

# LA LETTRE DU CONSEIL

---

| ORDRE DES AVOCATS |  
| DE GENÈVE |

## SOMMAIRE

---

Hommage au Bâtonnier Michel Halpérin <i>Me Jean-Marc Carnicé</i>	4
Communications du Bâtonnier <i>Me Jean-Marc Carnicé</i>	6
La Commission en matière d'honoraires d'avocat <i>Me Alexander Troller</i>	10
L'Europe face à la dynamique du capitalisme <i>M. Christophe Donay</i>	12
Perspective neurobiologique sur le rôle et le fonctionnement de l'avocat: les biais inconscients <i>Me Jeremy Lack et M. François Bogacz</i>	14
L'immédiateté limitée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral <i>Me Daniel Kinzer</i>	21
<i>Pro bono: What can lawyers do?</i> <i>Commission des droits de l'Homme et Section des avocats de barreaux étrangers</i>	27
Cloud computing - Aperçu du contenu topique des contrats de fourniture de services de «Cloud» <i>Me Vincent Tattini</i>	31
Admissions à l'Ordre des avocats	38

## HOMMAGE AU BÂTONNIER MICHEL HALPÉRIN

Me Jean-Marc Carnicé

### Discours prononcé lors des obsèques du Bâtonnier Michel Halpérin le 14 août 2014 au cimetière israélite de Veyrier

Il y a quelques années, le Bâtonnier Michel Halpérin m'a proposé de l'appeler par son prénom.

Je me suis senti infiniment honoré.

J'ai eu beaucoup de peine à m'y résoudre tant il représentait pour moi l'autorité, tant il m'inspirait naturellement un immense respect.

Pendant quelque temps, j'ai évité de m'adresser à lui parce qu'il m'était impossible de lui dire tout simplement Michel.

Je sais qu'il ne pouvait évidemment pas imaginer la joie que j'ai éprouvée et la fierté que j'ai ressentie à l'époque.

Aujourd'hui, je suis infiniment triste de son départ. Mais je suis profondément touché, ému et fier qu'il ait souhaité que je dise quelques mots en sa mémoire au nom de l'Ordre des avocats, au nom de la grande famille des avocats pour lesquels il s'est tant battu.

Le Bâtonnier Halpérin incarnait pour nous tous l'Avocat par excellence.

Je veux mettre en avant la noblesse d'un avocat qui a porté nos valeurs au plus haut jusque dans l'élégance de son quotidien. Élégance du verbe mais aussi des relations humaines.

Le Bâtonnier Halpérin n'était pas seulement un orateur d'exception. Il était aussi et peut-être surtout un homme de dialogue et de tolérance. Je crois que c'est ce que beaucoup d'entre nous aimaient chez lui.

Le dialogue, pour lui, c'était une relation d'écoute, de franchise et de générosité. C'était une attention à l'autre.

Il cherchait toujours à comprendre, jamais à détruire.

Dans le débat, il aimait l'affrontement des esprits.

Il aimait persuader, jamais terroriser ou écraser, quelles que soient les qualités de son interlocuteur.

Sa force, c'était son sens de l'écoute, le respect des autres et sans aucun doute son sens de la tolérance.

Chaque fois que je pense au Bâtonnier Halpérin, Voltaire me vient à l'esprit.

Michel Halpérin avait dit un jour que le plus beau texte de l'œuvre de Voltaire était probablement le Traité sur la tolérance.

Il aimait rappeler l'émotion de Voltaire touché par le drame vécu par la famille Calas. Et je crois qu'il aimait Voltaire non seulement parce qu'il était un immense écrivain mais surtout un avocat de la justice et de la tolérance.

Pour le Bâtonnier Halpérin comme pour Voltaire, l'infâme c'était le fanatisme.

Pour beaucoup d'entre nous, c'est un père spirituel que nous avons perdu. Il était comme une lueur de courage et d'espoir dans l'obscurité.

La disparition du Bâtonnier Halpérin laissera un immense vide dans notre Barreau et dans nos cœurs.

Le Bâtonnier Halpérin a rejoint les grandes voix éteintes des ténors de notre barreau: Dominique Poncet dont il était très proche, Michel Nançoz qu'il a beaucoup aimé.

Son Bâtonnat brillant et éclairé a marqué l'histoire de notre Ordre et nous lui en serons toujours infiniment reconnaissants.

Il fut un grand Bâtonnier, grand dans ses convictions, grand dans sa flamme.

Chacun se rappelle du magnifique discours qu'il a prononcé à la mémoire de Michel Nançoz en décembre 1991, fustigeant avec courage une justice défaillante et des juges qui ne croyaient plus assez à la loi pour en respecter rigoureusement la lettre et l'esprit.

Michel Halpérin s'est battu pour la défense, contre la gigantesque machine à broyer du pouvoir.

A une époque où au Palais de Justice certains voulaient lyncher des avocats, oubliant que ces derniers n'étaient rien d'autre que les confidents de leurs clients, le Bâtonnier qu'il était affirmait solennellement que la quasi-totalité des avocats, en dépit des fréquentations qu'on leur prêtait et des tentations qui pouvaient s'offrir à eux, était intègre.

Le Bâtonnier Halpérin ne se taisait pas quand il voyait la justice faire fausse route, précisément parce qu'il la respectait.

Les avocats n'ont jamais eu de plus grand défenseur que lui.

Je veux dire à Esther Halpérin et à ses enfants la profonde émotion et l'immense tristesse des avocats genevois que j'ai l'honneur de représenter aujourd'hui.

Le traité sur la tolérance se termine par la prière suivante: «Puissent tous les hommes se souvenir qu'ils sont frères.».

Je crois, Michel, que vous aviez fait vôtre cette prière.

## COMMUNICATIONS DU BÂTONNIER

Me Jean-Marc Carnicé

### 1. Partenariat avec la Banque Pictet

Le Bâtonnier est extrêmement satisfait des relations que l'Ordre entretient avec la Banque Pictet.

En juin 2014, quelques membres du Conseil ont rencontré les représentants de la banque pour organiser la suite du partenariat qui les lie.

A la suite de cette séance, une conférence a été donnée le 24 septembre 2014 dans les locaux de la banque par Me Shelby Du Pasquier. La conférence qui portait sur l'échange automatique d'informations remporta un immense succès. Quelques heures seulement après l'ouverture des inscriptions, la conférence affichait déjà complet.

### 2. Création de la Conférence latine des Bâtonniers

A l'invitation du Bâtonnier vaudois, la séance constitutive de la Conférence latine des Bâtonniers (CLB) s'est tenue le 13 juin 2014 à Lausanne, en présence de tous les Bâtonniers romands, ainsi que des Bâtonniers bernois et tessinois.

Désormais, les membres de la CLB se réuniront deux fois par an et resteront en contact permanent de manière à renforcer les liens entre les ordres cantonaux et à mieux tirer profit des progrès rencontrés par les uns et les autres. La prochaine rencontre se déroulera le 14 novembre 2014 à Berne.

### 3. Rentrée de Madrid

Du 24 au 26 avril 2014, le Bâtonnier s'est rendu à la Rentrée de Madrid.

### 4. Secret médical

Le 14 mai 2014, le Bâtonnier et Me Robert Assaël, Président de la Commission de droit pénal, ont été auditionnés par la Commission des visiteurs officiels du Grand Conseil pour défendre la position de l'Ordre consistant à s'opposer au projet de loi du Conseil d'Etat genevois visant à abolir le secret médical en milieu carcéral.

### 5. Séminaire du Conseil

Les membres du Conseil de l'Ordre se sont mis au vert du 15 au 17 mai 2014 pour un séminaire de réflexions et de discussions consacrées à la refonte des statuts de l'Ordre.

Le prochain séminaire se déroulera en novembre et aura pour thème «La place et l'image de l'Ordre et de ses membres dans la Cité».

### 6. Délibération pour le Prix Ludovic-Trarieux 2014

Le 25 juin 2014, Me Isabelle Bühler Galladé et Me Sandrine Giroud ont représenté l'Ordre des avocats à Paris à l'occasion de la délibération pour le Prix Ludovic-Trarieux.

A l'issue des délibérations, le prix a été attribué à l'avocate égyptienne Mahinour El-Masry. Militante de droits de l'Homme, cette avocate a été plusieurs fois emprisonnée sous le régime du Président Moubarak. Représentant l'une des figures de la révolution égyptienne de 2011, elle a été à nouveau condamnée sous les régimes Morsi et al-Sissi.

Emprisonnée depuis le 22 mai 2014 pour purger une peine de deux ans de prison pour «participation à

une manifestation non autorisée» en décembre 2013, Mahinour El-Masry a pu être libérée après l'annulation de sa peine, le 21 septembre 2014.



La remise du prix se fera à l'occasion du Congrès de l'Union internationale des avocats (UIA) le 31 octobre 2014 à Florence.

### 7. Cérémonie solennelle du brevet d'avocat

La dernière cérémonie solennelle du brevet d'avocat eut lieu le 30 juin 2014. Lors de cet événement, le Bâtonnier eut l'occasion de prononcer un discours et de féliciter les heureux lauréats.



Cette promotion était parrainée par le Bâtonnier Bruno de Preux.

### 8. Séminaire avec le Comité du Jeune Barreau

En juin 2014, le Bâtonnier s'est rendu à Athènes, à l'invitation des membres du Comité du Jeune Barreau, pour qu'il participe à une partie de leur retraite. A cette occasion, les représentants du Barreau genevois ont notamment eu l'honneur de rencontrer le Conseil du Barreau d'Athènes.

### 9. Conférence de M. Jacques de Watteville

L'Ordre des avocats aura l'honneur d'accueillir M. Jacques de Watteville, Secrétaire d'Etat aux questions financières internationales du Département fédéral des finances, le 30 octobre 2014 à 18h30 à la Société de Lecture.

M. Jacques de Watteville nous parlera sur le sujet «La Suisse, place financière: quel avenir?».

Les inscriptions sont réservées aux membres de l'Ordre et peuvent être effectuées en s'adressant au secrétariat de l'Ordre.

### 10. Bibliothèque du droit du Barreau de Paris

En juillet 2014, l'Ordre des avocats a été invité par l'Ordre des avocats de Paris à participer à son projet de bibliothèque juridique en ligne avec accès libre et gratuit, la Grande Bibliothèque du Droit (GBD). Le Bâtonnier a répondu favorablement et se réjouit de cette nouvelle collaboration entre Paris et Genève.

Le Bâtonnier reçoit volontiers vos publications si vous souhaitez qu'elles soient incorporées à la GBD.

### 11. Déjeuner avec les Présidents des commissions de l'Ordre

Le 5 septembre 2014, le Bâtonnier a convié tous les Présidents des commissions de l'Ordre pour une séance de travail.

Cette réunion a permis de trouver des moyens d'améliorer la communication et de favoriser les synergies entre les différents acteurs de l'Ordre.

### 12. Relations avec le Ministère public de la Confédération

Le 10 septembre 2014, à l'initiative conjointe du Procureur général de la Confédération et du Bâtonnier, une délégation du Conseil de l'Ordre s'est rendue à Berne pour rencontrer les représentants du Ministère public de la Confédération (MPC).

Divers sujets ont été abordés et les échanges ont été très constructifs et se sont déroulés dans un climat très agréable

### 13. Rencontre avec les ONG

Le 16 septembre 2014, la Commission des droits de l'Homme a organisé à la Maison des avocats une rencontre avec les représentants de seize ONG pour échanger sur leurs programmes respectifs en matière de droit de l'Homme et imaginer de nouvelles collaborations.

Me Guillaume Ngefa, Directeur de la Division des droits de l'homme de la Mission des Nations Unies pour la stabilisation du Mali (MINUSMA) et Représentant du Haut-Commissaire aux droits de l'Homme au Mali a également fait l'honneur de sa présence lors cette réunion.

### 14. Déjeuner avec les Bâtonniers lémaniques

Le Bâtonnier a invité tous les Bâtonniers de la région lémanique pour une rencontre qui s'est déroulée le 26 septembre 2014 à Genève.

Ont participé à cette réunion, les Bâtonniers vaudois et valaisan, les Bâtonniers du Barreau de l'Ain, du Barreau de Bonneville et du Barreau de Thonon-les-Bains ainsi que des représentants de notre Ordre.



### 15. Permanence de l'avocat de la première heure

En janvier 2013, le Bâtonnier et la Secrétaire générale avaient représenté l'Ordre des avocats devant la Commission judiciaire du Grand Conseil en vue d'obtenir une modification du tarif horaire de l'avocat intervenant d'urgence pour des audiences devant le Ministère public et le Tribunal des mesures de contraintes (deuxième et troisième heures).

La modification souhaitée de la LPAv (art. 8 A al. 2 et 41 A) est entrée en vigueur le 1er octobre 2014. Désormais, le tarif de l'avocat de la deuxième et de la troisième heure est identique à celui pratiqué pour l'avocat de la première heure.

### 16. Nouvelle présidence de la Commission de droit civil et administratif

La commission de droit civil et administratif est depuis peu présidée par le Prof. Jean-Paul Vulliétty, Président, et Me Karin Grobet Thorens, Vice-Présidente.

C'est l'occasion ici de remercier le Prof. Nicolas Jean-din, ancien Président de la Commission, de sa disponibilité et de la qualité de son travail.

### 17. Condamnation

Au début de l'année 2014, l'individu juriste de formation qui, de façon trompeuse, laissait entendre au public que son bureau était composé d'avocats et contre qui le Conseil de l'Ordre avait déposé plainte, avait été condamné par le Procureur en charge de l'affaire.

Le protagoniste a formé opposition contre l'ordonnance de condamnation et a récemment été traduit devant le Tribunal de police, qui l'a reconnu coupable de concurrence déloyale (art. 23 LCP).

### 18. Obligation de saisir le Bâtonnier

Le Bâtonnier rappelle que les art. 6 Statuts et 24 Us et Coutumes (cf. également art. 29 et 30 CSD) ont pour but de protéger l'avocat en veillant à ce que les membres de l'Ordre fassent preuve les uns envers les autres de délicatesse et de scrupules particuliers. Ainsi, toute action dirigée contre un avocat doit être soumise à l'autorisation du Bâtonnier, y compris les réquisitions de poursuite et les dénonciations à la Commission du barreau.

L'autorisation préalable du Bâtonnier n'est en revanche pas requise en cas de contestation devant la Commission en matière d'honoraires d'avocat.

Les circulaires et décisions du Conseil en lien avec ces règles déontologiques peuvent être consultées sur le site internet de l'Ordre, à l'adresse [www.odageneve.ch/fr/deontologie](http://www.odageneve.ch/fr/deontologie).

### 19. Appel aux contributions des membres de l'Ordre pour la Lettre du Conseil

Le Bâtonnier invite chacun d'entre vous à communiquer au secrétariat de l'Ordre des propositions d'articles que vous souhaiteriez voir paraître dans un prochain numéro de la Lettre du Conseil et qui sont susceptibles d'intéresser les membres de l'Ordre.

A vos plumes!

## LA COMMISSION EN MATIÈRE D'HONORAIRES D'AVOCAT

Me Alexander Troller<sup>1</sup>

Instaurée le 27 mai 2011 par une nouvelle de la Loi genevoise sur la profession d'avocat<sup>2</sup> entrée en vigueur le 27 septembre 2011, la Commission en matière d'honoraires d'avocat dépend<sup>3</sup> du Département de la sécurité et de l'économie (DSE), qui assure son secrétariat<sup>4</sup>.

Elle peut être saisie à la requête de la partie (avocat ou client) la plus diligente, par simple lettre adressée au secrétariat, concernant tout différend relatif au montant des honoraires et des débours d'avocat en matière judiciaire ou extrajudiciaire, ce aux fins d'une tentative de règlement amiable et/ou d'un préavis. Par rapport à l'ancienne Commission de taxation des honoraires d'avocat à laquelle elle a succédé, la Commission en matière d'honoraires d'avocat se distingue par le caractère désormais facultatif de sa saisine avant un éventuel recours aux juridictions civiles compétentes. La Commission ne rend ainsi pas de décision, étant précisé toutefois qu'en cas de conciliation à l'audience, le procès-verbal est contresigné par les parties et vaut titre de mainlevée définitive (art. 80 al. 2 LP) pour le montant de la transaction en question. Cet enjeu d'une grande utilité pratique pour l'avocat créancier d'honoraires permet souvent de trouver des compromis, un éventuel rabais consenti à la faveur de l'échange noué devant la Commission trouvant pour l'avocat sa contrepartie dans la plus grande certitude de l'encaissement de ses honoraires une fois ceux-ci reconnus par titre par le client précédemment récalcitrant.

La Commission est composée (i) du Président de la Cour de justice ou d'un vice-président désigné par

lui, lequel préside les audiences, (ii) du président du Tribunal civil ou d'un vice-président désigné par lui, et (iii) de 4 avocats, soit 1 titulaire et 3 suppléants, nommés par le Conseil d'Etat après consultation des organisations professionnelles d'avocats<sup>5</sup>. La Commission siège en composition tripartite, de deux membres magistrats et d'un représentant des avocats, et tient ses audiences en principe une fois par mois.

Les membres de la Commission sont soumis au secret de fonction. Les travaux, soit pour l'essentiel la rédaction de préavis pour les affaires non-conciliées en audience, ont lieu à huis clos, après convocation de l'avocat et de son client. Ce dernier - mais non l'avocat - peut être assisté d'un conseil, lequel peut mais ne doit pas nécessairement être avocat. La Commission peut demander des observations écrites aux magistrats qui ont connu l'affaire ayant donné lieu aux honoraires litigieux, et exceptionnellement proposer des mesures probatoires; tel est toutefois rarement le cas en pratique.

La procédure est gratuite. Dans les cas où les intérêts en jeu, la complexité de la cause, l'ampleur de la procédure ou la quantité du travail qu'elle implique sont importants, la Commission peut toutefois prélever un émolument n'excédant pas CHF 5'000, et exiger que la partie requérante en fasse l'avance.

Si la Commission bénéficie de l'appui d'un huissier pour les audiences, elle ne peut toutefois pas compter sur un greffier, ce qui rend la rédaction – séance tenante – des procès-verbaux de conciliation

tributaire de l'abnégation manuscrite du Président de la Commission. Ce charme désuet mériterait de céder le pas devant l'attribution d'un greffier ou à tout le moins d'une infrastructure informatique minimale, qui permettrait d'accélérer le rythme des audiences... et d'éviter quelques présidentielles crampes de poignet.

A défaut de conciliation à l'audience, la Commission rend un préavis motivé mais toujours limité à l'adéquation de la facturation des honoraires litigieux. De pratique constante, la Commission n'examine pas la qualité du travail presté par l'avocat concerné ni les griefs matériels des clients sur l'activité de leur ancien défenseur, qui reste l'apanage des juridictions civiles compétentes. Cette règle doit souvent être rappelée aux parties. Le corollaire en est l'inutilité pour l'avocat saisissant la Commission ou attiré devant elle de soumettre au secrétariat les dizaines de classeurs fédéraux censés démontrer la quantité et la qualité de ses prestations litigieuses. A l'inverse, un résumé chronologique clair et précis de l'activité déployée et de son issue, décrivant en particulier la ou les factures litigieuses, accompagné du décompte horaire (timesheet) et de la base de facturation (notamment taux horaire appliqué) des notes d'honoraires contestées est bienvenu pour ne pas dire indispensable. Il permet à la Commission de faire son travail et évite de fastidieuses reconvoctions.

A noter également – alternative toutefois très rarement pratiquée – que si les parties en ont convenu ou le requièrent, les membres de la Commission peuvent se constituer en tribunal arbitral et statuer sur l'existence et le montant de la créance disputée. La gratuité n'est alors évidemment plus de mise, la fonction du tribunal arbitral concerné étant celle d'une autorité de jugement avec un plein pouvoir de cognition et de décision.

En vertu du Règlement sur les commissions officielles, les membres avocats de la Commission sont censés être rémunérés pour leurs diligences selon les tarifs applicables. Dans la pratique, l'engagement des membres de l'Ordre est toutefois désintéressé.

Trois ans après sa constitution, et après avoir résorbé le retard des dossiers hérités de l'ancienne Commission de taxation devenue inopérante faute de base légale, la Commission en matière d'honoraires d'avocat a démontré son utilité par le taux élevé de conciliation des différends portés devant son autorité. Si l'on tient compte également des affaires retirées avant audience – dans la grande majorité des cas à raison d'un accord intervenu par l'effet dissuasif d'une apparition devant la Commission - et des accords survenus après audience à la lecture du préavis concerné, la proportion d'affaires transigées n'en est que plus importante encore.

La Commission en matière d'honoraires d'avocat nous est enviée par nos confrères d'autres cantons pour sa facilité d'accès et son aspect pratique. Elle ne constitue toutefois pas un acquis, demeurant tributaire de possibles aménagements législatifs sous couvert d'économie des moyens du pouvoir judiciaire. Sachons nous montrer déterminés à préserver «notre» Commission, non seulement en exprimant notre reconnaissance aux magistrats qui lui consacrent régulièrement leur temps, mais aussi en rappelant l'économie de procédures judiciaires en recouvrement d'honoraires qu'elle permet de réaliser.

<sup>1</sup> Membre titulaire de Commission en matière d'honoraires d'avocat. La présente contribution n'engage que son auteur à titre personnel.

<sup>2</sup> LPAv (RS Ge E 6 10), art. 36 à 40.

<sup>3</sup> Selon le Règlement sur les commissions officielles (RCOf – RS Ge A 2 20.01), art. 4 let. x.

<sup>4</sup> Pour adresse: Commission en matière d'honoraires d'avocat, Département de la sécurité et de l'économie (DSE), Place de la Taconnerie 7, CP 3962, 1211 Genève 3, téléphone +41 22 327 92 10, fax +41 22 327 92 15.

<sup>5</sup> A l'heure actuelle, l'Ordre des avocats et l'Association des juristes progressistes.



## L'EUROPE FACE À LA DYNAMIQUE DU CAPITALISME

M. Christophe Donay<sup>1</sup>

Les crises systémiques des *subprimes* américains, puis de l'euro zone des années 2008-2013, ont rappelé que le capitalisme connaît des soubresauts tellement durs que parfois des doutes apparaissent sur la pérennité de son existence.

A l'issue des six dernières années éprouvantes, la nature du capitalisme n'a pas changé. Au contraire, il en ressort renforcé, car il a changé d'échelle. Tant qu'il aura de nouveaux territoires à conquérir, son existence ne sera pas remise en cause et son développement assurera son renforcement. Et, ces territoires sont nombreux. En adhérant au système capitaliste, la Chine et ses 1,2 milliards d'habitants lui offre le nouveau et très vaste terrain de jeu des pays émergents. Alors qu'historiquement aux Etats-Unis et en Europe la croissance économique reposait principalement sur la croissance de la démographie et de la productivité, les nouvelles technologies et l'émergence de nouvelles énergies repoussent les limites de l'expansion économique. On assiste au renversement de la tendance à l'affaiblissement de ces économies, qui semblait pourtant inexorable avec le vieillissement de leur population et de leur désindustrialisation accélérée.

La bonne nouvelle est que la dynamique du capitalisme nous autorise un optimisme raisonné: les deux dernières crises systémiques ne sont donc en aucun cas le signe du déclin du capitalisme mais de sa mutation. La mauvaise est que, dans chaque mutation, il y a des gagnants et des perdants. Quels seront-ils?

Pour répondre à cette question, une compréhension des tendances passées et actuelles du capitalisme est riche d'enseignement pour éclairer les enjeux futurs. La dynamique du développement historique du capitalisme est bien cernée grâce à l'historien réputé

Fernand Braudel. Nous retenons trois principaux concepts issus de ses travaux.

Premièrement, par rapport à d'autres formes d'organisation économique et sociale, le capitalisme s'organise et prospère grâce à un «cœur» puissant. Celui-ci rassemble la classe sociale dominante. Elle maîtrise les innovations mais aussi la formation de capital, sa reproduction et la fixation de son prix et même de son coût de financement. La maîtrise des principaux rouages économiques permet au «cœur» d'accumuler l'essentiel des profits et d'en utiliser une partie pour financer une puissance militaire, permettant de protéger son indépendance vis-à-vis du reste du monde et d'asseoir sa domination politique. Les Etats-Unis ont été la première puissance historique à détenir simultanément, et au plan mondial, une domination économique, politique et militaire. C'est en quelque sorte la première hyperpuissance.

Deuxièmement, le «cœur» n'est pas fixe: il se déplace de ville en ville au fil des siècles. Les crises économique ou politique, les guerres puis, de plus en plus, les chocs d'innovation ont été les principaux déclencheurs du basculement du cœur du capitalisme d'une ville à l'autre. Depuis 1350, sept «cœurs» se sont succédés: Venise (1350-1500), Anvers (1500-1500), Gênes (1550-1600), Amsterdam (1600-1800), Londres (1800-1930). Puis, le «cœur» quitte l'Europe pour s'ancrer dans le Nouveau Monde: New-York (1930-1980), San-Francisco et enfin, l'Etat de la Californie dans son ensemble. A chaque déplacement du cœur, l'innovation joue un rôle majeur.

Troisièmement, le «cœur» se nourrit de la «périphérie». La périphérie fait partie intégrante du capitalisme. Mais, elle ne participe pas à sa dynamique

profonde car elle n'a ni la capacité d'innovation du «cœur», ni sa puissance financière. Elle pâtit souvent d'un niveau de vie plus bas. Puis, la périphérie disparaît lorsque qu'elle devient inutile à l'expansion du «cœur».

Les économies américaines et européennes semblent en convalescence après les durs chocs systémiques qu'elles ont traversés. Pourtant, le «cœur» réside toujours aux Etats-Unis. Il devrait y rester. Les innovations les plus prometteuses car annonciatrices, une nouvelle fois, de la croissance économique de demain sont situées pour la plupart sur la côte ouest américaine. Elles foisonnent dans des secteurs aussi divers que les nouvelles technologies d'information et de traitement de l'information, les nanotechnologies, la neurobiologie, la biotechnologie et les nouvelles sources d'énergies (notamment dans le pétrole et le gaz de schiste ou encore l'énergie solaire). Dans les années de crise, la Réserve fédérale fut la première banque centrale à adopter une politique monétaire totalement orientée vers la stabilisation du système économique afin de favoriser la régénération du capital et la croissance économique.

La Chine est probablement promise à un brillant avenir. Nouveau territoire de développement du capitalisme, elle a tout à construire. Et, elle s'y attelle avec une énergie créatrice. Elle appuie son développement sur un passé d'inventions glorieuses. Renouer avec ce passé, pourrait lui conférer définitivement un statut de «cœur». Pour la première fois de son histoire, le capitalisme pourrait s'articuler autour de deux cœurs.

Quant à l'Europe, elle fait figure de grand perdant. Surtout les pays de la zone euro. Déstabilisée par sa crise systémique de 2010-2013, elle montre les conséquences de l'inachèvement de sa construction. L'histoire économique est impitoyable dans ses

enseignements: sans union fiscale, une zone monétaire ne survit pas à terme. Or, les tensions politiques domestiques observées dans de nombreux pays sont adverses à l'aboutissement du projet européen. L'absence de dynamique d'innovation procure des perspectives de croissance structurelle bien ternes. Sur la base des tendances de croissance économique de fond actuelle, le poids de l'Europe dans le PIB mondial pourrait passer de 22% à 11% au profit de la Chine qui parcourrait le chemin inverse avec un poids grandissant de 11% à 22%. Celui des Etats-Unis se stabiliserait à 25%. L'Europe éprouve de grandes difficultés face à la globalisation du capitalisme. Sans sursaut, sans réelle volonté de bâtir une économie d'innovation, sans aboutissement dans sa construction, les lois de la dynamique du capitaliste s'appliqueront à son détriment: elle s'éloignera dans une périphérie de plus en plus lointaine. Et finalement, elle s'appauvrira. Ce lent processus a déjà commencé. Mais, il est encore réversible.

<sup>1</sup> Directeur de l'allocation d'actif et de la recherche économique auprès de Pictet & Cie.

## PERSPECTIVE NEUROBIOLOGIQUE SUR LE RÔLE ET LE FONCTIONNEMENT DE L'AVOCAT: LES BIAIS INCONSCIENTS

Me Jeremy Lack et M. François Bogacz

L'émergence à la fin des années 90 de l'imagerie par résonance magnétique fonctionnelle (IRMf en français, fMRI en anglais) qui permet de visualiser les zones les plus actives du cerveau a eu pour conséquence positive l'engouement d'un public de plus en plus large pour les neurosciences, ou plus précisément pour leur vulgarisation.

Le domaine légal ne fait pas exception à la règle, loin de là, avec de nombreuses réflexions en cours sur l'importance des témoignages<sup>1</sup> ou sur les biais inconscients des avocats, des juges ou des arbitres<sup>2</sup>.

Plutôt que de tenter en quelques mots de résumer l'essentiel de ce qu'un avocat devrait savoir sur le fonctionnement du cerveau pour pratiquer son métier de manière plus efficace, ce qui serait illusoire, nous avons préféré braquer notre projecteur sur un seul principe et dénombrer ses principales conséquences: l'efficacité énergétique du cerveau et sa tendance à créer des biais inconscients.

Ce texte est le fruit d'une analyse rigoureuse de la littérature, de discussions avec le monde scientifique, et avec des chercheurs et praticiens qui essayent de comprendre l'impact des nouvelles découvertes dans les neurosciences sur les procédures judiciaires. Cependant, nous nous devons de souligner à titre de préambule la nature extrêmement complexe du noble organe qui couronne le corps humain, ce qui rend les simplifications impossibles. L'étude du cerveau nous pousse à adopter une attitude extrêmement humble, guidée par un doute sain et constant sur ce que nous pensons apercevoir, et par un questionnement constant par rapport à nous-mêmes, et ce que nous pensons savoir.

La première loi qui régit le fonctionnement du cerveau et qui est évidemment la plus importante comme la plus simple s'énonce comme suit: notre cerveau est conçu pour optimiser sa consommation d'énergie (glucose). Cet objectif est atteint de deux manières: en amont, notre régime alimentaire sophistiqué nous permet d'entretenir des fonctions complexes qui nous distinguent des autres animaux et qui sont extrêmement consommatrices d'énergie et, en aval, notre cerveau fonctionne par défaut dans un mode automatique et «réflexif», lequel mobilise seulement quelques régions et utilise des raccourcis mentaux de tous types (appelés des «heuristiques»), de manière généralement inconsciente<sup>3</sup>. Ces raccourcis créent des biais cachés que nous allons expliciter dans ce qui suit.

L'application la plus connue du principe d'efficacité énergétique est celui de la survie face au danger: les amygdales, deux petites régions centrales très économes mais très efficaces dans notre cerveau, jouent un rôle permanent de «détecteur de pertinence». Elles comparent ce que nous percevons et plus largement ce que nous expérimentons à des mémoires acquises ou innées, de manière à nous faire réagir en quelques millisecondes, notamment en cas de danger grave, avant même que le cerveau humain n'ait pu avoir une appréciation cognitive ou profonde de la situation.

Ce phénomène enclenche des comportements de lutte ou de fuite, voire des réactions hautement émotionnelles, qui vont empêcher l'activation des zones du cortex préfrontal lesquelles sont justement nécessaires pour une réflexion murie et pondérée. Ce genre de réflexion profonde, par contre, consomme beaucoup plus d'énergie, et n'est pas disponible

quand nos ressources sont épuisées par des schémas de comportement émotionnels de crainte, de lutte ou de fuite. Au fil de notre évolution, le répertoire des amygdales cérébrales s'est notablement élargi et elles ne nous protègent plus seulement par le biais de réflexes innés contre les serpents croisés dans l'ombre d'une forêt, mais également contre toutes sortes de «dangers» de nature sociale, notamment résultant de comportements «intra-groupe» ou «inter-groupes» selon que l'on se sente accepté ou rejeté par un groupe de personnes.

Des études montrent leur rôle actif dans l'évaluation inconsciente du risque associé à de nouvelles rencontres: la première fois que nous rencontrons un étranger, nous analysons automatiquement les traits de son visage selon le niveau de confiance et de domination qu'il nous inspire<sup>4</sup>. Le cerveau active également une heuristique rapide d'évaluation de l'appartenance de cette personne à notre «tribu», ou à une autre qui serait peut-être en compétition avec la nôtre. Tout ceci se passe en quelques microsecondes, bien avant qu'une activation de la réflexion consciente ne soit possible. Nous sommes donc prompts à utiliser des stéréotypes lorsque nous ne savons pas grand-chose sur «l'autre» et enclins à ne pas trop réfléchir au contenu et la manière de penser de l'autre lorsqu'il nous est très similaire, partant de l'idée qu'il partage nos croyances, perceptions et symboles. Ces deux dernières présomptions concernant le fonctionnement des autres créent souvent des polémiques entre confrères, avec leurs clients, ou avec des juges.

Il faut bien accepter que, quelle que soit la situation sociale dans laquelle nous nous trouvons, bien que nous nous efforcions à rester neutres, indépendants

et impartiaux, nous sommes tous biologiquement et inconsciemment biaisés. Comme le disait Anaïs Nin: «Nous ne voyons jamais les choses telles qu'elles sont, nous les voyons telles que nous sommes.». Chaque perception ou pensée est subjective.

En complément des amygdales, les noyaux de la base du cerveau jouent également un rôle critique dans notre mode de pensée automatique, puisqu'ils gèrent nos habitudes, acquises au fil de nos expériences familiales, culturelles et professionnelles. Sans eux, nous devrions constamment réapprendre, calculer, analyser et nos ressources en glucose seraient épuisées quelques minutes après notre réveil.

Nos biais inconscients et nos schémas de réflexion rapides sont donc les conséquences d'un système d'efficacité dans la façon par laquelle nous consommons l'énergie dans nos cerveaux qui crée des points morts dans le champ de vision de tout avocat, client, témoin ou magistrat.

La mémoire est un exemple de l'établissement des «faits» particulièrement dangereux dans ce contexte. Le but de la mémoire chez l'homme n'est pas de se rappeler du passé, mais d'anticiper plus rapidement le futur. La mémoire est donc un outil évolué chez l'homme qui permet de reconnaître des situations et d'activer des heuristiques ou des comportements de façon plus rapide, en consommant moins d'énergie.

Une mémoire est affectée par le contexte émotionnel dans lequel elle a été créée et toute mémoire est donc subjective. Ceci a été récemment reconnu par l'instance judiciaire de l'état du New Jersey aux Etats Unis qui, le 4 septembre 2012, a ordonné qu'un juré doit être informé que le témoignage d'un

<sup>1</sup> Weiser, B. (2012): *New Jersey Court Issues Guidance for Juries about Reliability of Eyewitnesses*. *New York Times*, July 19, 2012.

<sup>2</sup> Kaster, L. (2012): *Improving Lawyer Judgment by Reducing the Impact of "Client-Think"*. *Dispute Resolution Journal*, vol. 67, no. 1 (Feb.-April 2012).

<sup>3</sup> Kahneman, D. (2011): *Thinking, fast and slow*. Macmillan.

<sup>4</sup> Todorov, A., Said, C. P., Engell, A. D., & Oosterhof, N. N. (2008): *Understanding evaluation of faces on social dimensions*, *Trends in Cognitive Sciences*, 12(12), 455-460. doi:10.1016/j.tics.2008.10.001



témoin qui pense reconnaître un accusé n'est pas nécessairement fiable et peut être facilement biaisé inconsciemment. Les nouvelles instructions aux jurés de cet état américain, qui reprend à son compte les découvertes les plus récentes de la neurobiologie en ce qui concerne l'identification de personnes par des témoins, s'expriment ainsi: «*La mémoire humaine n'est pas infaillible. La recherche a révélé que la mémoire humaine n'est pas comme un enregistrement vidéo qu'un témoin rejoue pour se rappeler ce qui s'est passé. La mémoire est beaucoup plus complexe. Le processus de mémorisation se décompose en trois étapes: acquisition - la perception de l'événement d'origine; rétention - la période de temps qui s'écoule entre l'événement et la récupération partielle d'un éventuel élément d'information; et la récupération - la phase au cours de laquelle une personne se souvient des informations stockées. A chacune de ces étapes, la mémoire peut être affectée par une variété de facteurs.*»<sup>5</sup> Selon des publications très récentes (et perturbantes), il y aurait un sorte de biais raciste qui aurait évolué chez l'homme et affecté l'objectivité d'un témoin, selon lequel le visage d'une personne d'une autre race est encodée de façon moins précise que pour une personne de la même race.<sup>6</sup> Ceci implique qu'il y a un risque important de confusion entre des personnes d'une autre race, avec des conséquences et des stéréotypes négatifs. Heureusement, grâce à la neuroplasticité du cerveau (sa capacité d'évoluer en fonction de notre expérience), ce biais néfaste selon lequel les «autres» de la même race «se ressemblent tous» est réversible.

Les fausses mémoires ou les biais inconscients peuvent aussi affecter le fonctionnement des tribunaux, et la façon dont un avocat examine un dossier. Le fait même de représenter un client a déjà un impact sur l'indépendance d'esprit et la capacité de l'avocat à être «objectif». Les avocats ont tendance à surévaluer les positions de leurs clients et de minimiser leurs points faibles, ce de façon inconsciente. En Californie, une recherche a démontré que, dans plus de 2'000 cas jugés dans les tribunaux où une transaction a été offerte au préalable par la partie défenderesse mais refusée par la partie demanderesse, plus de 60% des parties demanderesses ont reçu moins au tribunal de ce que les parties défenderesses avaient offert (une perte moyenne de US\$ 43'000).

Cette erreur d'appréciation provient de l'attitude de l'avocat de la partie demanderesse et ne prend pas en compte les frais supplémentaires des droits de greffe et les honoraires des avocats (auquel cas le «taux d'erreur» est encore plus élevé). Pour les avocats des parties défenderesses, par contre, le «taux d'erreur» de refuser l'offre de la partie demanderesse est plus réduit, soit de 24% mais pour des différences entre l'offre et le jugement plus élevées: en moyenne une perte de US\$ 1.1 million.<sup>7</sup> Des études supplémentaires ont démontré que ce schéma de surévaluation et de sous-évaluation par les avocats n'est pas un accident géographique, mais une tendance universelle.<sup>8</sup> Pour les dossiers plus importants, où la valeur en litige est entre US\$ 1-150 million, le coût

<sup>5</sup> En anglais: "Human memory is not foolproof. Research has revealed that human memory is not like a video recording that a witness need only replay to remember what happened. Memory is far more complex. The process of remembering consists of three stages: acquisition -- the perception of the original event; retention -- the period of time that passes between the event and the eventual recollection of a piece of information; and retrieval -- the stage during which a person recalls stored information. At each of these stages, memory can be affected by a variety of factors." *Revised NJ Jury Instructions on Identification: In-Court and Out-of-Court Identifications*, revised July 19, 2012, page 2, citant le cas *State v. Henderson*, 208 N.J. 208, 245-46 (2011).

<sup>6</sup> H.D. Lucas et al. (2011): *Why some faces won't be remembered: brain potentials illuminate successful versus unsuccessful encoding for same-race and other-race faces*, *Frontiers in Human Neuroscience* March 2011, Vol. 5, doi: 10.3389/fnhum.2011.00020.

<sup>7</sup> R. Kiser et al. (2008): *Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations*, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, Issue 3, pp 551-591 (September 2008)

<sup>8</sup> Randall Kiser (2010): *Beyond Right and Wrong: The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients*, Springer.

moyen de l'erreur consistant à refuser une offre pour les avocats des parties demanderesses est de US\$ 327'000, tandis que pour les parties défenderesses, le coût moyen de l'erreur est de US\$ 5,326 million.<sup>9</sup> Ces biais sont en partie émotionnels, mais aussi sociaux, influencés par une notion appelée «réflexion de meute» (en anglais «groupthink»), un phénomène d'ancrage psychologique découlant du fait que l'on est soutenu dans ses convictions par son groupe.<sup>10</sup>

Il est possible de combattre ces biais inconscients à travers 10 stratégies, recommandées par Laura Kaster:

1. nommer un «avocat du diable» en interne pour chaque dossier;
2. maintenir des communications constantes et ouvertes avec la partie opposée;
3. inclure le client de façon active dans toute discussion stratégique;
4. faire des «pre-mortems», où l'on s'imagine avoir perdu le cas et où il faut en analyser les motifs;
5. éviter une réflexion de «groupthink» en demandant à chaque membre dans une équipe de donner son avis individuel (par exemple, au préalable par écrit), avant de connaître l'avis des autres;
6. faire un budget détaillé en amont, avec une analyse du temps et de tous les coûts de procédure et frais judiciaires (des avocats ainsi que des experts) pour l'ensemble du dossier;
7. décrire le cas à des confrères neutres et non-impliqués, en leur demandant d'évaluer

les risques;

8. faire des «arbitrages fictifs», devant des tiers nommés comme «tribunal»;
9. maintenir un tableau des risques, des offres et des budgets tout au long du dossier, pour noter les divergences dans le temps;
10. utiliser la médiation plus souvent pour minimiser le risque de «groupthink» du côté de chaque partie.<sup>11</sup>

Ces exercices demandent une grande concentration, sont contre-intuitifs et puisent dans nos ressources cognitives. Nos ressources mentales sont hélas loin d'être infinies et l'évolution ne nous a pas dotés d'une alarme interne systématique lorsque notre cerveau épuise ses ressources. L'exemple le plus criant de cette réalité vient d'une étude réalisée en Israël auprès de juges d'exécution qui décident des cas de mises en liberté anticipées, et qui montre que ce qui influe le plus la décision des juges n'est pas le type de crime commis, ou les caractéristiques des prisonniers (par exemple, s'ils sont hommes, femmes, chrétiens, juifs ou musulmans), mais l'heure de la journée à laquelle ceux-ci comparaissent devant le tribunal. Ces juges professionnels aguerris perdent systématiquement leur lucidité de jugement juste avant leur pause matinale, avant celle du déjeuner et avant celle de l'après-midi<sup>12</sup>, autant de moments de la journée où leurs réserves de sucre dans le système sanguin sont au plus bas. Combien de magistrats sont capables de refuser de prendre des décisions stratégiques aux moments de la journée où leur cerveau manque de ressources, notamment le soir? Or,

<sup>9</sup> Randall Kiser (2012): *Judgments: How We Reach Them and How We Can Improve Them* lors d'un discours au New Jersey State Bar Association, Dispute Resolution Section, Jan. 24, 2012.

<sup>10</sup> Irving Janis (2012): *Victims of Groupthink* (2d ed. Houghton Mifflin, 1982).

<sup>11</sup> Laura A. Kaster (2012), voir note 2, *supra*. Le 10<sup>ème</sup> de ces stratégies n'est pas explicitement mentionné dans cet article, mais fait partie des enseignements de Kaster, qui préconise l'utilisation de la médiation en général.

<sup>12</sup> Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011): *Extraneous factors in judicial decisions*, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 108(17), 6889-92. doi:10.1073/pnas.1018033108

combien d'avocats osent suggérer à leurs clients de suspendre une négociation délicate lorsque la nuit arrive, pour éviter de passer en mode totalement automatique?

Et c'est sans mentionner que le contrôle de soi aggrave la situation: dans un contexte culturel nouveau, où nous essayons de nous adapter aux rituels et comportements nouveaux, nous devons gérer non seulement l'apprentissage mais inhiber nos comportements naturels, ce qui comporte aussi un prix énergétique qui sera payé par le cerveau rationnel et cognitif. Le constat dès lors est le suivant: une spirale négative nous guette. Plus nous sollicitons notre néocortex, plus nous manquons d'énergie et plus nous faisons appel à nos modèles mentaux inconscients, à nos émotions et à nos habitudes. Nous pensons encore «penser» au sens noble du terme alors que nous sommes déjà inconsciemment en train de laisser nos systèmes reptiliens et émotionnels nous guider. Nos conclusions cognitives ne sont que le résultat *ex post facto* d'une réflexion invisible et plus rapide, dont nous n'avons même pas conscience.

Une autre conséquence de l'efficacité énergétique de nos cerveaux est potentiellement beaucoup plus positive, mais hélas souvent dédaignée. Nous voulons parler des intuitions et des «règles d'or», appelés «rules of thumb» en anglais, par référence au fait qu'à défaut de d'un outil de mesure tel qu'une règle, l'utilisation du pouce est bien souvent une méthode de mesure acceptable. Les raccourcis mentaux peuvent en effet être très utiles dans certaines situations spécifiques. Les trois prérequis du jugement intuitif dénombrés par l'un des experts de l'intuition, Gerd Gigerenzer<sup>13</sup>, sont les suivants:

1. Une émergence rapide dans la conscience;
2. Des raisons sous-jacentes dont nous ne sommes pas pleinement conscients;
3. Une évidence qui nous pousse à agir.

Cette capacité à «connecter les points» sans utilisation de ressources mentales coûteuses n'est hélas socialement acceptable que dans un nombre restreint de situations, car notre civilisation occidentale porte au pinacle les modèles analytiques complexes et leurs gurus (ingénieurs, analystes financiers, scientifiques, etc.) plutôt que le traitement intuitif, souvent réservé avec dédain au sexe dit «faible». Combien d'avocats osent dire à un client qu'il va perdre son procès sans être capable de lui expliquer pourquoi «par A plus B»?

La culture de la gestion du risque au sein du barreau amène souvent à vouloir rationaliser à outrance les décisions, jusqu'à inventer a posteriori des justifications dites «rationnelles» pour ce qui étaient des intuitions. L'avocat «moderne» ne se doit-il pas de savoir utiliser à bon escient ses deux modes cognitifs: le réflexif et le réfléchif? Peut-il motiver son avis par son raisonnement intuitif ainsi que rationnel? Comment éviter de naufrager lui qui navigue au quotidien dans un océan de données et d'informations? Au risque de pousser la métaphore trop loin, il existe une règle d'or en navigation qui a sauvé la vie de nombreux marins: «lorsque l'angle entre ma route et la position d'un autre navire est constant, la collision est certaine». Pas besoin d'un calculateur puissant. Il suffit de fixer son regard sur l'autre navire et d'estimer l'angle en question. Ainsi, chaque cabinet d'avocats peut recenser et institutionnaliser ses règles d'or les plus effectives, de manière à faire du mode automatique une force plutôt qu'un boulet. Un

<sup>13</sup> Gigerenzer, G. (2014): *Risk Savvy: How to Make Good Decisions*, Viking Press.

«audit énergétique» apportera une vraie valeur ajoutée à l'activité du cabinet.

Ce principe de l'efficacité énergétique de nos cerveaux a d'autres implications, plus ou moins évidentes, pour les avocats. Tout d'abord, dans une situation nouvelle, qui peut être à la fois génératrice d'anxiété et d'excitation positive, le cerveau humain nous protège automatiquement en activant nos schémas inconscients et nos biais. Il utilise le peu que nous connaissons de la situation et, très souvent, il va combler les trous dans notre connaissance en faisant appel aux meilleures informations à sa disposition. Notre attention se concentre sur le syllogisme juridique et à qui attribuer «la faute».

Les faits ne sont que des perceptions, modulés par des systèmes biologiques qui sont facilement influencés. Cela peut être funeste pour les dossiers de l'avocat qui n'y prend pas garde. Les nouvelles Méthodes Alternatives de Résolution des Conflits (MARC), telles que la médiation facilitatrice et les hybrides (MEDALOA, «Guided Choice», et autres systèmes exploitant la médiation) peuvent prendre en compte ces biais cachés et prendre en considération les effets de meute sur la pensée des parties. Un avocat qui n'a vécu que la résolution de litiges à travers les tribunaux et qui se retrouve plongé dans ce contexte totalement nouveau des MARCs, aura deux alternatives à sa disposition:

(1) ou bien il laisse son mode automatique le guider, auquel cas il risque bien de fonctionner sur la base de présomptions et d'utiliser des techniques et comportements totalement inadaptés au contexte, tels qu'un raisonnement positionnel, utilisant des plaidoiries pour essayer de convaincre le tiers ou la partie adverse;

(2) ou alors il réussit à s'adapter à une nouvelle logique de pensée où plusieurs perspectives coexistent, où les présomptions et biais inconscients de chacun doivent être examinés, et où des solutions créatives qui ne sont pas moulées dans un syllogisme juridique, mais par les intérêts futurs des deux parties (et notamment de son propre client) peuvent être trouvées. Une compréhension de l'impact de la procédure sur le comportement des participants, et comment la procédure fait partie du problème en soit (par exemple, sa tendance à créer des polémiques, escalader le conflit et séparer les gens en groupes opposés) devient alors un atout essentiel.

Dans ce deuxième cas l'avocat aura besoin de beaucoup d'énergie, puisqu'il mobilisera alors la quasi-totalité des régions du néocortex. Il lui faudra venir avec un esprit ouvert, un mode heuristique de découverte, plutôt que stressé et en cherchant à convaincre. Les situations nouvelles ainsi que positionnelles sont épuisantes sur le plan cérébral.

Tout professionnel plongé dans un contexte nouveau, ou dans une situation où son énergie doit se concentrer sur la défense et sur les répliques à donner à ce que son confrère pourrait dire, devrait avoir l'humilité de l'étudiant. Il devrait s'imposer des pauses fréquentes, répéter objectivement ce qu'il vient d'entendre avant de critiquer, et penser non seulement à comment recharger ses batteries (ainsi que celles de son client), mais également comment penser en profondeur à ses propres automatismes de réflexions, ses présomptions, et à ceux de ses confrères. Et tout professionnel plongé dans un contexte connu devrait avoir une autre humilité, celle de considérer que même dans un mode automatique, notre cerveau a également besoin de nombreuses pauses.

Pour conclure, à la lumière ce qui précède, il est aisé de comprendre pourquoi les «insights», ou moments «eurêka» surgissent au petit matin, sous la douche ou dans le bain, plutôt qu'en cours de procédure judiciaire. Cette génération spontanée d'idées et de résolutions de problèmes résulte d'un niveau optimal à la fois de nos ressources mentales et de notre relaxation. Lorsque nous arrivons à faire le vide, à réduire le bruit mental de nos préoccupations, nous améliorons notre concentration et donc notre performance, et pas seulement au petit matin.

A propos des auteurs:

Me Jeremy Lack, MA (Oxon) est un avocat indépendant et médiateur assermenté, inscrit aux barreaux de Londres et de New York. Il est également membre du Comité de la Section des avocats de barreaux étrangers (SABE) de l'Ordre. Il enseigne à l'EPFL et à l'Université de Genève, et agit également comme conseiller juridique chez QUADRANT CHAMBERS (GB) et CHARLES RUSSELL LLP (CH/GB). Il est membre de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale de la République et Canton de Genève, Co-Président de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (Section Romande), Vice-Président de la Commission indépendante des normes de l'Institut international de la médiation (IMI) et le cofondateur de Neuroawareness avec Francois Bogacz.

M. François Bogacz, MSc est le fondateur et CEO de Neuroawareness Consulting Services ([www.neuroawareness.com](http://www.neuroawareness.com)). Il est un expert dans l'application des neurosciences aux métiers juridiques, de gestion de conflit et de management, et a formé des centaines de professionnels à travers le monde à l'application des neurosciences. Ancien cadre dirigeant de Microsoft, Hitachi et Philips dans le marketing et le «business development», il a également créé plusieurs start-ups en Europe et aux USA dans les domaines du conseil en stratégie et du leadership. Il a suivi une Post-Graduation en Neurosciences du Leadership, est formé aux techniques de créativité d'Edward De Bono, et est un médiateur certifié par l'Institut international de la médiation (IMI).

La neurobiologie nous invite donc à réfléchir à nouveau au métier et au fonctionnement de l'avocat, à penser comment être plus efficace dans la gestion de nos dossiers, et comment mieux assister nos clients à trouver de meilleures solutions, en réfléchissant autrement.

## L'IMMÉDIATÉTÉ LIMITÉE DANS LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Me Daniel Kinzer

Les audiences pénales ont changé à Genève depuis l'introduction du Code de procédure pénale. On passe moins de temps à recueillir des déclarations, mais davantage à les consigner au procès-verbal, puis à les faire relire. Le formalisme progresse, mais l'immédiateté recule.

L'immédiateté implique, selon le Tribunal fédéral, que «le juge [prenne] connaissance des faits essentiels dans la mesure du possible lui-même, directement et sans intermédiaire, lors des débats. L'intime conviction du juge doit s'appuyer sur ses propres perceptions sensorielles»<sup>1</sup>. L'immédiateté, jadis marquée à Genève sous l'empire du Code de 1977 et dans certains autres cantons, minoritaires, a été restreinte par le Code de procédure pénale unifié, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. L'article 350 al. 2 CPP prévoit désormais expressément que le Tribunal de première instance «prend en compte les preuves administrées durant la procédure préliminaire et lors des débats», conférant à la preuve dont le juge ne fait qu'hériter la même valeur qu'à celle qu'il administre. Bien plus, l'art. 308 CPP prévoit qu'en cas de mise en accusation, «[l]e Ministère public établit durant l'instruction l'état de fait [...] de façon à [...] fournir au Tribunal les éléments essentiels lui permettant de juger de la culpabilité du prévenu et de fixer la peine». Il s'agit de permettre au Tribunal «de juger la question de la culpabilité ou de la peine sans devoir procéder à l'administration de preuves supplémentaires»<sup>2</sup>.

Ce nonobstant, le CPP n'a pas entièrement retiré au juge le pouvoir d'administrer des preuves. Selon

l'art. 343 CPP, également applicable en appel par le renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP, le juge peut en effet compléter le dossier<sup>3</sup> – soit administrer de nouvelles preuves, compléter les preuves existantes ou administrer à nouveau les preuves affectées d'un vice de forme – («l'immédiateté d'appoint») ou réitérer l'administration des preuves qui, même non viciées en la forme, lorsque son administration lors de débats apparaît nécessaire au prononcé du jugement<sup>4</sup> («l'immédiateté nécessaire»).

L'immédiateté d'appoint a elle-même été limitée par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a jugé que lorsque l'examen sommaire de l'accusation prescrit par l'art. 329 CPP fait apparaître d'emblée qu'un moyen de preuve indispensable n'a pas été recueilli, le Tribunal doit renvoyer le dossier au Ministère public plutôt qu'administrer lui-même la preuve en question. En effet, le législateur a voulu que les preuves soient administrées en priorité par le Ministère public et ce n'est qu'à titre «exceptionnel» que cette tâche incombe au Tribunal. A cela s'ajoute que le Ministère public est a priori «mieux armé» que le Tribunal pour la conduite de l'instruction, qui constitue une de ses tâches principales<sup>5</sup>.

La casuistique révèle qu'en application de ces principes, le dossier a été renvoyé à l'accusation en raison des moyens de preuve manquants suivants: expertise informatique<sup>6</sup>; expertise psychiatrique<sup>7</sup>; transcription et traduction d'écoutes téléphoniques<sup>8</sup>; audition de témoins dans le respect du contradictoire<sup>9</sup>; audition en qualité de témoin de deux per-

<sup>1</sup> ATF 116 Ia 305 consid. 3, traduction libre

<sup>2</sup> Message CPP, 1246

<sup>3</sup> Art. 343 al. 1 et 2 CPP

<sup>4</sup> Art. 343 al. 3 CPP

<sup>5</sup> TF, arrêt 1B\_302/2011 du 26 juillet 2011, consid. 2.2.2.

<sup>6</sup> TF, arrêt 1B\_302/2011 du 26 juillet 2011

<sup>7</sup> TF, arrêt 1B\_304/2011 du 26 juillet 2011

<sup>8</sup> TPF, ordonnance SK.2013.31 du 23 janvier 2014 et TPF, décision SK.2013.35 du 15 novembre 2013

<sup>9</sup> TPF, ordonnance SK.2012.42 du 28 février 2012 in JdT 2013 IV 287, consid. 7.3.



sonnes entendues à titre de renseignements et audition finale selon l'art. 317 CPP<sup>10</sup>; séquestre de diverses pièces, puis expertise à effectuer sur la base de celles-ci<sup>11</sup>; interrogatoire du prévenu(!), audition de témoins et confrontations<sup>12</sup>.

L'argument tenant aux qualités d'investigateur supposément plus prononcées du Ministère public ne convainc guère, à tout le moins s'agissant de témoignages. Non seulement n'y a-t-il aucune raison de penser que le procureur interrogera mieux les témoins, plus rapidement ou de façon plus impartiale; mais encore cette audition déléguée emportera-t-elle nécessairement une déperdition d'éléments pertinents, tant il est vrai que la trace écrite de déclarations n'est qu'un pâle succédané de celles-ci. Lorsqu'il ne manque qu'une poignée de témoignages, le juge devrait donc les recueillir lui-même, conformément à l'art. 343 al. 1 ou 2 CPP. En revanche, et sous cette réserve, l'argument déduit de la logique du Code emporte la conviction. Ce ne serait d'ailleurs guère rendre hommage à l'immédiateté que de faire dépendre son avènement du hasard des lacunes du dossier transmis par l'accusation. Mieux vaut la consacrer si, et seulement si, le contexte du dossier et la nature du moyen de preuve envisagé imposent au juge d'avoir de ce dernier la connaissance directe. C'est donc bien l'art. 343 al. 3 CPP qui délimite le dernier endroit du procès régi par l'immédiateté, celui qui résiste encore et toujours à l'invasion par le dossier de l'instruction.

Aux termes de l'art. 343 al. 3 CPP, le juge «réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, ont été administrées en bonne et due forme

*lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement*».

L'interrogatoire du prévenu est réputé de par la loi être un des moyens de preuve dont la connaissance directe apparaît nécessaire au prononcé du jugement. En effet, l'art. 341 al. 3 CPP prescrit à la direction de la procédure de commencer par interroger le prévenu sur sa situation personnelle, sur l'accusation, et sur les résultats de la procédure préliminaire. En particulier, on ne peut évaluer correctement la situation personnelle du prévenu sans s'en faire une impression directe et personnelle<sup>13</sup>.

Pour le surplus, il paraît intéressant de vérifier, au moment où une motion parlementaire demande l'inscription dans la loi d'un retour à une immédiateté plus prononcée<sup>14</sup>, comment cette disposition s'est concrétisée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Le contentieux se décompose en deux groupes. Dans un premier groupe d'arrêts, rendus en matière de détention provisoire, la possibilité d'administrer des preuves aux débats est souvent mentionnée à l'appui de la persistance d'un risque de collusion, alors même que l'instruction préliminaire est close. Dans un second groupe d'arrêts, des plaideurs s'efforcent de faire annuler une condamnation qu'ils contestent au motif qu'une preuve n'a pas été administrée aux débats, alors que l'art. 343 al. 3 CPP commandait qu'elle le fût. L'administration des preuves aux débats paraît admise plus largement dans le premier groupe que dans le second. Cela s'explique par le **large pouvoir d'appréciation** que le Tribunal fédéral reconnaît au juge du fond en la

<sup>10</sup> TC FR, Chambre pénale, arrêt 502 2012-180 du 16 janvier 2013 in RFJ 2013 176, consid. 2d et 2°

<sup>11</sup> TPF, ordonnance SK.2012.3 du 24 février 2012, consid. 2.3.2.

<sup>12</sup> TC VS Chambre pénale, arrêt P3 11 83 du 28 juillet 2011 in RVJ 2011 356, consid. 4d

<sup>13</sup> FINGERHUTH, *Zürcher Kommentar*, n. 13 ad art. 341 CPP

<sup>14</sup> Initiative parlementaire JOSITSCH 12.494

matière<sup>15</sup>. Il n'est dès lors pas incohérent de retenir ex ante un risque de collusion parce que le juge du fond pourrait décider de réitérer une preuve déjà administrée<sup>16</sup>, tout en refusant de sanctionner le juge du fond ex post s'il ne le fait pas.

Ce pouvoir d'appréciation doit s'exercer en tenant compte d'un double critère. Le premier tient au fait qu'il y a lieu de prouver, et de l'importance de la preuve pour le fait en question: seules les preuves «essentiels et décisives» doivent être réitérées. Le second tient à la nature de la preuve: il faut que sa force probante dépende de l'impression qu'elle donne<sup>17</sup>.

S'agissant des témoignages, le TF considère qu'il sera nécessaire de recueillir directement le témoignage lorsque le jugement ne dépend pas seulement du contenu de celui-ci (soit ce que dit le témoin), mais encore, et de manière décisive, du comportement du témoin (soit comment il le dit)<sup>18</sup>.

Cela implique en premier lieu une exigence de motivation. Lorsqu'il querelle le refus d'administrer un témoignage lors des débats, le plaideur doit non seulement exposer de quels faits il espérait rapporter la preuve<sup>19</sup>, mais encore décrire en quoi l'administration directe par le juge était nécessaire<sup>20</sup>. Se prévaloir du fait que l'administration directe de la preuve

aurait permis d'apprécier le témoignage «comme il convient»<sup>21</sup>, ou, de façon toute générale, que la Cour devait pouvoir se faire une idée directe de la crédibilité des témoins<sup>22</sup>, est irrecevable. Dans l'arrêt *Ségalat*, le TF a reproché au recourant de ne pas avoir fait état des circonstances particulières, tenant à la manière dont les témoins s'étaient exprimés à un stade antérieur de la procédure (et non seulement à ce qu'ils ont dit), qui auraient commandé une nouvelle audition<sup>23</sup>.

Le cas typique dans lequel un témoignage doit en principe être recueilli directement par le juge est celui où la parole de l'un s'oppose à la parole de l'autre, et qu'il n'y a pas de témoins extérieurs de ce qu'il s'est passé. Le TF a ainsi retenu ce qu'il suit dans une affaire dans laquelle il avait à évaluer le risque de collusion: «[i]l s'agit en l'espèce de délits qui s'inscrivent dans une relation. Le recourant les conteste totalement. La lésée le charge. C'est donc la parole de l'un contre la parole de l'autre. Les déclarations de la lésée ont ainsi une importance déterminante. Dans ces circonstances, il faut partir du principe que le tribunal pénal de première instance voudra se faire une impression personnelle de la lésée et l'interroger au cours des débats. L'intérêt à éviter des actes de collusion est dès lors toujours donné»<sup>24</sup>. L'art 343 al. 3 CPP ne commande toutefois pas nécessairement d'interroger le lésé<sup>25</sup>. Dans un autre arrêt – rendu, certes, sur recours contre un jugement de

<sup>15</sup> TF, arrêt 6B\_484/2012 consid. 1.2. (arrêt de principe)

<sup>16</sup> Il est toutefois entendu que la seule possibilité théorique de l'administration par le juge du fond d'une preuve que le prévenu pourrait altérer ne suffit pas pour admettre le risque de collusion. Il faut, conformément aux principes généraux en la matière, que l'administration de la preuve, et les efforts du prévenu pour l'altérer, soient suffisamment probables (cf. p. ex. OG ZH UB130083 consid. 2.2.2.)

<sup>17</sup> TF, 6B\_484/2012 consid. 1.2.; 6B\_161/2012 consid. 3.1.; en application du premier critère, de nombreux arrêts approuvent les juges cantonaux d'avoir rejeté la nouvelle administration d'une preuve par appréciation anticipée de son résultat: 6B\_585/2013 consid. 3.2.; 6B\_463/2013 consid. 2.2.; 6B\_514/2012 consid. 2.4.; 6B\_509/2012 consid. 3.3.

<sup>18</sup> TF, arrêt 6B\_484/2012 consid. 1.2.

<sup>19</sup> TF, arrêt 6B\_22/2012 consid. 2.2.2.

<sup>20</sup> TF, arrêt 6B\_970/2013 consid. 2.1.

<sup>21</sup> TF, arrêt 6B\_721/2012 consid. 2.3.

<sup>22</sup> TF, arrêt 6B\_442/2012

<sup>23</sup> TF, arrêt 6B\_200/2013, consid. 2.3.

<sup>24</sup> TF, arrêt 1B\_152/2014 consid. 3.4.1., traduction libre

<sup>25</sup> TF, arrêt 6B\_139/2013 consid. 1.6.1.

condamnation – le TF n'a pas censuré les juges cantonaux pour avoir refusé de réentendre la lésée, car il ne s'agissait plus d'un «*pur*» cas de parole de l'un contre la parole de l'autre, le prévenu ayant confirmé les déclarations de la lésée «*pour l'essentiel*»<sup>26</sup>.

Le seul arrêt, à notre connaissance, par lequel TF a annulé un verdict de condamnation pour violation de l'art. 343 al. 3 CPP porte sur une affaire où un prévenu avait admis avoir fait plusieurs achats d'amphétamines pour un total de 2 kg, mais avait été condamné pour l'achat de 3 kg sur la seule base des déclarations du vendeur. Le TF a constaté que le vendeur lui-même avait indiqué dans un premier temps n'avoir vendu que 2 kg, puis, expliquant qu'il ne voulait plus protéger son acheteur, avait affirmé avoir vendu 1 kg de plus, tout en admettant n'en être plus sûr à 100%. Selon le TF, les juges cantonaux auraient dû convoquer le vendeur pour se faire de lui une impression personnelle directe et investiguer plus avant les raisons de son revirement, dès lors que le dossier ne permettait pas de comprendre en l'état pourquoi le vendeur se serait décidé à charger celui qu'il affirmait avoir voulu protéger<sup>27</sup>. Le TF a donc renvoyé la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision.

Le TF part aussi du principe que le juge du fond voudra administrer les témoignages lui-même lorsque des délits ont été commis en groupe et les divers protagonistes, témoins et prévenus, font des affirmations qui divergent sur des points importants concernant leurs rôles respectifs et le déroulement des faits<sup>28</sup>.

En revanche, le TF se montre compréhensif envers les juges d'appel qui ne réentendent pas des témoins dont les déclarations existantes sont corroborées par d'autres éléments du dossier, et ne comportent pas en elles-mêmes de variations ou d'incohérences qui appellent une clarification<sup>29</sup>. Le raisonnement paraît s'articuler comme suit. L'audition directe, par le juge qui statue, permet à ce dernier de recueillir un élément de preuve supplémentaire, tenant à la manière dont le témoin s'exprime et, plus généralement, à son comportement<sup>30</sup>; cet élément permet de corroborer ou d'infirmer le contenu de ses déclarations. Ainsi, si le contenu de la déclaration est déjà corroboré par d'autres éléments du dossier, il devient superflu d'analyser le comportement paraverbal de son auteur.

Selon le TF, les juges d'appel peuvent prendre en compte le souci de ménager les victimes, lorsque se pose la question d'une nouvelle audition, en appel, d'un(e) lésé(e) déjà entendu(e) lors des débats de première instance<sup>31</sup>.

Dans un autre arrêt, le TF a considéré que, dans la mesure où le recourant avait renoncé à des compléments de preuve en 2<sup>nd</sup>e instance, la Cour d'appel n'avait pas violé le droit fédéral en ne les ordonnant pas<sup>32</sup>. Le raisonnement paraît faire fi de la maxime de l'instruction<sup>33</sup>, mais même si le plaideur n'était pas forcé à se plaindre de l'administration d'une preuve qu'il n'a pas requise, il lui serait néanmoins difficile, sous réserve d'éléments nouveaux, de convaincre l'instance de recours du caractère indispensable

d'une preuve dont il a manifesté par acte concludants qu'il la tenait pour superflue.

Le TF a retenu, dans plusieurs obiter dicta, que le comportement procédural contraire à la bonne foi pourrait permettre au juge du fond de refuser de réentendre un témoin<sup>34</sup>. Ce principe a été appliqué, semble-t-il une première fois, dans un arrêt récent. Il s'agissait d'un recourant prévenu d'extorsion et d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur, qui avait nié, tout au long de la procédure préliminaire et de la procédure de première instance, s'être jamais trouvé en présence de sa victime. A la suite de sa condamnation par le Tribunal correctionnel, le prévenu avait fait appel, écrit aux juges d'appel qu'il admettait désormais s'être trouvé en présence de la victime, et demandé une nouvelle confrontation. Les juges d'appel, approuvés par le TF, ont cependant considéré qu'une nouvelle confrontation avec la victime ne se justifiait pas. On pouvait en effet présumer que la victime répéterait ce qu'elle avait déjà dit. A cela s'ajoute, selon le TF, que le recourant avait contrevenu au principe de la bonne foi en procédure. «*Si l'on suivait [son] raisonnement, une partie serait fondée à requérir une nouvelle confrontation chaque fois qu'elle le souhaite ou qu'elle modifie sa version des faits, en particulier – comme en l'espèce – lorsque le jugement qui a été rendu entre-temps ne lui convient pas*»<sup>35</sup>.

A supposer même que le prévenu ait fait preuve de mauvaise foi procédurale en niant initialement les faits – ce qui nous paraît douteux, parce que d'autres facteurs psychologiques peuvent expliquer cette attitude et que le prévenu a le droit de mentir –, il est problématique de sanctionner cette mauvaise

foi en le privant de droits procéduraux. L'administration directe d'un moyen de preuve par le Juge n'est pas un privilège accordé au prévenu, mais une mesure probatoire qui, dans certains cas, est indispensable à la recherche de la vérité. Relâcher l'intensité de cette recherche, c'est-à-dire prendre délibérément un risque accru d'erreur judiciaire, au motif que le prévenu n'a pas été irréprochable dans son comportement procédural, n'est pas digne de la justice. Cela revient par ailleurs à réintroduire, par le biais de l'exigence de bonne foi, une obligation de collaborer que le Code exclut expressément<sup>36</sup>, ce qui n'est pas admissible<sup>37</sup>. Nous concluons donc que l'administration directe du moyen de preuve par le juge doit se décider au regard de son seul intérêt pour la recherche de la vérité, sans égard à l'attitude procédurale antérieure de celui qui la requiert.

Un second point de l'arrêt cité suscite la réflexion: c'est l'affirmation que l'on ne voit guère l'intérêt d'une nouvelle confrontation, dès lors que la victime s'était déjà exprimée deux fois, et qu'elle répéterait donc sans doute ce qu'elle avait dit.

Ce raisonnement nous paraît perdre de vue le caractère relatif et dynamique de toute déclaration. L'enjeu de l'administration directe n'est pas seulement, comme l'art. 343 al. 3 CPP semble le suggérer, la connaissance par le juge d'informations complémentaires préexistantes, de nature non verbale, qui ne sont pas transcrites dans le procès-verbal d'auditions antérieures. La catégorisation schématique en vérité et mensonge, contenu et comportement paraverbal, ne permet pas de saisir pleinement l'enjeu d'une administration directe de la preuve par le juge. Toute déclaration réagit à un contexte, résulte d'une

<sup>26</sup> TF, 6B\_139/2013 consid. 1.3.2.

<sup>27</sup> TF, 6B\_599/2012, consid. 4.2.

<sup>28</sup> TF, 1B\_388/2012 consid. 2.5.; 1B\_399/2011 consid. 2.4. et 2.5.

<sup>29</sup> TF, 6B\_536/2013 consid. 4.2.; 6B\_514/2012 consid. 2.3.; 6B\_161/2012 consid. 3.1.

<sup>30</sup> TF 6B\_200/2013 consid. 2.4.

<sup>31</sup> TF, 6B\_536/2013 consid. 4.2.; 6B\_970/2013 consid. 2.1.

<sup>32</sup> TF, 6B\_666/2012 consid. 1.1.

<sup>33</sup> Art. 389 al. 3 CPP, concrétisant l'art. 6 al. 1 CPP en la matière.

<sup>34</sup> TF, 6B\_509/2012 consid. 3.2. ; 6B\_614/2012 consid. 3.2.3. ; 6B\_1066/2013 consid. 2.1.

<sup>35</sup> TF, 6B\_44/2014 consid. 2.3.

<sup>36</sup> art. 113 al. 1 phr. 2 CPP

<sup>37</sup> cf. WOHLERS, *Zürcher Kommentar*, n. 13 ad art. 3 CPP



myriade de micro-négociations, en fonction de buts immédiats (dissiper le malaise qui s'est installé après la dernière réponse) ou à long terme (obtenir la libération provisoire, être acquitté). Ce que l'on ne dit pas à un procureur, on le dit peut-être à un juge; Ce que l'on dit au procureur, on le dit aussi au juge, mais différemment; certains admettent quelque chose de faux pour être plus crédibles lorsqu'ils nieront ce qui est vrai; la même question, selon l'attitude de celui qui la pose – incrédulité agacée ou étonnement sincère – peut susciter une réponse différente; les détails que donne le témoin dépendent aussi du temps qu'il lui reste avant un rendez-vous auquel il souhaite ne pas être en retard; les déclarations de la victime réagissent aussi à l'attitude de l'auteur. La casuistique se décline à l'infini. C'est dire qu'une nouvelle audition, ou une nouvelle confrontation, recèle presque toujours la promesse de nouvelles découvertes. Cela commande d'admettre largement la nécessité d'administrer à nouveau les preuves aux débats.

Dans le cas particulier, on peut penser que les premières confrontations n'avaient guère été fructueuses. Dans la mesure où l'auteur niait s'être jamais trouvé en présence de la victime, il n'y avait en réalité rien à confronter et la victime ne pouvait qu'exposer ses souvenirs. Une fois que l'auteur avait changé d'attitude, il pouvait à son tour donner sa version de la rencontre; il se serait souvenu de détails supplémentaires, que la victime aurait pu, le cas échéant, confirmer et dont l'évocation aurait suscité chez la victime de nouveaux souvenirs. La victime pouvait aussi se rendre compte d'erreurs, et les rectifier, ce qui aurait pu inciter l'auteur à des aveux plus complets. Ainsi, le contexte résultant de la condamnation en première instance et du commencement d'aveux de l'auteur permettait d'espérer qu'une nouvelle confrontation aboutit à un état de fait plus fiable, car plus riche en détails et confirmé par deux personnes.

La dynamique du dialogue – entre auteur et victime, ou entre juge et témoin – peut enrichir le récit des faits, et donc le procès, sans qu'il faille postuler, en corollaire, l'abandon de déclarations antérieures; sans, non plus, qu'il soit nécessairement possible de prévoir à l'avance les points précis qui seront ainsi clarifiés, ce dont le juge doit à notre sens tenir compte au moment de juger de la suffisance de la motivation des réquisitions de preuves.

Certes, il s'agit là d'un best case scenario qui, dans sa pureté, évoque au niveau judiciaire le meilleur des mondes possibles. En réalité, certains aspects des récits peuvent rester irrémédiablement contraires, et une nouvelle confrontation peut attiser le conflit. L'accumulation de nouveau matériel probatoire peut aussi rendre flou un aspect du dossier où, précédemment, régnait la clarté. Un témoin affirmatif lors de la procédure préliminaire peut se montrer plus équivoque lors des débats, du fait de l'estompe-ment des souvenirs ou de l'autorité de l'avocat qui l'interroge. Cela complique la donne au regard de la présomption d'innocence. Il n'y a pas lieu d'élu-der cette complication. Si le témoin est plus flou aux débats, ce n'est pas nécessairement en raison de l'écoulement du temps, mais peut-être parce qu'il était d'emblée moins sûr de lui que cela ne transparaissait du procès-verbal. Il fallait alors que cela fût révélé. L'appréciation des preuves a précisément pour vocation de déterminer ce qu'il en est dans le cas particulier.

## PRO BONO: WHAT CAN LAWYERS DO?

Commission des droits de l'Homme  
Section des avocats de barreaux étrangers

«Je jure ou je promets solennellement:  
d'exercer ma profession dans le respect des lois et  
des usages professionnels avec honneur, dignité,  
conscience, indépendance et humanité;[...]  
de ne point rebuter, par des considérations qui me  
soient personnelles, la cause du faible, de l'étranger  
et de l'opprimé.»

Article 27 Loi sur la profession d'avocat

Dans l'édition d'avril dernier de la Lettre du Conseil, la Commission des droits de l'Homme (CDH) vous annonçait le lancement d'un «programme *pro bono*».

Ce programme vise d'abord à clarifier la notion du travail *pro bono* telle que perçue par les membres de l'Ordre et des contours qu'ils souhaitent lui donner. À terme, son but est de proposer, dans le cadre culturel et local ainsi délimité, une structure permettant d'informer les membres de l'Ordre des opportunités de travail *pro bono* et d'en encourager la mise en œuvre.

Deux événements récents ont formellement lancé la réflexion sur la notion d'«activités *pro bono*» de l'avocat: d'une part, la tenue d'une conférence le 12 juin 2014, organisée conjointement avec la Section des avocats étrangers, sur le thème *The Role of Bar Associations in developing a culture of pro bono: what can lawyers do?* et, d'autre part, l'envoi d'un sondage à tous les membres de l'Ordre le 27 juin 2014.

### 1. The Role of Bar Associations in developing a culture of pro bono: what can lawyers do?

Cette conférence, introduite par Monsieur le Bâtonnier, Me Jean-Marc Carnicé, et la présidente de la section des avocats étrangers, Me Karen A. Monroe,

a réuni des intervenants des États-Unis, des Pays-Bas, de France et de Genève venus partager leur vision du *pro bono* et donner des exemples d'avocats y consacrant une part de leur activité. La diversité des intervenants et la richesse de leurs expériences ont assuré des échanges stimulants et de qualité en même temps qu'ils ont permis d'offrir de nouvelles pistes de réflexion.

Menée par Me Larry Frarey, la première partie de la conférence était consacrée aux expériences internationales en matière de *pro bono*.



La directrice de la fondation néerlandaise *Lawyers for Lawyers* (L4L)<sup>1</sup>, Madame Adrie van de Streek, est ainsi venue présenter les activités de son organisation qui agit pour permettre aux avocats d'exercer leur profession en toute indépendance et en toute liberté dans le monde entier. L4L travaille conjointement avec d'autres organisations internationales, telles que la Société de droit britannique et Amnesty International, pour mener des campagnes dans les pays où les avocats sont opprimés. Elle envoie ainsi notamment des lettres aux représentants des gouvernements concernés et prépare des rapports à l'attention du Conseil des droits de l'homme. Elle

<sup>1</sup> Pour plus d'informations sur les activités de L4L, voir: <http://www.advocatenvooradvocaten.nl>.

observe également les procès d'avocats poursuivis pour avoir représenté des clients opposés aux régimes en place. L4L nous a tristement rappelé que, dans certains pays peu respectueux de l'état de droit, des confrères peuvent être emprisonnés voire même torturés ou tués pour le seul crime d'avoir voulu exercer leur métier en toute indépendance. Seulement deux semaines après la conférence, L4L a signalé qu'un avocat libyen bien connu pour son travail en faveur des droits de l'homme avait été assassiné à son domicile de Benghazi par un groupe d'hommes en uniforme militaire. Dans ce contexte, le soutien moral, financier et juridique fourni par L4L est primordial à la défense des droits des avocats ainsi qu'à la défense de la Défense. La CDH envisage d'ailleurs de soutenir l'action de L4L par un partenariat informel.

Madame Jolie Justus, directrice des programmes *pro bono* de l'Étude américaine d'avocats Shook Hardy & Bacon LLP<sup>2</sup> (également présente à Genève) a quant à elle donné un éclairage anglo-saxon à la question des activités *pro bono* exercées par les avocats. Sa présentation a mis en évidence les défis liés à de telles activités au sein des grandes études internationales mais a également souligné l'intérêt et le soutien de ces dernières pour de telles activités souvent considérées non rentables. Madame Justus a notamment relevé que l'*American Bar Association* encourage le travail *pro bono* qu'elle considère comme étant une responsabilité de chaque avocat. En outre, elle a souligné l'intérêt marketing et commercial de ces activités auprès des clients ou lors du recrutement de nouveaux collaborateurs. En effet, les entreprises américaines et internationales se renseignent de plus en plus sur les activités *pro bono* ou les programmes de responsabilité sociale (*corporate social responsibility*) de leurs avocats externes, certaines entreprises s'associant même aux initiatives *pro bono* de ces derniers.

Enfin, Me Salli Swartz, avocate américaine inscrite au barreau de Paris et ancienne présidente de la Section du droit international de l'*American Bar Association*, a partagé l'enrichissement personnel qu'ont constitué pour elle ses activités *pro bono* auprès de gouvernements africains notamment concernant des questions de corruption ou de négociation de contrats miniers. Elle a également présenté son travail actuel concernant une initiative de l'Organisation internationale pour les migrations visant à créer un système de certification pour le recrutement responsable de la main-d'œuvre internationale.



Après ce tour d'horizon international, un panel d'avocats genevois mené par Me Sandrine Giroud, présidente de la CDH, a discuté de la pratique du travail d'avocat *pro bono* à Genève et de certaines initiatives lancées à cet égard.



<sup>2</sup> Pour plus d'informations sur les activités *pro bono* de Shook Hardy & Bacon LLP, voir: <http://www.shb.com/probono.aspx>.

Me Pier-Luca Degni, ancien premier Secrétaire du Jeune Barreau, a rappelé la collaboration du Jeune Barreau avec l'association Terre des Hommes Suisse. Le sous-comité créé à cet effet a ainsi fourni des conseils juridiques *pro bono* à cette association, notamment en matière contractuelle (conventions de mécénat, etc.). Le Jeune Barreau a également invité les bénévoles de Terre des Hommes à participer à divers événements (soirée d'été, conférences Berryer, etc.) afin de récolter des dons. Enfin, le samedi 15 mars 2014, certains membres du Jeune Barreau se sont unis aux bénévoles de Terre des Hommes dans les rues basses de Genève dans le cadre d'une journée de récolte de dons en faveur de l'association.



Me Laure-Hélène Laissue, coordinatrice genevoise du programme *pro bono Africa-Asia Agricultural Enterprises* de Sidley Austin LLP<sup>3</sup>, a ensuite présenté le programme de son Étude, lancé en 2012, visant à soutenir le développement du secteur agricole dans les pays d'Afrique sub-saharienne et d'Asie les moins développés. Les avocats participant à ce programme offrent ainsi des services juridiques dans le domaine commercial (droit des contrats, propriété intellectuelle, réglementation commerciale,

droit financier, etc.) en faveur d'entreprises sociales ou d'organisations d'aide au développement, confirmant que le travail *pro bono* n'est pas seulement l'apanage du pénaliste mais concerne également les avocats d'affaire.

La conférence s'est terminée par un débat animé par Me Giroud sur les possibilités d'action et obstacles au travail *pro bono* au sein de l'Ordre. Une discussion nourrie a permis de mettre en évidence les différences essentiellement culturelles entre les acceptations anglo-saxonne et européenne du travail *pro bono*. Ainsi, en l'absence d'un système étatique d'assistance juridique suffisant, la défense représente aux États-Unis un cas classique de travail *pro bono*, alors qu'en Suisse ce besoin est couvert par le système de défense d'office, bien qu'il reste sujet à amélioration. Il s'avère également qu'à l'aune des critères anglo-saxons nombre d'avocats genevois pratiquent déjà le *pro bono* sous une forme ou une autre sans nécessairement utiliser cette dénomination, ni en faire la promotion (par exemple, en siégeant au comité d'associations à but d'intérêt public qu'ils font profiter de leur expertise juridique). Me Giroud a enfin mentionné les services d'intermédiation d'*Advocates for International Development* (A4ID)<sup>4</sup> comme modèle de plateforme *pro bono* pouvant être imité par l'Ordre.

## 2. Sondage *pro bono*

À la suite de la conférence, la CDH a adressé un sondage électronique aux membres de l'Ordre. Son but est de déterminer la pratique actuelle ainsi que les disponibilités futures des membres de l'Ordre pour des activités *pro bono*.

<sup>3</sup> Pour plus d'informations sur les activités *pro bono* de Sidley Austin LLP, voir: <http://www.sidley.com/probono/et> sur le programme Africa-Asia Agricultural Enterprise, voir: <http://www.sidley.com/Africa-Asia-Agricultural-Enterprise-Program/>.

<sup>4</sup> Pour plus d'informations sur les activités d'A4ID, voir: <http://a4id.org>.

---

La CDH est en train d'analyser les réponses. Elle communiquera ses conclusions dans une prochaine édition de la Lettre du Conseil. Forte de ces informations, la CDH organisera en 2015 une nouvelle conférence où seront présentées différentes propositions d'action de l'Ordre et plus particulièrement la mise en place d'une plateforme électronique permettant la diffusion d'opportunités d'actions *pro bono*.

### 3. Conclusion

Le serment de l'avocat nous rappelle notre rôle d'auxiliaire de la justice et l'engagement solennel que nous avons pris d'exercer notre métier avec humanité et au bénéfice de chacun. Le programme *pro bono* initié par la CDH s'inscrit dans cette vision humaniste de notre métier qui lui fait honneur.

L'accueil largement positif reçu à ce jour est encourageant. La CDH se réjouit de poursuivre aux côtés des membres de l'Ordre la réflexion sur les activités *pro bono* et de bientôt pouvoir offrir des initiatives concrètes d'action.

## CLOUD COMPUTING - APERÇU DU CONTENU TOPIQUE DES CONTRATS DE FOURNITURE DE SERVICES DE «CLOUD»

Me Vincent Tattini

### 1. Remarques introductives

Le *cloud computing*<sup>1</sup>(ci-après le «Cloud») soulève nombre de questions pour les utilisateurs dont les plus épineuses portent sur la protection et la sécurité des données<sup>2</sup>. La sécurité des données peut sembler menacée par le recours à de tels services. Cette opinion repose sur le sentiment que des données ne peuvent pas être sécurisées si le système sur lequel elles sont stockées et traitées échappe au contrôle de l'utilisateur. Si cette opinion était un tant soit peu fondée, l'industrie du Cloud serait mort-née. Or, l'industrie du Cloud connaît une croissance sans précédent<sup>3</sup>, non seulement en raison des améliorations technologiques de cette dernière décennie, mais également parce que cette industrie s'emploie à fournir chaque jour de meilleurs niveaux de sécurité et de disponibilité<sup>4</sup>.

Le recours à des services de Cloud présente de multiples avantages pour les avocats. Les obstacles sont toutefois nombreux pour ceux qui entendent recourir aux prestations de fournisseurs de services de Cloud (ci-après les «Providers»). Les développements qui suivent visent à guider les néophytes dans ce nuage<sup>5</sup>.

Nous examinerons ci-après le contenu topique des documents contractuels standards fournis par les Providers et mettrons en exergue quelques-uns des

points devant faire l'objet d'une attention particulière des avocats.

### 2. Structure contractuelle<sup>6</sup>

Les contrats afférents à la fourniture de services de Cloud sont généralement formés de plusieurs documents: les *Terms of Services*, les *Services Level Agreements* (ci-après les «SLA»), l'*Acceptable Use Policy* (ci-après les «APU») et la *Privacy Policy*.

#### 2.1. Terms of Services (ToS)

Les *Terms of Services* (ci-après les «ToS») constituent la colonne vertébrale des relations contractuelles entre les parties. Les points suivants y sont notamment traités:

##### 2.1.1. Services contractés

Le contenu des dispositions relatives aux services contractés dépend très largement des prestations convenues, de sorte qu'il n'est pas possible d'en dresser un portrait topique.

Sur ce point, les parties prendront soin de détailler les services fournis, y compris tous les services périphériques (*support, release management, change management, etc.*), ainsi que les responsabilités de chacune des parties à cet égard, le consentement requis à l'éventuelle intervention de sous-traitants et

<sup>1</sup> Définition de Gartner: "A style of Computing where scalable and elastic IT capabilities are provided as a service to multiple customers using Internet technologies" [http://blogs.gartner.com/daryl\\_plummer/2009/01/27/experts-define-cloud-computing-can-we-get-a-little-definition-in-our-definitions/](http://blogs.gartner.com/daryl_plummer/2009/01/27/experts-define-cloud-computing-can-we-get-a-little-definition-in-our-definitions/).

<sup>2</sup> DMH Stallard, *Secure Your Data in the Cloud, Key Questions You Should Consider*, décembre 2012.

<sup>3</sup> Début 2013, le Cloud Industry Forum (CIF) prévoyait qu'à la fin de l'année 2013, environ 75% des sociétés anglaises disposeraient de services basés sur le Cloud et que 80% des utilisateurs augmenteraient dans l'année leur consommation, Cloud Industry Forum, Cloud UK, Paper 8, *UK Cloud adoption and trends for 2013*.

<sup>4</sup> Les Providers ont massivement investi dans des certifications du respect de best practices, tel le Cloud Industry Forum Code of Practice, ou encore dans des standards tels que l'ISO 27001.

<sup>5</sup> Les spécificités contractuelles liées à la fourniture de «services gratuits» sont volontairement laissées de côté.

<sup>6</sup> Voir sur ce point les travaux du Cloud Legal Research Project (CLP) du Centre for Commercial Law Studies (CCLS) at Queen Mary, University of London, dont notamment W. Kuan Hon, Christopher Millard & Ian Walden, *Negotiating Cloud Contracts - Looking at Clouds from Both Sides Now*, Stanford Technology Law Review, volume 16, number 1 fall 2012, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2055199](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2055199).

Voir également Christopher Millard (éd.), *Cloud Computing Law*, OUP Oxford, October 2013; Simon Bradshaw, Christopher Millard and Ian Walden, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1662374](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662374).

les conditions auxquelles ces derniers doivent cas échéant satisfaire<sup>7</sup>. Les avocats veilleront en particulier à s'assurer que les services fournis peuvent contenir des données personnelles et des données personnelles confidentielles ainsi que des informations protégées par le secret professionnel.

#### 2.1.2. Facturation et durée

Facturation et durée sont intimement liées. Les contrats standards ont une durée déterminée dans la mesure où ils sont payants. Ils contiennent alors généralement i) une clause de durée initiale déterminée, ii) une clause de renouvellement automatique à défaut d'une résiliation, iii) une clause de résiliation pour justes motifs, les principaux étant définis dans l'APU (voir ci-dessous), et iv) une clause de résiliation immédiate contractuelle.

Sur ce point, les parties prendront soin de détailler avec précision les prestations comprises dans le montant à payer si celui-ci est forfaitaire, le mode de facturation des prestations non forfaitaires, toutes les charges indirectes et additionnelles, les possibles clauses d'adaptation des coûts (rabais de quantité, facturation dégressive sur la durée, etc.) et l'éventuel *benchmarking* du marché (conditions, répartition des coûts) ainsi que ses conséquences sur le prix.

#### 2.1.3. Modification unilatérale des termes contractuels

Une spécificité de la branche réside dans l'introduction dans les ToS de clauses autorisant les Providers à modifier unilatéralement les termes contractuels par simple mise à disposition sur leur site internet d'une version mise à jour. Du point de vue des Pro-

viders, dans la mesure où les services sont standardisés, les clients sont tenus d'accepter ce droit de modification. Au mieux, les clients peuvent négocier qu'aucune modification n'affecte les services principaux sans notification préalable. Les modifications majeures peuvent ouvrir, si les parties en sont convenues, le droit de résilier les rapports contractuels.

Sur ce point, les avocats veilleront à disposer du droit de résilier les rapports contractuels sans pénalité en cas de modification majeure. En particulier, ils veilleront à cet égard à disposer du droit de résilier pour tout changement contractuel susceptible de les mettre en porte à faux avec leurs obligations professionnelles (confidentialité et sécurité des données).

#### 2.1.4. Intégrité<sup>8</sup> des données

Bien que les Providers disposent de plusieurs sauvegardes des données stockées sur leurs infrastructures, les ToS prévoient généralement que l'intégrité des données relève de la responsabilité exclusive des clients, ces derniers étant encouragés à crypter leurs données et à les sauvegarder de manière régulière. Parallèlement, la majorité des Providers excluent expressément dans les ToS toute responsabilité quant à l'intégrité des données des clients. Au mieux, on trouve une clause de best effort, sans toutefois que la responsabilité finale de l'intégrité des données ne soit prise en charge par les Providers.

Les avocats s'assureront de la disponibilité continue des données, même en cas de différend contractuel ou de manquement du fournisseur afin de ne pas supporter de perturbation dans leurs affaires et d'être en mesure de restituer à leurs clients les

données les concernant. En effet, si ces données ne peuvent pas être restituées, quelle qu'en soit la cause, l'avocat pourrait alors commettre une faute professionnelle. Les questions des plans de reprise des activités après sinistre (*disaster recovery plan*) et de récupération des données devront également être examinées.

#### 2.1.5. Divulgence des données (*data disclosure*)

Les Providers disposent de données concernant leurs clients ainsi que des données stockées par ceux-ci sur leurs infrastructures. S'agissant de la communication de ces données à des tiers, les Providers adoptent des solutions très variées. Si certains posent des conditions très strictes à une telle communication, d'autres sont moins regardants.

De manière générale, tous les Providers communiquent des données à la requête d'autorités judiciaires. Certains vont plus loin et prévoient la communication de données sur simple requête d'entités officielles.

A cet égard, les avocats s'assureront d'obtenir des Providers des engagements de non-divulgence.

#### 2.1.6. Sécurité

La sécurité des données est une question particulièrement sensible, d'une part parce que l'utilisation des infrastructures d'un tiers conduit les clients à une perte de maîtrise physique de leurs données et, d'autre part, parce que des dispositions législatives, à l'instar de celles afférentes à la protection des données, imposent un carcan que les clients sont tenus de respecter sous peine de sanctions.

La nature et les spécificités des mesures de sécurité qui devraient être prises dépendent des services contractés. De manière générale, les Providers sont

peu enclins à fournir des détails sur leurs mesures de sécurité, au motif qu'une trop grande transparence nuit à la sécurité. Les Providers acceptant de dévoiler leur stratégie de sécurité fournissent un aperçu des mesures prises et des procédures mises en place pour assurer la sécurité, organisent des visites de leurs *datacenters* et partagent la documentation pertinente, à l'instar de celle relative à ISO 27001 par exemple.

Les clients ne sont généralement pas en mesure d'imposer certaines mesures de sécurité spécifiques. En effet, les services étant fournis sur des infrastructures standardisées, les Providers affirment qu'il est techniquement presque impossible de mettre en place des mesures spécifiques pour un client en particulier. En réalité, des motifs plus terre à terre freinent les Providers. La mise en place de mesures de sécurité accrues conduit à une augmentation exponentielle du coût des infrastructures.

A cet égard, les avocats s'assureront entre autres d'un niveau adéquat de sécurité (référence à des standards), des éventuelles certifications du Provider, des rôles des parties, des méthodes de cryptographie, des méthodes d'authentification.

#### 2.1.7. Localisation des données et transfert à l'étranger

La localisation des données des clients sur les infrastructures des Providers ainsi que leur transfert dans d'autres pays soulèvent des questions complexes. D'un côté, le marketing promotionnel des services de Cloud vante la flexibilité et l'élasticité d'une offre potentiellement mondialisée. Revers de la médaille: les données des clients peuvent ainsi être stockées et traitées dans des juridictions étrangères au client. Dans la mesure où les dispositions afférentes à la protection des données prohibent le transfert des données, sauf à certaines conditions, le transfert

<sup>7</sup> Voir pour une liste extensive des points à considérer Wolfgang Straub, *Cloud Computing – Checkliste zum vertraglichen Regelungsbedarf*, in: Jusletter 14. Juli 2014; voir également les Lignes directrices du CCBE sur l'usage des services d'informatique en nuage par les avocats [http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/07092012\\_FR\\_CCBE\\_gui2\\_1347539443.pdf?SP=2|huz1md](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/07092012_FR_CCBE_gui2_1347539443.pdf?SP=2|huz1md).

<sup>8</sup> L'intégrité des données désigne l'état de données qui, lors de leur traitement, de leur conservation ou de leur transmission, ne subissent aucune altération ou destruction volontaire ou accidentelle, et conservent un format permettant leur utilisation.



de données à l'étranger n'est possible que vers des entités respectant ces contraintes législatives (voir ci-dessous n°2.4). Pour satisfaire à ces impératifs, certains Providers ont mis en place des zones régionales délimitant le stockage des données. D'autres Providers ont conclu des contrats avec des sous-traitants – ce que les ToS autorisent généralement – disposant des infrastructures requises pour la fourniture des services implantés dans les pays concernés. Dans tous les cas, le contrôle est souvent difficile, notamment d'un point de vue technique. Par ailleurs, si les données sont stockées sur le territoire contractuellement défini, elles peuvent aussi, suivant l'emplacement des serveurs, être traitées hors de ce territoire, ce qui complique encore la problématique.

Malgré le caractère hautement sensible de ces questions, la plupart des Providers ne les traitent pas dans leurs documents contractuels ni ne donnent d'instruments pour s'assurer du respect de leurs engagements.

A cet égard, les avocats s'assureront en particulier de l'emplacement géographique des serveurs, des données, des backups ainsi que de la localisation des éventuels sous-traitants.

#### 2.1.8. Surveillance

La surveillance de l'activité du client, voire du contenu des données stockées par le Provider, n'est pas toujours réglée dans les documents contractuels. On rencontre ainsi plusieurs cas de figure: soit les documents contractuels sont silencieux sur cette question, soit les Providers s'engagent à ne surveiller que des données de consommation (volume de stockage, consommation de la bande passante,

etc.); un dernier groupe de Providers se réserve le droit de surveiller les données stockées par les clients sur leurs infrastructures, notamment en vue de faire respecter les AUP (voir ci-après)<sup>9</sup>. Ceux des Providers qui adoptent cette solution ne précisent pas si la surveillance exercée est active ou seulement passive, à savoir si le Provider contrôle les données en temps réel ou s'il intervient uniquement sur «dénonciation».

A cet égard, les avocats s'assureront en particulier de leur droit d'accès exclusif aux données.

#### 2.1.9. Propriété des données

Les contrats prévoient de manière unanime que les Providers ne disposent d'aucun droit, de quelque nature que ce soit, sur les données stockées. Les avocats s'assureront toujours de ce point.

#### 2.1.10. Responsabilité pour les dommages

Tous les Providers excluent expressément toute forme de responsabilité pour les dommages (directs ou indirects) causés par la perte ou la compromission des données des clients stockées sur leurs infrastructures, y compris lorsque la perte des données résulte de leur propre fait<sup>11</sup>. Les dispositions afférentes à l'exclusion de la responsabilité ne sont généralement pas négociables, même pour les clients importants, dans la mesure où les Providers n'entendent pas s'exposer à des dommages qui peuvent être des dizaines de fois supérieurs à la valeur économique des contrats conclus. Le postulat de base des Providers consiste à dire que les clients bénéficiant de garanties contractuelles vont contracter les services les moins étendus (c'est-à-dire les moins chers) et s'appuyer sur les clauses de

garantie pour compenser d'éventuels dommages, en particulier en cas de pertes de données. Les exceptions existent évidemment mais elles sont limitées et plafonnées.

Malgré ce qui précède, la majorité des contrats standards contiennent au surplus des clauses limitatives de responsabilité déterminant un plafond au-delà duquel le Provider, s'il devait assumer une responsabilité, ne pourrait pas être tenu à réparation. Le montant représente habituellement un multiple (très faible) des redevances payées pour la fourniture des services<sup>12</sup>.

A cet égard, les avocats s'assureront d'écarter toutes les clauses exclusives de responsabilité en faveur du Provider et limiteront dans la mesure du possible les plafonnements de responsabilité.

#### 2.1.11. Notification des incidents de sécurité

Les Providers ne prévoient généralement pas d'obligation de notification aux clients en cas d'incident de sécurité. Certains Providers acceptent toutefois de signaler les incidents à leurs clients, à tout le moins si ces derniers en sont affectés. Pour les clients importants, les Providers acceptent de notifier les incidents dès que ceux-ci atteignent un stade de gravité défini contractuellement. De manière générale, les Providers n'acceptent pas de fournir l'analyse des incidents à l'appui de leur notification.

A cet égard, les avocats s'assureront des obligations de notification du Provider en cas d'incident (notamment la durée avant communication, la procédure d'intervention, le temps de réaction, l'échelle de gravité, etc.).

#### 2.1.12. Audits

Dans certaines industries, les clients sont tenus de fournir des audits à leur autorité de surveillance; ils doivent donc obtenir des Providers le droit de faire auditer leurs services. Dans la mesure où les Providers refusent par principe tout audit pour des raisons de coût et de sécurité, ils n'entrent en matière que dans la mesure où les coûts y afférents sont pris en charge par les clients. Toutefois, même à cette condition, les Providers limitent très fortement les droits d'audit (une fois par année, par exemple, ou seulement sur demande de l'autorité, ou encore seulement avec leur consentement). A noter que, lorsque le Provider fait appel à des sous-traitants, ces derniers peuvent également faire appel à des tiers. La réalisation des audits peut alors devenir problématique.

A cet égard, les avocats s'assureront en particulier des obligations de collaboration du Provider et de ses sous-traitants, de la possibilité de recourir à l'intervention de tiers experts et veilleront à régler les questions afférentes à la répartition des coûts.

#### 2.1.13. Fin des rapports contractuels et transition

Les contrats étant de durée limitée, la transition en fin de contrat et la portabilité des données sont des questions vitales pour les clients souhaitant rester indépendants de leur Provider. A la fin des rapports contractuels, il importe aux clients de pouvoir récupérer leurs données et métadonnées dans un format aisément accessible et lisible et de pouvoir les importer sur de nouvelles infrastructures. Les services fournis devenant de plus en plus complexes, la portabilité des données concerne désormais aussi les machines virtuelles, par exemple.

<sup>9</sup> Sur cette problématique, v. [http://www.google.com/press/pdf/msj\\_decision.pdf](http://www.google.com/press/pdf/msj_decision.pdf).

<sup>10</sup> Voir toutefois à cet égard l'épisode d'Instagram: [http://www.huffingtonpost.fr/2012/12/19/instagram-repond-pas-vendre-vos-photos\\_n\\_2327287.html](http://www.huffingtonpost.fr/2012/12/19/instagram-repond-pas-vendre-vos-photos_n_2327287.html).

<sup>11</sup> Par exemple <http://aws.amazon.com/fr/agreement/>, <http://www.gogrid.com/legal/terms-service>.

<sup>12</sup> Par exemple <http://www.rackspace.com.au/legal/cloud-terms-of-service>.



S'agissant de la conservation des données, les Providers offrent de multiples solutions et proposent soit de les conserver pendant une période de grâce (jusqu'à 30 jours) après le terme des relations contractuelles, soit de les effacer immédiatement. Plus délicat, il arrive que les ToS ne prévoient rien, un flou complet subsistant alors sur le sort des données au terme des relations contractuelles.

S'agissant de la destruction des données, les contrats prévoient de manière standard l'effacement des données au terme du contrat. Pour que la suppression des données soit effective, plusieurs enregistrements de nouvelles données doivent être réalisés sur les supports, y compris ceux des backups, l'alternative résidant dans la destruction des supports physiques, ce que les Providers refusent généralement au regard des coûts engendrés.

A cet égard, les avocats s'assureront en particulier des obligations du Provider dans la migration des données, des modalités de restitution des données, de la documentation, du paramétrage, des machines virtuelles et des interfaces, si la propriété leur en est acquise, ainsi que des modalités de la suppression des données, voire de la destruction des supports de données.

#### 2.1.14. Droit applicable

Les contrats standards prévoient l'application du droit du siège du Provider<sup>13</sup>. Il en va de même de l'élection de for. A noter qu'il n'est pas rare de rencontrer des clauses d'arbitrage.

A cet égard, les avocats s'assureront du droit applicable et du for s'agissant de ces données.

#### 2.2. Services Level Agreements (SLA)

Les SLA, s'ils existent, spécifient les niveaux de ser-

vices que les Providers s'engagent à fournir. En l'absence de standard, ce point ainsi que les méthodes de contrôle des prestations fournies font souvent l'objet de discussions au cours desquelles les Providers sont enclins à refuser de négocier les niveaux de services au motif qu'ils fournissent des services standardisés.

En cas de violation des SLA, les compensations sont exclues, sauf si elles ont été spécialement négociées.

A cet égard, les avocats s'assureront des éventuels niveaux de services, mais également tout ce qui a trait à la fourniture des services (disponibilité minimale, temps de réponse, bande passante, durée d'indisponibilité, gestion des incidents, mesure des systèmes, etc.), voire des éventuelles compensations.

#### 2.3. Acceptable Use Policy (APU)

L'APU détaille l'usage autorisé des services (ou plutôt liste les usages prohibés de ces services). Si, sur la forme, les APU varient fortement d'un Provider à l'autre, sur le fond, les comportements autorisés, ou plus exactement les comportements prohibés, sont presque identiques entre tous les Providers. En substance, il s'agit de tous les comportements que le Provider tient pour inadéquats, à savoir l'envoi de spam, la fraude, le jeu, le piratage d'autres systèmes ou encore l'hébergement de contenu obscène, diffamatoire ou de nature à promouvoir la discrimination ou à inciter à la haine. Certains Providers prohibent également l'utilisation de leurs services pour des applications critiques pour la sécurité ou pour des activités en relation avec la conception d'armes de destruction massive, ou encore pour l'accueil de données appartenant à des ressortissants de certains pays, dont Cuba, l'Iran ou la Corée du Nord.

<sup>13</sup> Dans la moitié des cas des Providers principaux, le droit applicable est celui d'un état américain.

#### 2.4. Privacy Policy

La *Privacy Policy* définit l'approche du Provider quant à l'utilisation et à la protection des données des clients. Généralement, les dispositions relatives à la protection des données figurent dans ce document.

A ce jour, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) (ci-après le «Préposé») estime que la délocalisation de données reste risquée, notamment au motif qu'elle implique une perte de contrôle des données, un manque de séparation et d'isolation de celles-ci et un risque d'accès d'autorités étrangères aux données.

En conséquence, le Préposé recommande que i) seuls soient réalisés des traitements que le mandant peut effectuer lui-même et qu'aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdit; ii) de s'assurer concrètement et périodiquement que la sécurité des données soit garantie et que la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données soient assurées; enfin, iii) de s'assurer qu'aucune donnée ne soit communiquée à l'étranger en l'absence d'un niveau de protection législatif adéquat, sauf exception; et enfin, iv) de s'assurer de l'accès permanent aux données, ainsi que du droit d'effacer ou de rectifier les données<sup>14</sup>.

Ces conditions – difficiles à satisfaire – excluent presque systématiquement pour les avocats, le recours aux services fournis par les principaux Providers.

Dans tous les cas, les avocats veilleront à ce que les recommandations du Préposé soient satisfaites à la conclusion du contrat et de manière continue, notamment s'agissant du contrôle périodique de la sécurité ainsi que de la confidentialité, la disponibilité et de l'intégrité des données.

<sup>14</sup> <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00876/01203/index.html?lang=fr>

<sup>15</sup> <https://gauth.csx.cam.ac.uk/termsandconditions.html>

#### 3. Conclusion

Le Cloud représente une opportunité pour les avocats. Au-delà de la réduction des coûts d'infrastructures, de la flexibilité accrue et de la compatibilité avec tout type de dispositif, l'utilisation de ces services permet de favoriser le travail à distance et la collaboration entre avocats ou études. Les avantages, nombreux, s'accompagnent de risques importants pour les avocats, notamment au regard de la protection et de la sécurité des données. A l'instar de toute relation contractuelle, le pouvoir de négociation des parties dépend du poids des partenaires en présence. Concrètement, aucun utilisateur individuel, ni du reste aucune PME, n'est actuellement en mesure de négocier les termes contractuels des principaux Providers, ces derniers n'offrant tout simplement pas la possibilité de négocier les services offerts – qu'ils soient gratuits ou payants du reste. Pour les clients les plus importants, seuls certains termes des contrats (prix, modalités de paiement, éventuellement SLA) sont susceptibles de négociation, sous réserve d'un bénéfice notable pour les Providers en termes de publicité<sup>15</sup>. Les plus petits Providers acceptent pour leur part de négocier dans une large mesure tous les aspects de leurs contrats.

## ADMISSIONS À L'ORDRE

---

### SÉANCE D'ADMISSION DU 17 JUIN 2014

#### Avocats

Rémy ASPER  
Isabelle DÜRR

#### Avocats stagiaires

Ambre ARBER  
Moïra ARRIGONI  
Yaniv BENHAMOU  
Michaël BERTHIER  
Laura BODENDÖRFER  
Alessia CAMPAGNOLO  
Malory FAGONE  
Natasa MARKOVIC  
Grégoire MERCIER  
Cyrielle MODOUX  
Olena NEIDHART  
Faïze OSMAN  
Laurent RIGHETTI  
Marion SCHULER  
Cindy UNG  
Brice VAN ERPS

#### Etude

Poncet Turrettini Amaudruz Neyroud & Associés  
Etude de Me Isabelle Dürr

#### Etude

FBT Avocats SA  
Canonica Valticos de Preux + Associés  
Lenz & Staehelin  
Avocats Ador & Associés SA  
Perréard de Boccard SA  
Poncet Turrettini Amaudruz Neyroud & Associés  
OHER & Associés  
Bär & Karrer SA  
Borel & Barbey  
SFM Sulmoni Félix Maissen  
100 Rue du Rhône Avocats  
Bär & Karrer SA  
Brown&Page  
Borel & Barbey  
Ochsner & Associés  
Etude de Me Philippe Currat

Vous êtes  
indépendants. Nous  
sommes indépendants.  
Nous sommes faits  
pour nous entendre.

Asset Management  
Wealth Management  
Asset Services



Genève Lausanne Zurich Bâle Luxembourg Londres  
Amsterdam Bruxelles Paris Francfort Madrid Barcelone  
Turin Milan Florence Rome Tel Aviv Dubai Nassau  
Montréal Hong Kong Singapour Taipei Osaka Tokyo  
[www.pictet.com](http://www.pictet.com)

 PICTET  
1805