

*E*ditorial du Bâtonnier

Mes chers Confrères,

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

A l'occasion de votre admission au sein de l'Ordre, permettez-moi tout d'abord de vous féliciter chaleureusement d'avoir fait le choix d'un métier magnifique, exigeant et extraordinairement stimulant, dans la pratique duquel vous serez guidés à chaque instant par le serment que vous avez prêté.

Liberté, loyauté, indépendance, honneur, dignité, humanité, toutes ces notions qui font la grandeur de l'homme se bousculent dans la définition même de notre profession.

Le combat attentif que nous menons pour protéger l'avocat et son client doit être à la mesure des valeurs essentielles dont nous sommes les garants dans la célébration d'une justice équitable.

Voilà tout le sens de l'Ordre des Avocats.

Mes chers Confrères, c'est pour moi et pour les membres de mon Conseil tout à la fois une joie et un privilège que de vous accueillir aujourd'hui au sein de l'Ordre des Avocats de Genève.

Le Jeune Barreau, dont vous faites désormais aussi partie, porte la sève

prometteuse des lendemains de notre profession et nous sommes fiers de vous voir rallier les rangs d'une association qui – toute représentative qu'elle est – n'en demeure pas moins strictement privée.

SOMMAIRE	<i>Discours adressé par le Bâtonnier Alec Reymond aux nouveaux membres de l'Ordre à l'occasion de la séance solennelle de Reentrée du 19 septembre 2003</i>
	<i>Admission à l'Ordre du 19 septembre 2003</i>
	CODAM
	<i>par le Bâtonnier Alec Reymond</i>
	<i>Le point sur la portée de la LLCA en matière déontologique par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil</i>
	<i>La punissabilité de l'entreprise: une révolution pour les avocats par Me Vincent Jeanneret, membre du Conseil</i>
	<i>Levée du secret professionnel par le Bâtonnier Alec Reymond</i>
	<i>Perquisitions fédérales et cantonales dans des études d'avocats: le point sur quelques évolutions ou situations récentes par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil</i>
	<i>Article 8 LPAv: un état des lieux</i>
	<i>La pratique et l'indépendance des avocats sous les feux du Commissaire européen à la concurrence par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil</i>
<i>Chronique littéraire</i>	
<i>Numérotation des pièces par le Bâtonnier Alec Reymond</i>	

L'Ordre a besoin de votre jeunesse, de votre énergie, de votre enthousiasme, de votre regard critique pour conserver son dynamisme et rester l'efficace défenseur des valeurs idéales auxquelles nous sommes tous attachés.

Rigueurs de la concurrence et pressions extérieures rendent notre métier difficile. Le Conseil en est conscient et n'oublie pas qu'il vous doit une écoute attentive.

A cela s'ajoute que, sans le vouloir, vous êtes mes chers Confrères les avocats d'une véritable révolution législative !

La loi fédérale sur la libre circulation des avocats est entrée en vigueur et déjà elle laisse entrevoir des lacunes qui ne peuvent qu'inquiéter les barreaux attachés aux principes et aux traditions.

Pour la première fois, un texte fédéral pose les principes essentiels de notre profession dans une mesure qui ne semble laisser qu'une marge législative modeste aux cantons.

L'avenir nous dira s'il y a lieu de se réjouir de cette fédéralisation qui, en toute hypothèse, fait désormais partie de notre décor quotidien.

Le formidable brassage helvétique et européen que favorise le nouveau texte fédéral représente pour l'avocat genevois un défi d'une richesse rare qui, assurément, stimulera notre inventivité et notre goût de l'ouverture.

Mais la libre circulation entraînera aussi un durcissement et une diversification de la concurrence à laquelle la génération d'avocats à laquelle vous appartenez devra faire face sans perdre son âme.

Le Conseil de l'Ordre veillera à ce que cette libre circulation des avocats ne

devienne pas – par un effet de nivellement par le bas – une libre circulation des mauvaises manières dont clients et magistrats seraient assurément les premiers à faire les frais.

Mes chers Confrères, c'est précisément parce que nous avons proclamé devant nos organes législatifs cantonaux la volonté de l'Ordre des Avocats de maintenir – fût-ce au prix d'une interprétation très restrictive du texte fédéral – des normes éthiques particulièrement sévères, que nous avons toutes les raisons de nous réjouir du libellé de la nouvelle loi cantonale.

Toutes nos propositions ont été entendues. L'Ordre se voit reconnaître le statut d'association cantonale de référence, le rôle du Bâtonnier est étendu, les échanges confidentiels sont protégés, la loi se réfère aux Us et Coutumes de notre Ordre et le serment est complété par la mention du devoir d'humanité qui nous incombe et que nous tenons pour essentiel.

Un règlement – à l'élaboration duquel le Conseil a participé activement – est venu compléter les normes cantonales; il a déjà été modifié s'agissant de la formule des examens de brevet; pas pour le meilleur, je vous le concède, mais nous remettrons l'ouvrage sur le métier.

Tout prochainement, notre association posera, si j'ose dire, la cerise sur le gâteau en promulguant un code de déontologie repensé et modernisé.

En matière d'indépendance, de respect du secret et d'abstention en situation de conflits d'intérêts, ces vertus cardinales sans lesquelles le métier d'avocat perd l'essentiel de sa noblesse, nous n'avons pas transigé.

Cependant, rien n'est définitivement gagné.

Voilà en effet que le judiciaire fait mine de reprendre ce que nous avons obtenu du législatif.

Dans un arrêt du 11 mars de cette année, le Tribunal administratif a jugé en effet que la LLCA règle exhaustivement les règles professionnelles, les cantons n'ayant plus dès lors la possibilité d'édicter des normes cantonales complémentaires.

Pour cette juridiction, la loi cantonale n'est qu'une loi d'application de la loi fédérale, le législateur ayant voulu, je cite, limiter la portée des règles déontologiques édictées par les associations professionnelles.

Certes, le raisonnement du Tribunal administratif ne concerne aujourd'hui que le comportement privé de l'avocat qui, pour les juges, n'est plus appréhendé par le droit disciplinaire.

Mais que deviendra demain l'essence même de notre métier si les tribunaux – emportés dans leur élan – devaient juger que, dans le silence de la loi fédérale, le serment de l'avocat n'est qu'une récitation sans portée véritable, que l'indépendance de l'avocat peut parfaitement se conjuguer avec la multidisciplinarité et que la confidentialité des échanges transactionnels relève d'un principe purement associatif dénué d'intérêt général.

En toute hypothèse, l'Ordre auquel vous appartenez désormais continuera à soutenir que, sans une éthique irréprochable, l'avocat n'est plus rien et que nous ne devons jamais oublier que notre mandat est un pacte sacré du plus profond d'un être humain au plus profond d'un autre.

La déontologie, mes chers Confrères, n'est pas matière aisée et la lecture du recueil systématique de l'Ordre, qui vous sera remis dans les jours qui vien-

nent vous convaincra à la fois de l'utilité de nos règles et, parfois à tout le moins, de leur complexité.

J'aimerais que vous sachiez qu'à chaque fois que le doute vous saisira dans l'exercice de notre profession, vous pourrez compter sur le Bâtonnier ou sur un membre du Conseil pour vous renseigner, vous aider et, plus simplement, pour vous écouter en toute confidentialité.

Le sens de l'Ordre des Avocats c'est cela aussi, surtout dans une période qui voit notre métier se transformer en profondeur avec ce que ce processus peut avoir de stimulant mais aussi de déconcertant.

L'âge, mes chers confrères, vous confère un privilège que nous sommes nombreux dans cette salle à vous envier ; celui d'appartenir au Jeune Barreau dont je salue ici le remarquable comité.

Les membres de ce Comité, Premier Secrétaire en tête, sont eux aussi à votre écoute, chargés qu'ils sont – en première ligne – de tous les problèmes qui concernent plus directement stagiaires et jeunes avocats.

Des activités du Jeune Barreau vous serez désormais régulièrement informés et je vous invite à participer aux conférences et aux fêtes avec la même assiduité car l'esprit est en éveil lorsque le professionnel le dispute au convivial.

Nous pratiquons un métier de confrontation qui souvent nous oppose dans les prétoires ; il est bon de prendre parfois le temps de nous rencontrer dans un cadre joyeux pour célébrer une confraternité amicale.

Adhérent à l'Ordre à l'occasion d'une rentrée solennelle, vous affichez d'emblée votre aptitude à conjuguer rigueur

et bonheur, protocole et réjouissances, ascétisme et gourmandise.

C'est un très bon départ !

Je reviens cependant à la rigueur.

Mes chers Confrères, dans le contexte de vos nominations d'office, vous êtes désormais investis de la mission sacrée de défendre la liberté ou simplement les droits essentiels d'individus qui vous confient leur destin.

Ne faiblissez jamais par lassitude, crainte ou complaisance dans l'exercice de la défense car vous trahiriez tout à la fois votre client et l'Ordre professionnel auquel vous appartenez.

C'est désormais, je le rappelle, au Bâtonnier qu'il incombe d'évaluer la légitimité du motif qu'un avocat d'office invoque pour être relevé de sa nomination.

Trop souvent hélas, je constate que les confrères qui me sollicitent considèrent que les difficultés relationnelles somme toute banales qu'ils rencontrent avec leurs clients, voire le comportement quelque peu inadéquat de ce dernier constituent un motif suffisant pour renoncer à la mission qui leur a été confiée.

Tel n'est en principe pas le cas, mes chers Confrères, et vous devez le savoir.

En effet, on attend de l'avocat nommé d'office une opiniâtreté toute particulière dans la défense des intérêts d'un client parfois difficile et peut-être méfiant; chacun sait qu'il y a peu d'enfants de chœur dans les parloirs des prisons...

La profession d'avocat est un métier difficile qui exige des nerfs d'acier, un sens affûté de la psychologie, une distance de chaque instant et, dans la mesure du possible, une très grande sérénité.

Souvent confrontés à des situations très chargées en émotion, nous devons aussi, et cette discipline est ardue, nous garder d'exercer ce métier avec cynisme et froideur en nous souvenant des termes du serment que nous avons prêté de les défendre tous, sans exception.

Mais il me faut conclure.

Sur un mode peut-être un peu paternel, je me permets encore deux recommandations.

Tout d'abord, souvenez-vous que l'avocat n'est pas seulement un combattant mais qu'il doit être aussi un médiateur ; il est aussi enthousiasmant d'apaiser un conflit en contribuant à une conciliation que de gagner un procès dont personne, jamais, ne sort tout à fait indemne.

N'oubliez jamais enfin qu'il n'y a pas de véritable pratique de l'avocature sans humanité, dimension essentielle à laquelle nous devons rester farouchement attachés.

Mes chers Confrères, bienvenue aux avocats de demain, bienvenue au sein de l'Ordre des Avocats.

ADMISSION À L'ORDRE DU 19 SEPTEMBRE 2003

Avocats

Me Mathis Kern - Byrne-Sutton,
Bonard, Lawson, Meakin / Me Delphine
Oberli - Canonica / Me Anne Troillet
Maxwell - Lenz & Staehelin

Avocats-stagiaires

Me Fabien Aepli - Borgeaud &
Lellouch / Me Ivan Agabekov -
de Pfyffer & Associés / Me Nadèche
Andrianasolo - Martin & Davidoff /
Me Jean-Louis Biberstein - Stampfli &

Associés / Me Gaëtan Bohrer - Tavernier Tschanz / Me Pierre-André Charvet - Bianchi, Carnicé, Christin & de Coulon / Me Damien Conus - Tavernier Tschanz / Me Vanessa Duvanel - Tavernier Tschanz / Me Nathalie Fontanet - Canonica / Me Anath Guggenheim - Ming, Halpérin, Burger & Inaudi / Me Stéphane Joris - Dayer & Kooger / Me Jean-Yves Kohler - Schellenberg Wittmer / Me Hélène Lebakina-Bär & Karer / Me Nicolas Luscher - Spira Luscher Dini / Me Tanya Meyerhoff - Merkt & Associés / Me Eva Muller - Lalive & Associés / Me Andres Perez - Maas & Associés / Me Sandrine Pochon - Schellenberg Wittmer / Me Doris Salerno - Oltramare, Hochstaetter, Eardley, Reiser & Associés / Me Karen Sschaller - Woodtli Lévy & Associés / Me Mathieu Simona - Bianchi, Carnicé, Christin & de Coulon / Me Hélène Wiedmann - Keppeler & Associés / Me Nicole Zumstein - Lachat, Harari & Associés

CODAM

par le Bâtonnier Alec Reymond

A l'initiative du Procureur général et du Bâtonnier, la CODAM, Commission mixte de magistrats et d'avocats, a repris ses travaux depuis le mois de juin de cette année.

Pour les juges, y participent le Procureur général, Mesdames les Présidentes de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance et Monsieur le Président du Collège des juges d'instruction.

La délégation du Conseil est formée du Bâtonnier, du Vice-Bâtonnier et des Présidents de la Commission de droit pénal et de la Commission de droit civil.

La CODAM doit permettre aux magistrats et avocats d'évoquer de manière informelle toutes les questions qui touchent de près ou de loin au fonctionnement de la justice dans l'intérêt essentiel du justiciable.

Les querelles de personnes ou d'éventuelles dérives disciplinaires ne sont pas abordées par cette Commission dont les membres réfléchissent plus particulièrement à l'aménagement de relations harmonieuses entre juges et avocats et à l'amélioration du processus judiciaire en général.

La CODAM se réunit tous les deux mois et il y a lieu de saluer la qualité des discussions qui d'ores et déjà s'y tiennent.

LE POINT SUR LA PORTÉE DE LA LLCA EN MATIÈRE DÉONTOLOGIQUE

par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil

L'entrée en vigueur de la LLCA, laquelle régit désormais exhaustivement les « règles professionnelles » de l'avocat, selon son article 12, a suscité certaines interrogations quant à leur portée et à leur délimitation par rapport aux règles de la LPav, laquelle régissait jusque là cette matière au plan administratif, et aux normes déontologiques de l'OdA. Des interrogations sont notamment apparues en lien avec des procédures disciplinaires administratives ouvertes en relation avec des actes ressortissant de la vie privée d'un avocat ou commis hors de la conduite d'un mandat déterminé.

Dans un arrêt récent, et dès lors que le recourant avait invoqué ne pas avoir violé les Us et Coutumes de l'Ordre (selon sa propre appréciation!), le

Tribunal fédéral a déclaré de manière assez lapidaire que l'unification des règles professionnelles fédérales pour les avocats a eu pour effet de limiter la portée des règles déontologiques édictées par les associations professionnelles privées, lesquelles servent tout au plus à interpréter, si nécessaire, les règles professionnelles.

Le Tribunal fédéral réserve donc tout de même expressément le fait que les règles professionnelles puissent selon les cas devoir être interprétées à la lumière des règles déontologiques – tel n'étant pas le cas en l'espèce s'agissant d'une sanction fondée sur une règle légale violée de manière directe.

Cette formule ne constitue cependant pas, s'agissant du Canton de Genève, une modification fondamentale quant à la portée des règles déontologiques.

Vu le caractère exhaustif de la LLCA en matière de devoirs professionnels – et des sanctions qui peuvent être prononcées par les autorités cantonales en cas de leur violation, le droit cantonal ne peut plus contenir de dispositions complémentaires ou différentes en la matière. Le législateur a ainsi expressément voulu instituer des devoirs professionnels uniformes pour toute la Suisse, de droit administratif, tout en reconnaissant naturellement simultanément que des normes déontologiques de droit privé pouvaient librement exister, et servir à interpréter si nécessaire les devoirs professionnels fixés dans le droit fédéral.

L'art. 12 lettre a LLCA constitue cependant une règle à caractère général selon laquelle l'avocat exerce son activité avec soin et diligence. La loi fédérale ne définissant pas ces notions, ni d'autres d'ailleurs, et ce à dessein, il appartiendra à la pratique et à la jurisprudence de les préciser – en

prenant appui sur le droit cantonal, par exemple le serment contenu dans la LPAv ou les usages découlant des règles déontologiques.

A l'exception du fait qu'il résulte de la LLCA que l'avocat ne peut plus être sanctionné disciplinairement pour des actes commis hors de l'exercice de la profession, la situation, pour ce qui concerne Genève, demeure donc globalement la même que sous l'ancien régime, dans lequel la jurisprudence admettait déjà que les règles légales, à l'époque de droit cantonal, devaient selon les cas, être interprétées à la lumière des règles déontologiques.

Dans les cantons dont le droit comportait par contre sous l'ancien régime un renvoi direct aux règles déontologiques, dont la violation pouvait alors entraîner une sanction disciplinaire prise par l'autorité administrative, ces règles ont été exhaustivement remplacées par les devoirs professionnels de la LLCA et ne conservent plus, le cas échéant, qu'un caractère interprétatif des normes légales.

L'avenir dira donc quelle place sera conservée aux règles déontologiques dans les cas où les règles de la LLCA, notamment les notions de soin et de diligence, devront être interprétées à leur lumière. Il serait pessimiste de penser que les autorités chargées de l'application de la LLCA feront abstraction des normes déontologiques dès lors que nombre de comportements ressortissant aux devoirs professionnels sont de fait également régis, ou régis de manière plus précise, par les normes déontologiques des Ordres cantonaux, lesquelles constituent une pratique éprouvée et partant un usage. L'on ne conçoit pas davantage que l'usage, consacré et reconnu en de nombreuses matières par le droit privé et par le droit public, doive disparaître

ou qu'il doive en être fait abstraction s'agissant de l'activité de l'avocat !

L'opinion de la Commission du Barreau, dans sa chronique SJ 2003 II 245, est en tout état qu'à l'exception de certains comportements ayant trait à la vie privée de l'avocat et d'un assouplissement en matière de publicité, les devoirs de l'art. 12 LLCA ne sont pas substantiellement différents de ceux de l'ancien régime. La Commission relève également que certains principes n'ont pas été précisés par le législateur et qu'il appartiendra ainsi à la jurisprudence d'interpréter.

S'il ne saurait donc s'agir ici de tirer des conclusions définitives sur ces questions, il peut cependant être retenu que l'articulation entre les règles légales et les normes déontologiques de l'Ordre, lesquelles conservent tout leur sens et toute leur utilité, demeure probablement assez proche de celle qui prévalait précédemment.

D'autres questions importantes demeurent néanmoins en suspens et devront faire l'objet d'évolutions dans un proche avenir. Parmi celles-ci figure notamment celle de savoir si, dès lors que la LLCA unifie les devoirs professionnels sur un plan fédéral, les déontologies des Ordres cantonaux conserveront séparément le pouvoir d'influer sur l'interprétation de la LLCA, selon les pratiques des autorités cantonales et selon les cas qui seront soumis au Tribunal fédéral. Ou si, au contraire, des règles déontologiques définitivement unifiées au sein de la FSA, avec les quelques compromis et abandons que cela entraînerait nécessairement pour nos propres Us et Coutumes, ne seraient pas mieux à même, voire ne constitueraient pas le seul moyen pour que nos règles déontologiques conservent la meilleure force possible d'interprétation de la LLCA.

Ces questions, auxquelles il n'existe pas de réponse unique ou toute faite, font l'objet de réflexions à l'heure actuelle. Ce qui demeure en revanche certain, car cela était déjà le cas avant l'avènement de la LLCA, est que les normes et obligations déontologiques de l'Ordre demeurent plus étendues que les devoirs découlant de la seule application de la loi, également dans certaines circonstances pour ce qui a trait à des actes commis hors de l'activité d'avocat ou hors de la conduite d'un mandat. Elles constituent un standard élevé nécessaire à la bonne tenue des rapports des avocats entre eux, avec leurs clients et avec les autorités et magistrats, et à la protection de la réputation de l'activité d'avocat.

Sur ces questions cf. notamment SJ 2003 II 245; ATF 2.A/151/2003; ATA du 23.7.2003 consid. 6 p. 15; RVJ 2003 p. 170.

LA PUNISSABILITÉ DE L'ENTREPRISE: UNE RÉVOLUTION POUR LES AVOCATS

par Me Vincent Jeanneret, membre du Conseil

La punissabilité de l'entreprise est désormais une réalité concrète de notre environnement légal¹.

¹ Un titre sixième intitulé «Responsabilité de l'entreprise» sera introduit dans le Code pénal; il sera composé de deux nouvelles dispositions: L'article 100^{quater} (Punissabilité) et l'article 100^{quinquies} (Procédure pénale). Il est à noter que cette numérotation n'est que provisoire puisque ces dispositions deviendront les articles 102 et 102a lors de la révision de la partie générale du Code pénal, avec une entrée en vigueur prévue probablement en 2005. L'entrée en vigueur «anticipée» de ces deux normes s'explique par la ratification, fin septembre 2003, de deux instruments législatifs internationaux de lutte contre le terrorisme.

Les nouvelles dispositions du code pénal entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2003².

Plusieurs auteurs se sont d'ores et déjà attachés à décrire les conséquences importantes de ces deux nouvelles dispositions de notre code pénal³.

On rappellera que le législateur a consacré le principe d'une responsabilité **subsidiare** de l'entreprise: si en raison du manque d'organisation de l'entreprise l'on ne peut identifier l'auteur «personne physique» d'une infraction commise en son sein, dans le cadre d'activités commerciales conformes à ses buts, l'entreprise pourra, en lieu et place, être condamnée à une amende jusqu'à 5 millions de francs⁴.

Le législateur a souhaité consacrer toutefois une exception au principe de la subsidiarité pour quelques infractions spécifiques. La condamnation de l'entreprise pourra intervenir **simultanément** à celle de l'auteur «personne physique»: il s'agit des cas de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CPS), d'appartenance à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CPS), de corruption (art. 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} CPS) et de financement du terrorisme (nouvel art. 260^{quinquies} CPS). Dans ces cas, l'entreprise pourra être condamnée si elle ne fait pas la démonstration qu'elle a pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission d'une telle infraction⁵.

Après inculpation, l'entreprise devra être représentée par une personne physique, qui doit être autorisée à représenter l'entreprise en matière civile sans aucune restriction. A défaut de représentant nommé par l'entreprise, l'autorité d'instruction ou le juge désignera une personne parmi celles ayant la capacité de représenter l'entreprise au plan civil⁶.

Le représentant de l'entreprise interviendra dans la procédure pénale avec les mêmes droits qu'un inculpé. Il sera être assisté de l'avocat mandaté par l'entreprise⁷.

² Cette date choisie par le Conseil fédéral a été confirmée le 26 juin 2003 dans un communiqué de presse du Département fédéral de justice et police.

³ Voir en particulier le tirage spécial de la revue «L'expert-comptable suisse» n° 7, juin-juillet 2003 consacré à la punissabilité de l'entreprise (contributions de Bernard Bertossa, Pierre de Preux, Vincent Jeanneret, Peter Müller, Robert Roth, Luc Thévenoz).

⁴ L'article 100^{quater} al. 1 CPS énonce: «Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune autre personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus».

⁵ L'article 100^{quater} al. 2 CPS énonce: « En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} ou 322^{septies}, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction».

⁶ Article 100^{quinquies} al. 1 CPS: «En cas de procédure pénale dirigée contre l'entreprise, cette dernière est représentée par une seule personne, qui doit être autorisée à représenter l'entreprise en matière civile sans aucune restriction. Si, au terme d'un délai raisonnable, l'entreprise ne nomme pas un tel représentant, l'autorité d'instruction ou le juge désigne celle qui, parmi les personnes ayant la capacité de représenter l'entreprise sur le plan civil, représente cette dernière dans la procédure pénale».

⁷ Article 100^{quinquies} al. 2 CPS: « La personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale possède les droits et les obligations d'un prévenu. Les autres représentants visés à l'al. 1 n'ont pas l'obligation de déposer en justice ».

Indépendamment du «nouveau marché» que ces dispositions pénales induisent, il nous a paru important d'attirer brièvement l'attention des avocats sur trois problématiques que nous nous devons d'anticiper, notamment au niveau du Conseil de l'Ordre et de la Commission pénale.

1. L'étude d'avocat(s) est-elle désormais un sujet pénal indépendamment des avocats qui la composent, avec la conséquence qu'elle serait, elle aussi, punissable?⁸

Nous pouvons imaginer que certaines autorités de poursuite et d'instruction cantonales ou fédérales, puissent arriver à la conclusion qu'une étude d'avocat(s) est une entreprise au sens de cette nouvelle disposition, a fortiori lorsqu'elle est composée de plusieurs avocats travaillant conjointement avec une organisation interne minimale. Il me paraît dès lors qu'il appartient à l'Ordre de veiller aux intérêts des avocats, de leurs clients et du secret dû à ceux-ci. Ne serait-ce d'ailleurs pas l'occasion de recommander un standard minimum d'organisation interne aux études de notre canton, notamment aux fins d'éviter la possible mise en application de la responsabilité pénale subsidiaire de l'étude d'avocat(s), en raison de l'impossibilité d'identifier l'auteur d'une infraction dans une étude? A fortiori, une réponse affirmative s'impose vu le risque lié à une double incrimination de l'avocat et de son étude - par exemple du chef de blanchiment - motif pris d'une organisation interne insuffisante de l'étude pour prévenir la commission en son sein d'une telle infraction ?

2. Un avocat peut-il prendre le rôle de « l'inculpé mercenaire » pour entreprise(s) délinquante(s) et intervenir, ponctuellement ou régulièrement, dans les cabinets d'instruction et dans les prétoires afin de représenter celle(s)-ci, non pas à la barre du plaideur mais sur le siège de l'accusé ? Cette activité de « représentant » est-elle, en d'autres termes, compatible avec le serment de l'avocat dont on attend qu'il défende ses clients en tant que défenseur (et non pas en qualité « d'inculpé » même s'il ne s'agit en réalité que de représenter l'entreprise inculpée, avec mandat exprès à cette fin) ? Doit-on prévoir une exception lorsque l'avocat était déjà au moment des faits membre du conseil d'administration de l'entreprise poursuivie ?

3. Sans l'hypothèse où la mise en cause pénale de l'entreprise est prévisible, l'avocat doit-il d'emblée conseiller à l'entreprise de mandater pour elle-même et pour les organes en cause des conseils différents ? Il est en effet patent qu'à défaut de procéder de la sorte, l'avocat pourrait s'exposer à un conflit d'intérêts qui devrait l'amener à devoir cesser d'occuper tant pour l'entreprise que pour les organes qui l'avaient initialement consulté de concert.

⁸ Article 100^{quater} al. 4 CPS: «Sont des entreprises au sens du présent article: (a) les personnes morales de droit privé; (b) les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales; (c) les sociétés; (d) les entreprises en raison individuelle». Sur la question de la société simple soumise à ces nouvelles dispositions, voir Robert Roth, Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion, *in* RPS 115 (1997) p. 345, 367.

Le Conseil de l'Ordre a prié la Commission pénale de lui faire promptement rapport notamment sur ce qui précède afin que des directives puissent, le cas échéant, être adaptées avant que les premiers cas d'application ne lui soient soumis. Par ailleurs l'entrée en vigueur très prochaine de ces dispositions appellera un nécessaire échange de vues avec les autorités pénales, tant de poursuite que de jugement, afin que la mission de la défense qui est la nôtre ne puisse être mise en cause par une interprétation tendancieuse de ces nouvelles dispositions.

LEVÉE DU SECRET PROFESSIONNEL

par le Bâtonnier Alec Reymond

Parce qu'elles sont parfois oubliées, le Conseil tient pour opportun de rappeler les règles énoncées à l'article 3 des us et coutumes.

Le 3^{ème} alinéa de cette disposition précise en effet que l'avocat ne pourra révéler un secret – sans en avoir jamais l'obligation – qu'avec l'assentiment exprès de son client qui l'aura donné librement ou l'autorisation de la Commission du Barreau.

Dans ce dernier cas, l'avocat s'adressera en premier lieu au Bâtonnier qui transmettra la requête avec préavis à la Commission du Barreau.

Au cours des mois écoulés, il s'est trouvé un certain nombre d'avocats qui ont saisi directement la Commission du Barreau d'une demande de levée du secret, ce qui a contraint le Président de cet organe officiel à les inviter à solliciter préalablement l'avis du Bâtonnier.

D'où le présent rappel !

PERQUISITIONS DANS DES ÉTUDES D'AVOCATS ET PAR DES AUTORITÉS FÉDÉRALES: LE POINT SUR QUELQUES ÉVOLUTIONS OU SITUATIONS RÉCENTES

par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil

Au cours des mois écoulés, quelques perquisitions dans des Etudes, et saisies de dossiers d'avocat, ont été opérées à Genève par des autorités fédérales, en l'occurrence le Ministère public de la Confédération et la Division d'enquêtes fiscales spéciales de l'Administration fédérale des contributions (anciennement connue sous le nom de BESCO).

Ces autorités ont prévenu préalablement le Bâtonnier afin qu'il puisse être présent ou représenté. Elles ont marqué par là leur souci que ces actes d'instruction se déroulent dans le respect de la pratique en vigueur à Genève et du secret professionnel protégeant les clients de l'avocat, qu'il s'agisse du client visé par la procédure ou de ses autres clients. Le Conseil est heureux de constater que ces perquisitions n'ont ainsi donné lieu à aucun incident.

C'est l'occasion de rappeler aux membres de l'Ordre que la présence du Bâtonnier ou de son conseil est obligatoire en cas de perquisition, qu'elle soit le fait d'un juge d'instruction genevois ou d'autres autorités cantonales ou fédérales. Une perquisition est toujours un acte causant un certain émoi, de par son effet de surprise et l'intervention de la force publique, et surtout susceptible de poser des problèmes délicats dans la délimitation des éléments couverts par le secret professionnel de ceux qui ne le seraient pas. La présence du Bâtonnier constitue dans

ce cadre une assistance utile et nécessaire à la sauvegarde du secret professionnel.

Il est en revanche rappelé qu'une perquisition en l'Etude, ou au domicile, d'un avocat ne devrait pas être opérée par la police seule, même mise en œuvre par un juge d'instruction dans le cadre d'une information en cours, mais doit être exécutée par le juge lui-même. Une perquisition opérée directement par la police serait ainsi en contradiction avec la pratique établie. Cette pratique est le pendant de celle instaurée en matière de témoignage de l'avocat faisant l'objet des recommandations élaborées par le Parquet et l'OdA avec l'accord du Collège des juges d'instruction (cf. recueil systématique OdA, 4^{ème} partie ad art. 3, p. 26 et Lettre du Conseil N° 12 de juin 1995). L'avocat qui ferait par hypothèse l'objet d'une perquisition par des policiers doit marquer son opposition et solliciter immédiatement l'intervention du Bâtonnier. Il ne peut ainsi décider qu'il accepte ce mode de faire, même s'il estime qu'il y aurait des raisons de ne pas s'y opposer liées à la personne ou actes de son client (ou ancien client) concerné.

Des avocats ont enfin reçu de la part d'un juge d'instruction, par correspondance à l'instar des banques, des ordonnances valant perquisition et saisie, visant à obtenir des éléments de dossier et, à l'occasion de la saisie de pièces, des explications sur des faits particuliers. Dans le sens d'une bonne économie de moyens, il y a lieu d'accueillir favorablement le fait que de tels actes d'instruction puissent intervenir par correspondance plutôt que par l'intervention en personne du juge. Cela ne doit cependant pas avoir pour effet de banaliser l'acte contraignant que représente une saisie d'éléments

matériels, de voir de telles perquisitions se multiplier à l'excès et, surtout, qu'il soit compromis en matière de respect du secret professionnel.

L'avocat doit ainsi aviser le Bâtonnier tant en cas de perquisition en personne qu'en cas de perquisition par correspondance.

ARTICLE 8 LPAv: UN ÉTAT DES LIEUX

Depuis le mois de juin 2002, l'article 8 de la nouvelle LPAv stipule que c'est au Bâtonnier de l'Ordre des Avocats qu'il incombe de dire si le motif de relief avancé par un avocat désigné d'office est ou non légitime.

On rappellera en effet que l'avocat nommé d'office ne peut refuser son ministère ou mettre unilatéralement un terme à son mandat sans justifier d'un motif légitime d'excuse, étant précisé qu'avant la modification du texte légal c'était à l'autorité de désignation, voire au service de l'Assistance juridique, qu'il appartenait d'apprécier le motif invoqué.

Durant la première année d'existence du nouvel article 8 LPAv, le Bâtonnier a été appelé à traiter une cinquantaine de demandes dont environ les trois-quarts ont donné lieu, parfois après instruction, à un préavis favorable ; le moment est donc venu de préciser les indications fournies à l'occasion de l'entrée en vigueur de cette disposition (Lettre du Conseil N° 35, pages 170 et 171).

C'est le lieu de signaler que, sauf à vider de son sens l'institution même de la nomination d'office, la légitimité du motif autorisant un avocat à mettre un terme au mandat doit être appréciée de manière restrictive.

S'agissant de la procédure, les quelques règles qui suivent doivent être rappelées :

1. Lorsque l'avocat nommé d'office entend se prévaloir d'un motif objectif, fin de stage, maladie ou absence prolongée, l'efficacité commande qu'il puisse comme par le passé s'adresser directement au service de l'Assistance juridique ou à l'autorité qui l'a désigné.

Le changement d'avocat pourra dès lors intervenir à bref délai dans l'intérêt du justiciable, étant précisé que la ratio legis de l'article 8 LPAV nouveau semble assurément permettre cette solution pragmatique.

Il est souhaitable que les avocats qui se trouvent dans les situations évoquées ci-dessus proposent à l'autorité de nomination un confrère de substitution issu, si possible, de la même Etude.

2. Si l'avocat nommé d'office entend se prévaloir d'un autre motif d'excuse, il s'adressera directement au Bâtonnier qui instruit la requête et statue à bref délai.

En cas d'urgence, il est recommandé d'adresser la demande de relief par télécopie simultanément au secrétariat de l'Ordre et au Bâtonnier en son Etude.

C'est le lieu de préciser que le service de l'Assistance juridique transmet directement au secrétariat de l'Ordre les demandes de relief que des avocats nommés d'office lui auraient adressées par erreur, ce qui, au demeurant, ne devrait plus se produire.

3. L'avocat qui s'adresse au Bâtonnier veille à fournir des renseignements suffisants pour qu'un préavis puisse

être donné en connaissance de cause, en particulier lorsque sont invoquées une rupture du lien de confiance ou les difficultés d'exécution du mandat.

Au cours des mois écoulés, le Bâtonnier a été contraint de rappeler à l'ordre plusieurs confrères qui avaient réservé à l'autorité de nomination une copie de leur demande de relief ; cette démarche en effet est en totale contradiction avec le but poursuivi.

Les requêtes adressées au Bâtonnier sont susceptibles de donner lieu à une brève instruction.

Il arrive en particulier que lorsque le client se comporte de manière inadéquate ou critique le travail de son avocat, le Bâtonnier soit l'appelle à la modération, soit l'invite à articuler des griefs précis permettant d'apprécier la situation en toute connaissance de cause.

4. Quant à la forme que doit revêtir l'approbation du Bâtonnier, une certaine souplesse est de mise, les décisions devant parfois être communiquées dans l'urgence.

Dans la mesure du possible, le Bâtonnier adressera à l'avocat concerné un courrier en bonne et due forme mais l'acceptation du motif légitime pourra toutefois faire aussi l'objet d'une mention manuscrite portée directement sur un extrait de la requête, voire, en cas d'extrême urgence, d'un téléphone du Bâtonnier à l'autorité de nomination.

Dans l'hypothèse d'un préavis favorable, l'avocat concerné saisit l'autorité de nomination en joignant la prise de position du Bâtonnier à l'exclusion de toute autre motivation.

S'agissant de la nature des motifs invoqués, quelques mois de pratique permettent déjà d'ébaucher les principes suivants :

- A. Fréquemment mise en avant, l'excuse tirée d'une situation avérée de conflit d'intérêts est toujours légitime.
- B. La simple volonté du justiciable est en principe irrelevante, le Tribunal fédéral ayant eu l'occasion de juger qu'il n'est pas arbitraire d'exiger que le client qui désire changer d'avocat, après avoir obtenu l'assistance judiciaire gratuite d'un avocat d'office, présente une requête motivée puisque ni la Constitution ni la CEDH ne garantissent au justiciable un droit inconditionnel de choisir librement son défenseur d'office ou de substituer un autre défenseur à celui qu'il avait choisi précédemment et qui l'assiste gratuitement (BJP 2002 page 117).
- C. Le motif tiré d'une rupture du lien de confiance doit être apprécié de manière restrictive.

Une relation de confiance entre le défenseur d'office et son client doit être recherchée chaque fois que cela est possible, mais la notion de confiance est en même temps vaste et subjective ; elle peut reposer aussi bien sur des facteurs dignes d'être pris en considération que sur des éléments non déterminants, difficilement saisissables, voire incompatibles avec l'institution même de la défense d'office.

Il a été jugé qu'il serait déraisonnable de vouloir poser une règle de principe et de tirer de l'article 4 a CF la garantie d'une relation de confiance minima, qui donnerait à

l'accusé le droit d'obtenir le remplacement de tout défenseur d'office qui aurait perdu sa confiance pour des raisons purement subjectives ; on ne saurait consentir à un changement de défenseur d'office que s'il résulte de circonstances objectives que la relation de confiance est gravement et irréversiblement détériorée (BJP 2003 page 3).

- D. Selon la jurisprudence du Conseil de l'Ordre, un comportement inadmissible de l'assisté est susceptible de justifier la décharge du mandataire, le critère devant être apprécié sévèrement par un examen approprié des conditions liées à chaque cas particulier.

C'est dire que de simples problèmes relationnels ne sont pas nécessairement synonymes d'une rupture du lien de confiance et que le justiciable qui, par son attitude peu constructive, rend plus compliquée l'exécution du mandat, n'adopte pas ipso facto un comportement inadmissible au sens de la jurisprudence.

Trop souvent, le Bâtonnier est sollicité par des confrères qui considèrent que des difficultés relationnelles somme toute banales qu'ils rencontrent avec leurs clients, voire le comportement quelque peu inadéquat de ces derniers, constituent un motif suffisant pour renoncer à la mission qui leur a été confiée.

Tel n'est en principe pas le cas car on attend de l'avocat nommé d'office une opiniâtreté toute particulière dans la défense des intérêts d'un client parfois difficile et peut-être méfiant.

E. La seule référence à une "surcharge de travail" ne saurait constituer un motif légitime sans une démonstration convaincante qui s'avèrera en général difficile à étayer dans la mesure où l'avocat exerce une profession d'effort et de sacrifice.

F. Il est apparu que dans certaines Études, collaborateurs ou stagiaires se voyaient interdire les nominations d'office ou en étaient fortement découragés.

Contraires à la loi et au code d'honneur de l'avocat, de telles restrictions – qu'elles soient tacites ou contractuellement énoncées – sont évidemment inadmissibles et ne sauraient constituer un motif légitime au sens de l'article 8 LPAV.

En conclusion, il y a lieu de souligner que si, pour notre Ordre, le surcroît de travail lié à la nouvelle compétence du Bâtonnier est sensible, le but est atteint dans la mesure où le secret professionnel est beaucoup plus efficacement protégé qu'auparavant.

LA PRATIQUE ET L'INDÉPENDANCE DES AVOCATS SOUS LES FEUX DU COMMISSAIRE EUROPÉEN À LA CONCURRENCE

par Me Jean-Cédric Michel, membre du Conseil

Les travaux du Commissaire européen à la concurrence, M. Mario Monti, visant la pratique des services dans la Communauté sous l'angle du droit de la concurrence, sont susceptibles de bouleverser assez radicalement les conditions d'exercice des professions juridiques dans un avenir pas nécessairement éloigné.

La multiplicité des Barreaux européens, et partant de leurs pratiques et

de leurs positions légèrement ou parfois très différentes sur certains sujets, rend difficile sinon impossible une réponse à l'unisson et pourrait affaiblir la défense de certains principes fondamentaux de la profession d'avocat à l'encontre de certaines des conséquences qui pourraient découler de l'application des règles sur la concurrence, voire d'une réforme par voie réglementaire.

Le postulat de base, résultant de l'approche strictement économique et concurrentielle appliquée aux autres secteurs économiques, est que les professions de services sont régulées de manière excessive au sein des pays de la Communauté, et qu'il n'y a pas de raisons, concernant les professions juridiques, pour que l'activité de l'avocat soit traitée différemment de celle d'autres prestataires de services tels que banques, fiduciaires, médecins, architectes, vétérinaires, etc.

Il en résulte que certaines exigences en matière de standards élevés de formation, d'indépendance, de tarifs ou d'interdiction de pratiques tarifaires, constituent des pratiques protégeant la corporation au détriment du public, de la concurrence et de la compétitivité de ces services en général.

La mise hors la loi de ces principes aurait des conséquences importantes sur la pratique actuelle, particulièrement la possibilité pour la pratique d'avocat de choisir d'autres ou toutes les formes juridiques. Il en découlerait la possibilité de prises de participation extérieures (minoritaires voire majoritaires, avec possibilités d'entrées en bourse !) dans des cabinets d'avocats organisés en sociétés de capitaux, une pluridisciplinarité partielle ou totale, une liberté totale en matière de publicité et de pratiques de marketing – y

compris le démarchage non sollicité !, la faculté pour des sociétés ou des groupes commerciaux de vendre au public, en plus de les utiliser en interne à l'entreprise, les services de leurs départements juridiques internes, la faculté pour des sociétés ou de groupes commerciaux de développer tout simplement la vente au public de services juridiques en la forme commerciale, etc.

Ce tableau semble très extrême et le Commissaire européen se dit ouvert à considérer des exceptions à une situation de concurrence entièrement ouverte pour autant que des principes importants le justifient. Il admet que certaines règles soient nécessaires à la bonne tenue et au respect de principes fondamentaux mais déclare cependant ouvertement que certaines règles non absolument inhérentes à ces principes pourront être remises en question sous l'angle des règles sur la concurrence, et par conséquent portées devant la Commission ou devant les tribunaux.

La difficulté de la tâche est cependant réelle sur plusieurs de ces points.

Il semble difficile en premier lieu d'imposer à une Commission portant un regard essentiellement économique sur le secteur des services des nécessités, même aussi fondamentales que l'indépendance, résultant de considérations éthiques voire démocratiques. Le Commissaire européen a en effet déjà exprimé certaines opinions assez claires résultant de constatations quant à l'état actuel de la situation dans les pays de la Communauté. Par exemple, le fait que tous les pays connaissent des niveaux de réglementation très différents, et que les marchés n'en ont pas pour autant subi de défaillance structurelle, ou que le public n'y est pas moins bien servi ou protégé, dans

ceux possédant un degré moindre de régulation. Par exemple, le fait que certains services juridiques ne sont parfois dispensés que par des prestataires surqualifiés, et sont par conséquent excessivement onéreux pour le public au seul avantage de la corporation concernée.

Le Commissaire vise ainsi une sorte d'alignement par le bas sur la base des systèmes les moins régulés. Il joue également ouvertement la division qui règne entre certains Barreaux, et certains lobbies, sur certains points, par exemple celui des juristes d'entreprise qui aspirent à pouvoir dispenser des services au public à des conditions plus avantageuses, cela sur la base du principe selon lequel le public doit pouvoir disposer d'un plus large choix de services à des prix différents.

L'intervention du Commissaire européen prend place, au surplus, dans la suite de l'arrêt NOVA (et, dans une certaine mesure, de l'arrêt WOUTERS). Considéré un temps comme un succès par les Barreaux, en tant qu'il confirmait le caractère fondamental de l'indépendance de l'avocat, l'arrêt NOVA n'en énonçait pas moins que les services juridiques n'échappaient pas en tant que tels au droit européen de la concurrence – ni n'étaient immunes à l'adoption de règles par la Communauté en la matière.

Cette situation peut ainsi paraître alarmante et il est certain qu'il s'agit d'un affrontement entre deux philosophies radicalement différentes. La procédure de consultation est en cours et une Conférence sur la régulation des professions libérales est prévue le 28 octobre 2003. Les positions de la Commission et une synthèse des positions exprimées dans le cadre de la

procédure de consultation sont disponibles sur le site Internet de la Commission.

Il ne serait pas réaliste pour les Barreaux de s'accrocher au statu quo ou de s'en tenir à leurs positions exprimées en attendant simplement de voir ce qu'il en ressortira. Il semble au contraire nécessaire, en marge puis dans le cadre de cette procédure de consultation, de faire une analyse et un tri entre les règles absolument essentielles et celles qu'il sera inéluctable de devoir abandonner du fait de l'évolution des conceptions en matière de concurrence et de libre circulation des services.

Le droit communautaire, et les accords bilatéraux, font que, tôt ou tard, ces considérations auront des effets en Suisse ou en auront sur les praticiens suisses en tant qu'acteurs d'un marché européen global de services juridiques. Certains des points soulevés par le Commissaire européen font d'ailleurs déjà l'objet d'un débat similaire au plan interne suisse, d'avantage il est vrai quant à la multidisciplinarité et à l'indépendance que quant à l'application, plus vaste, du droit de la concurrence. Il est donc essentiel que, de manière interne et au sein de la FSA, les Barreaux suisses débattent de l'ensemble de ces problèmes, arrêtent et fassent valoir une position suffisamment définie et forte de manière à être la plus efficace qui soit, et en anticipant en tout état les effets les plus prévisibles.

CHRONIQUE LITTÉRAIRE

Ancienne correspondante au Palais de Justice de Genève d'une grande agence de presse, Corinne Jaquet, devenue entre-temps écrivain au talent large-

ment reconnu, vient de signer un nouveau roman policier

"Les Degrés-de-Poules"

Editions Luce Wilquin, Avin, Belgique 2003.

Au sortir d'une audience de la Cour d'Assises où se joue la réclusion à vie, un avocat découvre un cadavre au milieu des "Degrés-de-Poules", étroit escalier reliant le Palais de Justice à la Cathédrale.

Impossible de savoir qui en voulait à ce vieux bonhomme inoffensif. Très vite, la police relie ce meurtre à d'autres morts suspectes. Il faut se rendre à l'évidence ; un tueur en série sévit dans Genève.

Et il semble très proche des milieux judiciaires.

Un ouvrage à ne pas manquer pour tous ceux qui fréquentent habituellement ou épisodiquement le Palais de Justice de notre canton.

Corinne Jaquet dédicacera son nouveau roman le samedi 22 novembre 2003 de 14h. à 17h. à la nouvelle librairie Descombes de la rue Verdaine.

NUMÉROTATION DES PIÈCES

par le Bâtonnier Alec Reymond

Mesdames les Présidentes de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance, de même que Monsieur le Président du Collège des juges d'instruction ont prié le Bâtonnier de bien vouloir rappeler à tous les membres de l'Ordre que lorsque, tout au long d'une procédure civile ou pénale, plusieurs chargés de pièces sont produits successivement, il y a lieu d'adopter une numérotation en continu, ce qui facilite considérablement l'analyse des dossiers.