

RUDOLF SCHALLER

AVOCAT

Strictement Confidentiel

Recommandée / En 3 exemplaires

TRIBUNAL CANTONAL
lère Cour Civile
Case postale 3174
2001 Neuchâtel

le 27 novembre 2007

CC.2006.30 - CCl M. Denis ERNI c/ ORDRE DES AVOCATS VAUDOIS

CONCLUSIONS EN CAUSE

dans le cadre du moyen séparé

de

Monsieur Denis ERNI, Dr./Ing. Phy. Dipl. EPFL/MBA,
case postale 113, 2036 Corcelles

Demandeur

représenté par Me Rudolf Schaller,
avocat, 13 Bd Georges-Favon, 1204
Genève

c o n t r e

ORDRE DES AVOCATS VAUDOIS, Association privée, c/o
Me Jean Heim, avocat,
8, Rue du Grand-Chêne,
1002 Lausanne.

représenté par Me Philippe BAUER, avocat,
Place Pury 3, case postale 2271, 2001
Neuchâtel.

Défendeur

./..

Le demandeur confirme l'exposé de la demande du 14 mars 2006 ainsi que les conclusions de celle-ci. Il expose encore ce qui suit :

1. Par ordonnance du 2 août 2007, la demande du demandeur concernant **un jugement séparé limité aux conclusions 1 à 3 de la demande** a été admise.

Dans les présentes conclusions, le demandeur se limite dès lors à l'examen de la demande en constatation de l'atteinte à la personnalité, à la demande en interdiction et à la demande de la menace de la sanction de l'article 292 du Code pénal suisse. Il ne traitera, dès lors, ni le problème du dommage causé ni le problème de la faute.

En effet, les actions de l'article 28a lettres 1 et 3 CC sont des actions distinctes de l'action en réparation du dommage et du tort moral. Dans le cadre de l'article 28 CC, la faute n'est pas un élément constitutif, parce que la personnalité est un **droit absolu** et parce que la loi ne parle pas d'actes intentionnels comme l'article 41 CO (ATF 106 II 100; BSK ZGB I, Andreas MEILI; Art. 28 N. 55).

2. Au sujet des biens de la personnalité

L'article 28 CC ne contient pas de définition de la personnalité. L'avant-projet de la révision 1983 contenait une énumération des droits de la personnalité. Le droit à l'épanouissement de la personnalité (**Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit**) figurait dans cette énumération. Mais finalement le législateur est revenu à la clause générale, sans avoir eu l'intention d'abandonner la protection de l'épanouissement de la personnalité (Thomas GEISER, *die Persönlichkeitsverletzung, insbesondere durch Kunstwerke*, Basel 1990, page 13 chiffre 1.18).

Thomas GEISER relève, en particulier, que le droit à l'épanouissement de la personnalité n'est pas seulement un droit constitutionnel (contre l'ingérence de l'Etat), mais **aussi** un droit de nature **civile** contenu dans l'article 28 CC, même s'il n'y est pas mentionné de manière expresse (chiffre 1.19).

Pierre TERCIER définit l'atteinte à la personnalité comme

"tout comportement humain par lequel une personne diminue de quelque façon les biens de la personnalité d'autrui en violation des droits qui le protègent" (Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, N. 550 et ss), définition reprise par le Tribunal fédéral (ATF 120 II 369 - JT 1997 I 313).

Dans l'arrêt ATF 123 III 193, le Tribunal fédéral a basé l'annulation de l'exclusion d'un membre d'une association sur la protection de la personnalité économique (Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit) contenu dans l'article 28 CC.

Lorsqu'il y a boycott, le Tribunal fédéral estime qu'il y a nécessairement une atteinte du droit de la personnalité à l'activité économique libre (ATF 86 II 367: Liegt ein Boykott vor, so verletzt er notwendigerweise das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung).

Dans le cas sous examen, le demandeur a démontré qu'il a été et qu'il reste à l'avenir empêché d'exercer normalement ses droits de justiciable. Dans le cas du procès d'Yverdon, il a été empêché de faire entendre **son témoin-clé**, alors qu'il a été accusé de contrainte selon l'article 181 CPS avec le risque d'une peine d'emprisonnement de 3 jours à 3 ans. Dans le procès engagé au Tribunal d'arrondissement de Lausanne contre l'Etat de Vaud, le demandeur risque de ne pas pouvoir apporter la preuve par son témoin le plus important. Il est de fait empêché de procéder contre la Société 4M et Me Patrick FOETISCH aussi longtemps qu'il ne peut pas compter

sur le témoignage de son ancien avocat, Me Olivier BURNET. N'ayant pas pu, à cause de l'interdiction faite à Me BURNET de témoigner lors du procès d'YVERDON, prouver qu'il n'avait pas agi de manière abusive, le jugement d'Yverdon a eu **un effet d'atteinte** à l'honneur par la publication de l'article "Acquitté, mais redevable de poursuite abusive" dans le journal 24 HEURES du 28 octobre 2005 (**pièce dem. 26**). C'est en outre sur la base de ce jugement, que le Juge d'instruction a ordonné le refus de suivre la plainte pénale contre le demandeur, en le condamnant aux frais de justice (**pièce dem. 27**).

Il y a lieu de constater que le droit du demandeur de pouvoir se défendre dans un procès pénal dirigé contre lui-même, de même que de ne pas être empêché dans la conduite normale de procès rentre dans les biens de la personnalité protégés par l'article 28 CC.

3. Au sujet de l'illicéité

L'article 28 CC a la teneur suivante :

"Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. "

Le texte tel qu'il est rédigé montre que la loi considère qu'**en principe** toute atteinte à la personnalité est illicite. C'est au défendeur d'alléguer et de prouver un motif justificatif au sens de l'alinéa 2 de l'article 28 CC.

"On définit traditionnellement l'illicéité comme la transgression d'une défense de nuire sans motif justificatif (Pierre TERCIER, op. cit. N. 587)."

Cette constatation a pour conséquence qu'il n'y a pas lieu d'examiner, si le droit du demandeur de pouvoir entendre un témoin est protégé par une disposition légale spéciale. En effet, ce droit faisant partie des biens de sa personnalité, il est protégé par l'article 28 CC.

Il n'est pas non plus nécessaire de démontrer que l'atteinte a eu tel ou tel résultat, car il suffit qu'elle empêche le demandeur dans l'épanouissement de sa personnalité.

4. Au sujet de l'atteinte

Dans le cas sous examen, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la différenciation entre l'atteinte (Angriff auf das Rechtgut) et la lésion (Verletzung als Zustandsänderung), voir Thomas GEISER, op. cit. page 96, chiffre 4.3. Il suffit de retenir qu'une atteinte contre la personnalité est possible sans préjudice (DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2ème édition, Bern 1982, page 38; TERCIER, op. cit. N. 575).

Cela ne veut évidemment pas dire que l'atteinte ne doit pas avoir une certaine intensité. En effet, il ne suffit pas d'être touché dans sa personnalité comme le veut l'article 28g CC pour le droit de réponse.

Les pièces soumises au Tribunal par le demandeur ainsi que les témoignages de M. Olivier BURNET et du professeur André CHÂTELAIN prouvent que le refus du défendeur d'autoriser le témoignage de Me Olivier BURNET dans le procès pénal dirigé contre le demandeur pour contrainte constituent une **ingérence importante** dans les droits de la défense du demandeur. Il en est de même de l'obligation faite à l'avocat du demandeur,

Me Olivier BURNET de ne pas inclure Me Patrick FOETISCH dans la plainte pénale contre PENEL en 1996.

Dans sa déposition du 16 avril 2007 devant votre Tribunal, Me Olivier BURNET a exposé que la lettre du défendeur du 22 août 1995 (D.9/A/1) avait pour conséquence de limiter le choix de l'action judiciaire à entreprendre par le demandeur (page 2 en haut). Son conseil n'étant pas autorisé d'inclure Me Patrick FOETISCH et le délai de 3 mois étant presque échu, il y avait une "certaine tension". "Il y avait à choisir entre ouvrir une action au civil en attendant de pouvoir le faire contre plusieurs personnes, ou ne pas attendre et agir tout de suite contre M. PENEL, exclusivement." [Le délai des trois mois est important du fait qu'il y avait un problème de droit d'auteur].

Le choix d'agir contre M. PENEL exclusivement a eu pour conséquence que le procès civil s'est terminé par une attestation de découvert (pièce dem. N° 9) après le décès de M. PENEL le 7 mars 2003. Dans son témoignage du 16 avril 2007, M. Olivier BURNET, a exposé qu'il avait mené le procès civil jusqu'au bout et que de l'expertise technique du expert judiciaire RIEDO avait, selon son souvenir, indiqué un ordre de grandeur de deux millions de pertes pour le demandeur.

Quant au jugement d'Yverdon, (chiffre 18 et 19 de la demande et pièce dem. 20), il expose que le commandement de payer contre la société 4M aurait été clairement abusif.

"Compte tenu de cette faute civile, l'accusé, bien que libéré, devra supporter l'entier des frais de la cause".

Par son témoignage du 16 avril 2007, Me Olivier BURNET a exposé que c'est lui qui avait préparé la réquisition de poursuite contre la Société 4 M de frs. 750'000.-

et qu'il avait signalé au demandeur le problème de la prescription. Il aurait reçu une lettre de Me LUTHI, pour 4M,

"mais jamais suivi d'une renonciation signée de 4 M. Je n'ai pas le souvenir que M. Erni aurait préféré l'envoi d'un commandement de payer à la réception d'une renonciation à la prescription. Il n'avait pas la volonté de nuire".

Dans le même témoignage, Me Olivier BURNET expose également brièvement les raisons pour lesquelles la responsabilité de 4M pouvait être engagée. C'est Me Olivier BURNET qui a écrit à 4M pour qu'elle restitue la matrice, ce qu'elle n'a pas fait (pièce dem, 2). D'où la responsabilité de la Société 4M. Voir aussi la lettre de Me Olivier BURNET du 9 juin 1995 adressée au Bâtonnier de l'Ordre des Avocats vaudois (pièce dem. 4) et le compte rendu des faits annexé à cette lettre (pièce dem. 5).

Il apparaît, dès lors, clairement que le refus de l'autorisation de témoigner a eu pour conséquence de priver le demandeur d'un **témoignage capital**. Si l'on considère que M. Olivier BURNET est **le seul témoin des faits**, le refus de l'autorisation de témoigner constitue une entrave très grave aux droits de la défense du demandeur.

Il est, dès lors, établi que l'intensité de l'ingérence du défendeur est suffisamment importante pour constituer une atteinte au sens de l'article 28 CC.

5. Au sujet du lien de causalité

La correspondance échangée entre Me Olivier BURNET et l'Ordre des avocats vaudois ainsi que le témoignage de Me Olivier BURNET devant votre Tribunal montrent que le refus de l'autorisation a été la cause du refus de témoigner.

Cela ressort également du procès-verbal de l'audience du Tribunal d'Yverdon du 26.10.2005 (pièce dem. 20, page 4).

"Me Olivier Burnet, domicilié à Pully, avocat à Lausanne, né en 1952, ancien conseil de M. Denis Erni. Le témoin produit une lettre du vice-bâtonnier des avocats vaudois, ne l'autorisant pas à témoigner, même qu'il le souhaite. En conséquence, il refuse de témoigner."

Me Olivier BURNET a également déclaré, en qualité de témoin qu'il n'a pas agi contre Me Patrick FOETISCH parce qu'il n'avait pas reçu l'autorisation du défendeur.

Le lien de causalité naturelle est, dès lors, établi. En ce qui concerne le lien de causalité adéquate, il n'est pas nécessaire de l'examiner dans le cadre des actions en constatation et interdiction. Même si le refus de l'autorisation n'avait pas, selon le cours habituel de la vie et l'expérience générale, le résultat de l'atteinte, il s'agirait quand même d'une atteinte qui continue de se manifester et qui peut être **constatée et interdite** (voir Thomas GEISER, op. cit. page 105, chiffre 6.3).

Rappelons, tout de même, que le refus d'autoriser un avocat, membre de l'ordre des avocats, avait selon le cours normal des choses et l'expérience de la vie, comme conséquence que l'avocat s'abstiendrait de témoigner. Car toute insoumission peut avoir des conséquences qui vont jusqu'à la privation des droits sociaux (**Art. 31 des statuts de l'Ordre des avocats vaudois, pièce défendeur 1**). L'exclusion de l'Ordre des avocats fera disparaître le nom de l'avocat exclu du catalogue des avocats suisses, catalogue consulté régulièrement par des personnes qui cherchent un avocat. Il perdra aussi le rabais de 20% sur la prime de son assurance-responsabilité professionnelle.

S'ajoute à cela le désavantage de ne plus pouvoir profiter des avantages corporatistes tels que l'interdiction faite aux avocats de l'ordre d'accepter un mandat qui pourrait toucher un confrère, sans autorisation de l'Ordre des avocats. La position de Me Patrick FOE-TISCH montre jusqu'à quel point la protection d'un avocat inscrit à l'Ordre peut aller ...

A toutes fins utiles, il y a lieu de préciser ici que selon l'article 13 de la LOI FEDERALE SUR LES AVOCATS (SR.935.61) du 23 juin 2000 et l'article 197 CPC-VD ("même si l'intéressé a consenti à la révélation, les personnes astreintes au secret professionnel en vertu de l'article 321 CP ne peuvent être tenus de témoigner") empêchent la justice de contraindre l'avocat de témoigner sur des faits couverts par le secret professionnel.

Le système de l'autorisation préalable à donner par l'Ordre des avocats à un avocat délié du secret professionnel qui veut témoigner constitue **un dangereux moyen** d'un pouvoir cartéllaire, probablement illicite aussi par rapport à l'indépendance de la justice.

Pour le cas sous examen nous pouvons constater que l'utilisation de son pouvoir sur l'avocat BURNET pour le déterminer à refuser de témoigner alors qu'il le voulait, a été la cause **naturelle et adéquate** de l'atteinte à la personnalité du demandeur.

6. **Fardeau de l'allégation et de la preuve (Art. 8 CC en rapport avec les articles 28 alinéa 2 CC)**

C'est au défendeur seul qu'il incombe d'alléguer et de prouver des faits qui pourraient justifier l'atteinte à la personnalité au sens de l'article 28 al. 2 CC. Dans sa réponse du 11 juillet 2006, le défendeur n'allègue absolument rien à ce sujet.

./..

Le motif des agissements de l'Ordre des avocats vau-
dois a consisté sans aucun doute à protéger Me Pa-
trick FOETISCH contre des actions judiciaires de la
part du demandeur. Le témoin, Me Philippe RICHARD
n'a pas donné des explications à ce sujet.

Le mystère en ce qui concerne le refus de témoigner
dans le procès pénal pour contrainte reste entier.
Comment l'Ordre des avocats pouvait-il refuser de don-
ner l'autorisation, alors que Me Olivier BRUNET avait
écrit qu'il pensait être à même de disculper le deman-
deur? Le défendeur n'a pas dit un mot sur les critères
qu'il applique pour l'autorisation ou pour le refus.

Par lettre du 3 septembre 2007, l'avocat du défendeur
a informé votre Tribunal sur sa décision de refuser de
vous remettre la documentation requise par votre cour-
rier du 2 août 2007. Dès lors que le demandeur a été
à l'origine de la procédure disciplinaire dirigée con-
tre Me Patrick FOETISCH, il n'y a pas de secret profes-
sionnel de tierces personnes. Le cas échéant, il serait
même possible de donner connaissance au Tribunal et à
l'avocat soussigné seulement.

En tout état de cause, le refus de collaborer à l'admi-
nistration de la preuve doit être **sanctionné par le ren-
versement** du fardeau de la preuve (Fabienne HOHL, Le
degré de la preuve, Beiträge zum schweizerischen und
internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar
VOGEL, Fribourg 1991, pag 156, lettre d).

7. L'application de l'article 28a, lettre 1 et 2 CC et
la menace de la sanction de l'article 292 CP

A ce jour, le défendeur n'a pas dit qu'à l'avenir,
il accordera à Me Olivier BURNET l'autorisation de
témoigner.

Au contraire, le conseil du défendeur avait même dit
à Me Olivier BURNET que la lettre de l'Ordre des avo-
cats du 27 novembre 2006 ne constituerait pas une

autorisation de témoigner sur le mandat devant votre Tribunal. C'est donc à ses risques et périls que Me BURNET a quand même témoigné le 16 avril 2007, mais l'on ne connaît pas les conséquences que cet **acte de courage**, de transparence et d'honnêteté a eu ou aura devant l'Ordre des avocats.

On doit conclure de l'attitude du défendeur que l'atteinte risque de se répéter lors des procédures devant les Tribunaux vaudois et en particulier au procès ERNI c/ ETAT DE VAUD pendant devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

L'action en constatation de l'illicéité de l'atteinte est nécessaire du fait que le jugement d'Yverdon pourra être révisé sur la base d'un tel jugement. Si le caractère illicite de l'exclusion de la mise en cause de Me Patrick FOETISCH est constaté il est possible de reprendre éventuellement le procès civil terminé à la suite du décès de M. PENEL.

Quant à la sanction de l'article 292 CP, elle est justifiée par le fait que l'Ordre des avocats vaudois a refusé de produire la documentation requise par votre Tribunal par ordonnance du 2 août 2007. On doit en déduire que l'Ordre des avocats vaudois ne se soumettra pas à votre jugement, s'il n'est pas assorti de la menace d'une sanction pénale.

Au vu de ce qui précède, M. Denis ERNI demande au Tribunal cantonal de

1. Constater que le refus de l'Ordre des Avocats vaudois d'autoriser Me Olivier BURNET à témoigner à l'audience du 26 octobre 2005 devant le Tribunal de Police du Tribunal d'Arrondissement de la Broye et du Nord Vaudois constitue une atteinte illicite à la personnalité de M. Denis ERNI;
2. Interdire à l'Ordre des Avocats vaudois de refuser l'autorisation de témoigner à Me Olivier BURNET dans toute procédure concernant M. Denis ERNI,

3. Dire que l'interdiction selon chiffre 2 est prononcée sous la menace de l'article 292 du Code pénal suisse qui a la teneur suivante :

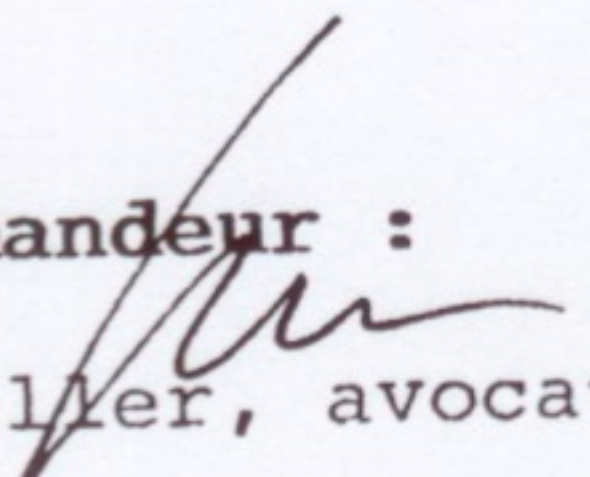
"Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende."

4. Condamner l'Ordre des Avocats vaudois aux frais de justice et aux dépens, dans lesquels sera comprise une participation équitable aux honoraires d'avocat de Monsieur Denis ERNI.

5. Cela fait

Reprendre l'instruction sur la conclusion N° 4 (dommage et tort moral).

Pour le demandeur :


Rudolf Schaller, avocat