraction d'impôt sans faire de distinction avec l'évasion ou la fraude fiscale) constitue un délit préalable au blanchiment en droit français, l'on mesure la portée – inquiétante – de cette obligation s'imposant désormais aux avocats.

Pour ce qui concerne la Suisse, la directive européenne n'entraîne aucune obligation législative concrète dès lors qu'elle ne fait pas partie de l'acquis matériel des bilatérales. La Suisse n'est donc pas tenue d'en respecter le contenu ni d'en rendre compte. Comme la directive prenait elle-même appui sur les travaux du GAFI, notamment les quarante recommandations, que la Suisse a transposées dans son droit interne en vertu d'autres accords internationaux, la législation suisse peut être considérée comme conforme aux exigences de la directive. L'Administration fédérale des finances nous a ainsi confirmé que les solutions mises en place par la LBA constituaient donc, à ce titre, un standard au moins aussi élevé sinon davantage que celui de la directive européenne. Il n'en demeure pas moins que, pour ce qui concerne les obligations à charge des avocats, la nouvelle loi française apparaît beaucoup plus radicale et beaucoup plus dommageable pour le secret professionnel.

En conclusion, il y a essentiellement lieu de retenir que dans des dossiers internationaux, des confrères étrangers peuvent être confrontés à une obligation de dénonciation dans des conditions qui peuvent différer assez sensiblement de celles de la LBA.

### **LA BONNE SURPRISE DE LA COMMISSION DE TAXATION**

par Me Alain Berger, membre du Conseil

Dans sa circulaire d'août 1987 (!) sous la plume de Me Jean Clostre, le Conseil de l'Ordre révélait que la Commission de taxation siégeait à l'époque vingt fois par année pour examiner en moyenne 120 affaires qui lui étaient soumises soit par les avocats (60 à 65 % des cas) soit par les clients (35 à 40 % des cas) et dont 20 % étaient retirées avant l'audience, 20 %

transigées et 60 % tranchées par une décision réduisant une fois sur quatre le montant de la note.

Alors qu'en 1986, l'Ordre des avocats comptait 590 membres et qu'en 2002, il en comptait 1026, l'on pouvait s'attendre à ce que le nombre d'affaires soumises à la Commission de taxation augmentât dans la même proportion. D'aucuns auraient même sans doute parié sur leur augmentation exponentielle en raison de la judiciarisation croissante de notre société, de la multiplication des consultations et procédures judiciaires et enfin de la désacralisation de l'avocat. Ces parieurs auraient perdu !

En effet, et grâce à Mme Martine Heyer, Présidente de la Commission de taxation, ainsi qu'à Mme Nathalie Deschamps, greffière, les statistiques de la Commission de taxation des honoraires d'avocat pour les années 1998 à 2001, nous sont dorénavant connues. Elles sont les suivantes:

	1998	1999	2000	2001
Nombre total d'affaires introduites	156	131	144	99
Affaires ayant fait l'objet d'une décision	111	84	100	61
Affaires conciliées	30	28	13	11
Affaires rayées ou retirées	15	19	31	27

Les chiffres qui précèdent, hormis l'année 2001 qui paraît être une exception, démontrent la remarquable stabilité du nombre de cas soumis depuis 1986 à la Commission de taxation. En

proportion de l'augmentation du nombre d'avocats et des procédures judiciaires, cette stabilité représente en réalité une diminution à tout le moins de 50% du taux de contestation des

honoraires d'avocat. Comment expliquer ce phénomène? J'y vois pour ma part trois raisons essentielles :

- Nous avons appris à mieux communiquer en matière de rémunération de nos services de sorte que les informations dont disposent dorénavant nos clients évitent tout effet de surprise;
- La généralisation des time-sheet et un tarif horaire permettent dorénavant une plus grande visibilité du travail de l'avocat dont les notes d'honoraires sont moins abstraites que par le passé;
- L'assistance juridique, qui a connu un développement considérable depuis une quinzaine d'années, a pour conséquence que nos notes d'honoraires ne sont plus soumises à ses bénéficiaires, nécessairement en difficultés financières, mais (ce qui ne va pas sans poser d'autres problèmes) à la taxation par le service de l'assistance juridique.

La forte diminution du taux de contestation de nos notes d'honoraires sur une quinzaine d'années est réjouissante. Elle repose pour une large part, et cela doit nous encourager à persévérer dans cette voie, à notre politique d'information et de transparence envers nos clients, particulièrement en ce qui concerne notre rémunération.

### **DROIT AUX VACANCES PENDANT LE STAGE ET PRÉPARATION DES EXAMENS INTERMÉDIAIRES**

par Me Fabrizio La Spada, Premier Secrétaire du Jeune Barreau

Le Comité du Jeune Barreau est très souvent saisi de deux questions d'apparence anodine, mais qui préoccupent

tant les avocats-stagiaires que leurs maîtres de stage. Ces questions concernent la manière de calculer, d'une part, le droit aux vacances pendant le stage et, d'autre part, les jours de congé destinés à la préparation des examens intermédiaires. Cette Lettre du Conseil est donc l'occasion de faire le point sur ces interrogations.

#### **1. Calcul du droit aux vacances**

De nombreuses études considèrent que l'avocat-stagiaire n'a droit qu'à trois semaines de vacances au cours de sa deuxième année de stage, dans la mesure où il ne travaille à l'Etude que pendant neuf mois en application de l'article 13 alinéa 1 de la Charte du Stage. Cette interprétation est toutefois erronée.

Le droit aux vacances est fixé d'abord par la loi, puis par le contrat.

Conformément à l'article 329 a CO, l'avocat-stagiaire a droit à quatre semaines de vacances par année de service. (La durée des vacances peut bien entendu être augmentée par une disposition contractuelle spécifique. Dans un tel cas, les indications qui suivent s'appliquent mutatis mutandis.)

La durée du stage d'avocat est de deux ans pleins, conformément à l'article 29 alinéa 1 de la loi sur la profession d'avocat.

Le stage couvre donc bien, au minimum, deux années de service entières. Le droit aux vacances est ainsi de quatre semaines entières la première année et quatre semaines entières la seconde, en application de l'article 329 a CO.

Il arrive que certaines personnes comptent le droit aux vacances de la deuxième année de stage sur une période de neuf mois seulement, au motif que les trois derniers mois sont consacrés à la préparation des examens



de brevet et que, par conséquent, le stagiaire ne travaille plus à l'Etude. Cette interprétation n'est toutefois pas conforme aux dispositions applicables.

En effet, la durée de trois mois accordée au stagiaire pour la préparation de ses examens de brevet découle non pas de la loi sur la profession d'avocat, mais de la Charte du Stage. Celle-ci prévoit, à l'article 13 alinéa 1, que *"le maître de stage accorde au stagiaire trois mois inclus dans la durée du stage, pour la préparation des examens de fin de stage. Ces trois mois sont payés"*. Cette disposition confirme que les trois mois de préparation sont bel et bien inclus dans la durée du stage. Il s'agit en fait uniquement d'une libération de l'obligation de travailler qui est accordée par le maître de stage. En conséquence, les trois mois de préparation ne peuvent se déduire de la durée du stage, qui reste de vingt-quatre mois.

La question nous a plusieurs fois été posée de savoir si le maître de stage peut, se fondant par exemple sur l'article 329 c alinéa 2 CO, contraindre l'avocat-stagiaire à prendre pendant la durée de préparation l'une des quatre semaines de vacances auxquelles il a droit pour la deuxième année de stage. Tel n'est pas le cas.

En effet, l'obligation qui s'impose au maître de stage en vertu de l'article 13 alinéa 1 de la Charte consiste à octroyer au stagiaire trois mois pleins pour la préparation de ses examens. Or, de jurisprudence constante, les vacances constituent une période de repos pendant laquelle le travailleur doit s'abstenir de toute activité de nature professionnelle. Ainsi, si l'avocat-stagiaire doit prendre une semaine de vacances pendant les trois mois de préparation, il en résulte que la durée qui lui est effectivement

octroyée pour préparer ses examens est de trois mois moins une semaine, ce qui viole la Charte du Stage. Ainsi, si le maître de stage, pour des raisons d'organisation, demande à l'avocat-stagiaire de prendre une semaine de vacances pendant les trois mois de préparation, il doit la compenser en octroyant une semaine supplémentaire, rémunérée, destinée à la préparation.

Ainsi, en définitive, l'avocat-stagiaire qui est au bénéfice de la Charte du Stage a droit au minimum à :

- quatre semaines de vacances pendant la première année de stage
- quatre semaines de vacances pendant la deuxième année de stage
- trois mois pleins consacrés à la préparation de ses examens.

## **2. Préparation des examens intermédiaires**

L'article 6 alinéa 2 de la Charte du Stage, directement lié à l'article 13 alinéa 1 lettre c RPAV, prévoit que le maître de stage accorde au stagiaire un congé de sept jours ouvrables en vue de la préparation de l'ensemble des examens intermédiaires prévus par le règlement d'exécution de la loi sur la profession d'avocat. En relation avec cette disposition, des avocats-stagiaires et maîtres de stage nous demandent régulièrement comment ces jours de congé doivent être calculés. En particulier, il s'agit de déterminer si ces jours visent uniquement les examens de procédure ou également l'examen de déontologie et s'ils comprennent les jours d'examens eux-mêmes.

En premier lieu, ces jours de congé sont destinés à la *"préparation de l'ensemble des examens intermédiaires prévus par le règlement d'exécution de la loi sur la profession d'avocat"*. Ce

règlement, dans sa version du 5 juin 2002, dispose clairement que l'examen de déontologie fait partie des "épreuves intermédiaires" qui doivent être subies au cours du stage (article 16 RPAv). Il en découle que les sept jours de congé prévus par la Charte sont destinés à la préparation non seulement des examens de procédure civile, pénale et administrative, mais également de celui de déontologie (règles professionnelles et gestion d'étude).

En second lieu, il ne fait pas de doute que le maître de stage doit accorder aux avocats-stagiaires sept jours entiers, qui ne comprennent pas le temps nécessaire à subir l'examen lui-même. Cela découle d'abord de la Charte du Stage, qui dispose que ces jours de congé sont destinés à la *préparation* des examens. Cela est par ailleurs inhérent à l'obligation qui s'impose à l'avocat-stagiaire de subir les épreuves intermédiaires et à celle qui s'impose au maître de stage (article 12 alinéa 2 RPAv) de veiller à ce que l'avocat-stagiaire puisse satisfaire aux obligations qui découlent de l'article 13 RPAv (notamment 13 alinéa 1 lettre d RPAv).

Pour le surplus, le Premier Secrétaire et l'ensemble du Comité du Jeune Barreau sont à votre disposition si vous avez des questions complémentaires.

## **ADMISSION À L'ORDRE DU 8 JANVIER 2004**

### Avocats

Me Dominique Christin - Bianchi Carnice Christin & de Coulon / Me Stéphanie Godet Landry - Bianchi Carnice Christin & de Coulon / Me Florence Thiébaud - Lenz & Thiébaud / Me Sergio Uldry - Stampfli & Associés / Me Reza Vafadar -

Python Schifferli Peter & Associés

### Avocats-stagiaires

Me Roberto Baiunco - Mauro Poggia / Me Nicolas Beguin - Ziegler, Poncet, Grumbach / Me Marie Berney - Lenz & Staehelin / Me Alexandre de Boccard - Dumur & Amoruso / Me Ludivine Boisard - Lenz & Staehelin / Me Sophie Bouvet - Lenz & Staehelin / Me Mario Brandulas - Froriep Renggli / Me Anne-Catherine Bühler - Keppeler & Associés / Me Olivier Buttet - Wavre Pulver & Kvicinsky / Me Guerric Canonica - de Pfyffer & Associés / Me Laurent Chamoux - Lenz & Staehelin / Me Barbara Chikh - Rouvinet / Me Aurélie Conrad - Monfrini, Bottge & Associés / Me Aude Cornuz - Christophe Dreher / Me Marie-Josée Costa - Boillat, Cramer & Zellweger / Me Julien Detrey - MCP Avocats / Me Tony Donnet-Monay - Schasca, Meakin & Nahmani / Me Henri-Pierre Dupraz - Schellenberg Wittmer / Me Jeanne-Julie Egloff - Budin & Associés / Me Yannis Egloff - Olivier Wasmer / Me Stephan Fratini - Poncet, Turrettini, Amaudruz / Me Frederik-Willem Gevers - Python, Schifferli, Peter & Associés / Me Fabien Gillioz - Budin & Associés / Me Patrick Herzog - Anne Reiser / Me Rayan Houdrouge (excusé) - Lenz & Staehelin / Me Ninela Kudra - Python, Schifferli, Peter & Associés / Me Olivier Metzger - Perréard de Boccard Kohler Ador / Me Nicolas Mossaz - Jacquemoud & Stanislas / Me Yann Mrazek - de la Gandara, Schmidt, Veillet / Me Olivier Nicod - Lenz & Staehelin / Me Jean-Philippe Nerfin - Pestalozzi, Lachenal, Patry / Me Simon Ntah - Pierre Ochsner / Me Stéphanie Nunez - Mo Costabella Pirkel / Me Florence Pastore - Blum, Manfrini, Gaillard /

Me Lyse Pachoud - Dumur & Amoruso / Me Michèle Pernet - Gros & Waltenspuhl / Me Benjamin Perritaz - Vonaesch Zarn Etter / Me Janique Plancherel - Lironi Aellen / Me Cédric Portier - Schellenberg Wittmer / Me Maria Rodriguez - Pestalozzi Lachenal Patry / Me Sara Rousta - Bonnant Warluzel & Associés / Me Philippe Schellenberg - Python Schifferli Peter & Associés / Me Cécile Spreter - Köstenbaum & Lévy / Me Cyrille Tardin - Robert Simon / Me Aileen Truttman - Ziegler Poncet Grumbach / Me Joël Veuve - Ming & Halpérin.

#### **CARTON ROUGE**

Pour les avocats «migrateurs» qui changent d'étude, d'associés, de numéros de téléphone, d'e-mail sans en avvertir le secrétariat et, ce qui est beaucoup plus grave, la Commission du Barreau, la prochaine liste des membres de l'Ordre sera publiée fin mai 2004 et le secrétariat saurait infiniment gré à ceux qui prévoient des mutations de les communiquer en temps utile.