

Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats; LLCA)

Rapport explicatif

1 **Partie générale**

11 **Point de la situation**

111 **La libre circulation intercantonale des avocats**

En vertu de l'article 33, alinéa 1, de la Constitution fédérale, les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales. La profession d'avocat est une profession libérale¹. Ainsi, à l'exception du canton de Soleure, tous les cantons réservent aux personnes possédant un brevet d'avocat la représentation en justice devant tout ou partie des instances judiciaires². L'article 33, alinéa 2, de la Constitution fédérale, donne quant à lui mandat au législateur fédéral de créer des actes de capacité valables dans toute la Confédération. Le législateur fédéral n'a pas rempli son mandat en ce qui concerne les avocats, alors qu'il a créé des certificats fédéraux dans le domaine des professions médicales.

La libre circulation intercantonale des avocats est aujourd'hui garantie par l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale. En vertu de cette disposition, le certificat de capacité délivré par un canton en vertu de l'article 33, alinéa 1, de la Constitution, vaut sur tout le territoire de la Confédération comme s'il s'agissait d'un certificat de capacité fédéral au sens de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution. Les cantons peuvent toutefois soumettre l'exercice d'une activité libérale à une autorisation dont l'octroi est soumis à d'autres conditions de police³.

En l'absence d'un certificat fédéral de capacité au sens de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, c'est le Tribunal fédéral qui a développé une jurisprudence précisant les exigences que peuvent poser les cantons pour reconnaître les brevets d'autres cantons⁴.

¹ ATF 112 la 318; René Rhinow, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31bis, no 40.

² Sur ce sujet, cf. Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, p. 79 ss.

³ Cf. Philippe Bois in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 5 DT, no 2.

⁴ ATF 111 la 108, consid. 2.

112 La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la libre circulation des avocats

Le Tribunal fédéral a, depuis longtemps, jugé que l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale garantit d'une façon générale la libre circulation des avocats. Il impose l'égalité, dans et devant la législation de chaque canton, de tous les avocats établis en Suisse et détenteurs d'un certificat cantonal de capacité. Une procédure d'autorisation - générale ou limitée à une affaire déterminée, selon le choix du requérant⁵ - peut être instituée pour les avocats externes au canton, mais l'article 5 des dispositions transitoires interdit toute condition ou charge discriminatoire qui aurait pour effet d'empêcher - ou de rendre excessivement difficile - l'accès de ces avocats aux tribunaux du canton d'accueil⁶. Il est ainsi inadmissible d'exiger d'un avocat externe qu'il se constitue un domicile professionnel dans le canton d'accueil⁷. De même, l'avocat externe souhaitant occuper seulement dans une cause déterminée ne peut pas être contraint de fournir des sûretés importantes⁸, ni d'accepter des mandats d'office⁹.

Le Tribunal fédéral a reconnu comme admissibles les limitations à la libre circulation relatives aux capacités professionnelles (formation théorique et pratique). Compte tenu de l'importance de l'activité de l'avocat pour les justiciables et pour les tribunaux, les cantons peuvent donc poser certaines conditions minimales concernant non seulement la formation scientifique, mais également les connaissances pratiques et l'expérience du candidat¹⁰. Le Tribunal fédéral estime que les cantons sont tenus de reconnaître comme suffisant le brevet d'avocat obtenu dans un autre canton pour autant que ce certificat atteste que le requérant a subi un examen non seulement de ses connaissances scientifiques mais aussi de sa capacité pratique. Les cantons peuvent par conséquent refuser d'admettre comme suffisant pour leur territoire le brevet d'avocat décerné exclusivement en raison d'un grade universitaire¹¹. Avec le temps, le Tribunal fédéral a augmenté ses exigences. Ainsi, dans l'ATF 111 Ia 108, le Tribunal fédéral a relevé que *"l'extraordinaire largeur d'esprit de l'ancienne jurisprudence du TF pouvait s'expliquer par l'attente de la prochaine adoption de la loi fédérale prévue par l'art. 33 al. 2 cst. En vertu de cette disposition, le législateur fédéral devrait édicter des prescriptions uniformes pour l'acquisition du certificat de capacité, prescriptions qui auraient pu consister ou bien en un examen fédéral ou en exigences légales uniformes s'imposant aux examens cantonaux [...]. Dès lors que cette attente n'a pas été satisfaite et qu'elle ne le sera guère dans un proche avenir, il appartient à la jurisprudence de fixer, en attendant, les exigences minimales selon la disposition transitoire de la cst., exigences auxquelles le certificat de capacité d'un canton doit satisfaire pour pouvoir être reconnu dans un autre canton. [...]. Ainsi, la jurisprudence doit être modifiée en ce sens que la passation d'un examen doit être*

⁵ ATF 89 I 366 consid. 2.

⁶ ATF du 10 avril 1996 dans l'affaire L. W., M. et D. contre le canton de Vaud.

⁷ ATF 39 I 48, 65 I 4, 80 I 146.

⁸ ATF 42 I 277.

⁹ ATF 67 I 332.

¹⁰ ATF 84 I 24.

¹¹ ATF 69 I 1.

exigée comme norme, au sens de l'art. 5 DT cst." Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas précisé quelles étaient les durées minimales de formation et de stage¹².

Les cantons restent également libres de faire dépendre l'autorisation d'exercer la profession d'avocat de la preuve que certaines conditions personnelles (bonne réputation, solvabilité, etc.), justifiées par des exigences de police et par un intérêt public prépondérant, sont remplies. L'examen de ces conditions personnelles ne lie pas les autres cantons qui peuvent, sur cette question, rendre leur propre décision. Ils doivent toutefois tenir compte de la conduite de l'avocat dans les cantons où il bénéficie déjà d'une telle autorisation¹³. Ces exigences personnelles ne doivent évidemment pas conduire à un protectionnisme déguisé¹⁴. Le Tribunal fédéral a en outre dénié le droit aux cantons d'exiger que la profession d'avocat constitue l'activité prépondérante du requérant¹⁵. La nationalité suisse n'est également plus exigible comme condition de l'autorisation de pratiquer¹⁶.

113 La nécessité d'une législation fédérale pour les avocats

Le nombre des avocats ne cesse d'augmenter. En 1977, la Fédération suisse des avocats (FSA) recensait 2'497 avocats établis. En 1997, elle en compte 5'541, ce qui représente une progression de 121.9%¹⁷. La mobilité des avocats croît également; il est ainsi rare aujourd'hui qu'un avocat ne plaide que dans un seul canton. La relative exigüité des territoires cantonaux - si on les compare par exemple aux länder allemands, qui représentent pour les avocats allemands le territoire sur lequel ils peuvent pratiquer (cf. chiffre 151.1 ci-dessous) - amène presque inévitablement les avocats à exercer leur activité sur le territoire de plusieurs cantons.

Actuellement, l'avocat qui désire plaider dans un canton autre que celui dans lequel il est établi doit obtenir une autorisation de pratiquer. Pour ce faire, il doit produire des pièces établissant qu'il remplit, outre les conditions de formation théoriques et pratiques, un certain nombre de conditions personnelles (moralité, honorabilité, etc.). Sur le plan formel, ces exigences diffèrent selon les cantons et sont prévues en règle générale dans les lois cantonales sur les avocats. Ces autorisations sont délivrées contre paiement d'un émolument de chancellerie, qui doit respecter le principe de la couverture des frais¹⁸. Pratiquement, l'avocat qui désirerait exercer sur l'ensemble du territoire de la Confédération devrait déposer une demande dans presque tous les cantons et acquitter les émoluments correspondants. Le canton de Soleure est le seul à ne pas soumettre l'exercice du barreau à autorisation. L'émolument varie en règle générale entre fr. 50.-- et fr. 250.--; un émolument de fr. 500.-- a ainsi été jugé

¹² Cf. aussi Fritz Rothenbühler, *Freizügigkeit für Anwälte*, Bern 1995, p. 222.

¹³ ATF **119** la 374.

¹⁴ Cf. Bois in *Commentaire de la Constitution fédérale*, art. 5 DT, no 2.

¹⁵ ATF **112** la 318.

¹⁶ ATF **119** la 35.

¹⁷ Cf. Michael Pfeifer, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, RDS 115/1996, p. 282; *L'avocat suisse* 167/1997 p. 20.

¹⁸ ATF **75** I 116.

excessif par le Tribunal fédéral¹⁹. Il est donc souhaitable de supprimer ces procédures d'autorisations de pratiquer, dont le caractère bureaucratique a fréquemment été critiqué, mais qui étaient nécessaires pour concrétiser l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution.

Le contrôle effectué aujourd'hui par les cantons au moyen du système des autorisations devra être remplacé par un certain nombre de mesures permettant d'obtenir rapidement et aisément les renseignements nécessaires au sujet d'un avocat. La mise en réseau des autorités de surveillance et l'harmonisation du contenu des registres cantonaux des avocats prévus par le projet de LLCA visent ces objectifs. Il arrive en effet très souvent qu'un avocat ne pratique pas immédiatement le barreau après avoir reçu son brevet, mais travaille dans une administration ou pour le compte d'une entreprise, ou encore poursuit une formation post-grade par exemple. Au moment où, plusieurs années plus tard, il ouvrira effectivement son étude, rien ne permettra de garantir qu'il remplit encore les conditions personnelles exigées pour l'exercice du barreau. Il ne saurait pourtant être question d'obliger les cantons à admettre, sans un nouvel examen préalable des conditions personnelles, un avocat qui aurait obtenu son brevet plusieurs années auparavant dans un autre canton et qui n'aurait pas jusque là été inscrit à un barreau cantonal. Avec la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA), seul l'avocat effectivement inscrit à un registre cantonal pourra sans autres formalités pratiquer ou s'établir sur tout le territoire suisse.

Une législation fédérale devrait aussi remédier aux disparités existant entre cantons en matière de surveillance des avocats et de règles professionnelles. Si l'importance de ces disparités ne doit pas être exagérée, il n'en reste pas moins qu'elles sont ressenties comme une gêne par les avocats, et critiquées en doctrine²⁰. Sur le plan des règles professionnelles et des sanctions disciplinaires, une harmonisation est souhaitable afin d'éviter certains particularismes cantonaux guère justifiés aujourd'hui. Les cantons ont eux-mêmes souhaité une harmonisation dans ces domaines (cf. chiffre 16 ci-dessous). Malgré les différences entre les législations cantonales, il est possible de définir un "dénominateur commun", une sorte de droit suisse de l'avocat²¹. C'est précisément ce que vise le présent projet de loi, dans le respect toutefois des compétences cantonales et dans la mesure seulement où cette harmonisation est souhaitable dans l'optique de la libre circulation des avocats.

Enfin, par cette loi, la Confédération remplit le mandat constitutionnel de l'article 33, alinéa 2, qui prévoit que la législation fédérale pourvoit à ce que les personnes qui exercent des professions libérales puissent obtenir des certificats de capacité valables dans toute la Confédération.

¹⁹ ATF non publié du 22 novembre 1988 dans l'affaire W. contre canton de Neuchâtel.

²⁰ Cf. Rothenbühler, op. cit., p. 221 ss.

²¹ Cf. Wolffers, op. cit., p. 17 s.

114 Les initiatives visant une législation fédérale sur les avocats

En 1901 déjà, la FSA adressait au département fédéral de justice et police un projet de loi qui prévoyait la création d'un brevet d'avocat fédéral. Et en 1942, la FSA instituait une commission chargée de préparer un avant-projet de loi fédérale sur les avocats. Cette loi se serait appuyée sur un nouvel article 33, alinéa 3, de la Constitution fédérale qui aurait disposé que "la Confédération a le droit d'établir des prescriptions uniformes sur l'exercice de la profession d'avocat". Il ne s'agissait plus cette fois d'introduire un brevet fédéral, mais de fixer des exigences minimales à l'intention des cantons, qui continuaient de délivrer les brevets²². Ce projet n'a pas eu de suite.

La perspective d'une entrée dans l'Espace économique européen a relancé le débat. Le 16 juillet 1993, la FSA adressait aux autorités fédérales et cantonales concernées deux esquisses de lois: un premier projet "Eurolex" qui tenait compte de la reprise de l'acquis communautaire en la matière, et une esquisse de loi "Swisslex" suite au rejet de l'EEE le 6 décembre 1992.

Consultés le 15 avril 1994 dans le cadre de la Conférence des chefs de départements cantonaux de justice et police, les chefs des départements cantonaux de justice se sont prononcés à l'unanimité avec 3 abstentions pour une loi-cadre fédérale plutôt que pour un concordat. Par lettre du 17 juin 1994, ils ont demandé au chef du DFJP que son département prépare une loi relative à la libre circulation des avocats en Suisse. S'agissant de la libre circulation des avocats en Europe, ils ont exprimé le vœu que la Confédération traite cet objet dans le cadre des négociations bilatérales avec l'Union européenne. La Conférence des gouvernements cantonaux et le Groupe de contact Confédération-cantons ont quant à eux décidé le 24 juin 1994 de s'en remettre dans ce dossier à l'avis de la Conférence des chefs de départements cantonaux de justice et police.

Sur le plan parlementaire, le Conseiller national Luzi Stamm avait déposé une motion le 17 juin 1994, demandant la création d'un registre fédéral public où figureraient toutes les personnes ayant obtenu un brevet d'avocat dans un canton (cf. chiffre 16 ci-dessous). Cette motion a été adoptée par le Conseil national le 20 décembre 1995²³ et transformée en postulat par le Conseil des Etats le 3 juin 1996²⁴.

²² Cf. Bois in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 33, no 24 ss.

²³ BO 1995 N 2658 s.

²⁴ BO 1996 E 292.

12 Complémentarité avec les objectifs de revitalisation de l'économie

121 Généralités

Dans le cadre des mesures envisagées pour permettre une transposition optimale de l'Accord EEE, simplifier le système sur le plan interne et offrir un cadre adéquat pour la reprise du droit communautaire, une esquisse de loi fédérale sur la libre circulation des avocats avait été élaborée, alors que les cantons entendaient plutôt procéder par la voie du concordat pour les autres professions dont l'accès était également réglementé au niveau cantonal²⁵, en particulier les professions paramédicales et celles relevant de l'enseignement.

Dans son message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE²⁶, le Conseil fédéral a exprimé l'intention de supprimer les réglementations qui entravent la concurrence et de créer un marché intérieur suisse eurocompatible. Ce marché intérieur serait réalisé par l'application du principe "Cassis-de-Dijon"²⁷ à l'intérieur de la Suisse. L'application de ce principe aurait en particulier pour conséquence que des diplômes cantonaux ouvrant l'accès à une profession indépendante permettraient à l'avenir à leurs titulaires d'exercer leur profession dans tous les cantons. L'application de ce principe sur tout le territoire suisse devait être assuré par la promulgation d'une loi fédérale sur le marché intérieur. De leur côté, les cantons entendaient réaliser les mêmes objectifs principalement au moyen de deux concordats: l'Accord intercantonal du 18 février 1993 sur la reconnaissance mutuelle des certificats de fin d'études et l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics²⁸. Tant la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (ci-après LMI)²⁹ que les deux concordats sont aujourd'hui en vigueur. En matière de reconnaissance des diplômes, l'article 4, 4e alinéa, de la LMI prévoit que les dispositions du concordat l'emportent sur la loi fédérale. Le champ d'application du concordat sur la reconnaissance des diplômes ne s'étend pas à la profession d'avocat. En l'absence de loi fédérale spéciale ou de concordat réglant la circulation des avocats, la LMI s'applique de manière générale à cette profession sans toutefois apporter de réponses aux problèmes spécifiques qui s'y posent (p.ex. surveillance disciplinaire, règles professionnelles, dénomination professionnelle, honoraires). Le

²⁵ Cf. message relatif à l'approbation de l'accord EEE, FF **1992** IV 251, ch. 7.37.

²⁶ FF **1993** I 757.

²⁷ Dans l'arrêt Cassis de Dijon de 1979, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, rec. 1979, p. 649 ss.) a constaté qu'en l'absence de réglementation communautaire sur la fabrication et la commercialisation d'un produit, il appartient aux Etats membres d'édicter les prescriptions y relatives applicables sur leur propre territoire. Cependant, les obstacles au commerce qui en résultent ne sont admissibles que dans la mesure où de telles prescriptions "peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs". La CJCE pose ainsi le principe que les produits fabriqués et commercialisés légalement dans l'un des Etats membres doivent en principe être admis dans toute la Communauté.

²⁸ RS **172.056.4**; RO **1996** 1438 et 2552.

²⁹ RO **1996** 1738.

présent projet de loi vient donc combler un vide dans la législation fédérale, et complète les mesures déjà adoptées par la Confédération et les cantons.

122 Complémentarité avec la loi sur le marché intérieur

La LMI est entrée en vigueur le 1er juillet 1996. Cette loi prévoit, à son article 3, que la liberté d'accès au marché d'autres cantons ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions s'appliquent de la même manière aux offreurs locaux, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondent au principe de la proportionnalité. Cette nouvelle loi favorisera donc la mise en oeuvre effective de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 31 de la Constitution fédérale. Elle n'interdit toutefois pas aux cantons de prévoir, en cas de doute, une procédure simple, rapide et gratuite d'examen de l'équivalence des **formations** (art. 4 LMI).

La spécificité de l'activité de l'avocat et son rôle particulier dans le fonctionnement de la justice ont comme conséquence que les cantons pourraient, sur la base de leurs compétences en matière judiciaire, maintenir une procédure permettant de garantir que les avocats d'autres cantons remplissent les mêmes conditions que les avocats "indigènes". Un examen des conditions de formation serait donc possible sur la base de l'article 4, alinéa 3, LMI; il constituerait ainsi un recul par rapport à la situation actuelle. Toutefois, le problème de la libre circulation des avocats se pose surtout en ce qui concerne l'examen des conditions personnelles³⁰; or l'article 4, alinéa 3, LMI, prévoit que la procédure simple, rapide et gratuite de l'examen de la question du libre accès porte sur **les connaissances requises**, et non pas sur les conditions personnelles. L'examen des conditions personnelles pourrait donc faire l'objet d'une procédure justifiant la perception d'un émolument. Conformément à l'article 3, alinéa 1, LMI, la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut toutefois être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et répondent au principe de la proportionnalité. Ces restrictions doivent de plus ne pas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

En complément à la LMI et afin de réaliser mieux encore la libre circulation des avocats, il est donc nécessaire de prévoir quelles seront les conditions de formation et les conditions personnelles maximales qui pourront être exigées, à quel moment et par qui elles seront examinées, et enfin de quelle manière et à quelle source les autorités judiciaires des autres cantons pourront obtenir les informations nécessaires sur les avocats plaidant devant leurs juridictions. Les dispositions de la LLCA complètent et concrétisent donc, pour la profession d'avocat, les buts poursuivis par la LMI.

³⁰ Cf. Wolffers, op. cit., p. 77 et littérature citée; P. Chaulmontet, Contribution à l'étude de la profession d'avocat, Lausanne 1970, p. 54.

13 L'activité de l'avocat et le monopole de l'avocat

Tous les cantons, à l'exception de celui de Soleure, réservent tout ou partie de la représentation en justice aux seuls avocats³¹. Il n'est pas possible de définir dans la LLCA les contours de ce monopole, qui reflètent les spécificités cantonales en matière d'organisation judiciaire. La compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire ne le permettrait pas.

On en vient ainsi à distinguer trois catégories d'activités pour l'avocat³²: les activités professionnelles de l'avocat protégées par un monopole, les activités propres à l'avocat mais non protégées par un monopole, et enfin les activités de l'avocat extérieures à sa profession. Le cercle des activités protégées par un monopole est relativement aisé à tracer en fonction du droit cantonal. Il en va différemment de la frontière entre activités propres à l'avocat et celles extérieures à la profession. La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'étendue du secret professionnel a ainsi posé certains principes qui sont développés sous chiffre 233.22 ci-dessous.

Alors qu'il y a quelques dizaines d'années, la plus grande partie de l'activité d'avocat relevait encore de la représentation en justice, et donc du monopole de l'avocat, l'activité extrajudiciaire de l'avocat ne cesse aujourd'hui de gagner en importance. Toutefois dans son activité de conseil juridique, l'avocat ne bénéficie pas du monopole qu'on lui reconnaît généralement dans le cadre de son activité judiciaire, alors qu'il est soumis aux autorités de surveillance et est tenu de respecter les règles professionnelles pour l'ensemble de son activité, y compris le conseil juridique. L'avocat indépendant subit alors la concurrence de personnes bénéficiant d'une formation juridique, ayant même souvent obtenu un brevet d'avocat, mais travaillant pour des entreprises, des fiduciaires, des banques, etc., et qui ne sont pas soumises aux règles professionnelles et déontologiques (notamment en matière de publicité) et au contrôle des autorités de surveillance. On en arrive à une situation où une activité identique, le conseil juridique, est soumise ou non à l'observation de règles professionnelles et à une surveillance disciplinaire selon que la personne qui la pratique est, ou non, avocat indépendant (sur cette notion, cf. chiffre 233.21 ci-dessous).

Le respect des règles professionnelles et la surveillance disciplinaire sont le corollaire du monopole de l'avocat. Pour éviter une concurrence déloyale, il est nécessaire de rendre reconnaissable le fait qu'une personne qui fait état d'un titre d'avocat est soumise à une autorité de surveillance et est tenue de respecter les règles professionnelles. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que l'ancien article 5 de la loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAV) qui prévoyait que "nul ne peut faire état du titre d'avocat dans son activité professionnelle s'il n'est inscrit au tableau des avocats" violait le principe de la proportionnalité³³. Une solution consisterait à réserver le port du titre d'avocat aux avocats indépendants soumis aux autorités de surveillance cantonales, les avocats salariés ne pouvant que mentionner le fait qu'ils sont titulaires d'un brevet d'avocat. Il est toutefois d'usage que les avocats travaillant dans

³¹ Cf. Wolffers, op. cit., p. 79 ss; Rothenbühler, op. cit., p. 66 ss.

³² Albert-Louis Dupont-Willemin, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, in *L'avocat suisse* 101/1986, p. 9.

³³ ATF 112 la 318.

des administrations ou employés dans le secteur privé fassent état de leur titre. Il en est de même des avocats qui, pour des raisons d'âge, demanderaient à être rayés du tableau des avocats. La LLCA propose une autre solution, en réservant aux avocats indépendants le droit de mentionner leur inscription à un registre des avocats, ce qui permet de déduire qu'ils sont soumis aux règles professionnelles et aux autorités de surveillance. C'est donc aux avocats inscrits à un registre qu'il appartient de montrer, par cette mention, qu'ils se distinguent des autres avocats.

En vertu des articles 3 et 5 LLCA, tout avocat admis à exercer dans le cadre du monopole cantonal et qui remplit les conditions des articles 6 et 7 LLCA doit être inscrit à un registre cantonal. D'autre part, l'article 22 LLCA protège la mention de l'inscription au registre cantonal. La LLCA instaure donc un système simple et efficace qui permet de distinguer les avocats exerçant la représentation en justice (activités de monopole) des autres avocats. Il en résulte a contrario que l'avocat qui n'est pas inscrit à un registre cantonal doit, en vertu de la LLCA, se voir refuser l'accès aux activités de monopole.

14 La libre circulation des avocats au regard du GATS et dans l'Union européenne

141 Le GATS

L'Accord général sur le commerce des services (General Agreement on Trade in Services; GATS) intègre pour la première fois la totalité du secteur des services dans le système multilatéral réglant le commerce mondial. Le GATS fait partie intégrante de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Avec l'Accord sur le commerce des marchandises (GATT) et l'Accord sur la propriété intellectuelle (TRIPS), le GATS constitue l'un des trois piliers de l'OMC. En signant le 15 avril 1994 à Marrakech les accords mettant un terme aux négociations du Cycle d'Uruguay, puis en les ratifiant, la Suisse est devenue membre de l'OMC et partie au GATS. Ces accords sont en vigueur pour elle depuis le 1er juillet 1995.

Par principe, le GATS est applicable à tous les secteurs de services et au commerce de services sous toutes ses formes (fourniture transfrontalière de services, établissement d'une présence commerciale à l'étranger, mouvement transfrontalier des fournisseurs et consommateurs de services). L'inclusion des activités des professions libérales ("professional services") dans les négociations du cycle de l'Uruguay qui ont conduit à l'adoption du GATS constitue une nouveauté radicale pour ce secteur qui, jusque-là, n'était régi par aucun accord multilatéral.

Le GATS se compose d'un Accord-cadre, de plusieurs annexes, ainsi que de listes nationales d'engagements et d'exemptions³⁴. L'accord-cadre contient des règles et obligations d'ordre général en matière de libéralisation du commerce des services, qui doivent être respectées par tous les membres de l'OMC dès l'entrée en vigueur de l'accord, soit pour l'ensemble des services - par exemple la règle de la nation la plus favorisée (ci-après: règle NPF) -, soit pour les secteurs où les membres de l'OMC ont pris des engagements spécifiques au titre de l'accès au marché ou du

³⁴ Cf. message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC, FF 1994 IV 237 et RS 0.632.20, p. 327 ss.

traitement national. Les annexes réglementent la possibilité d'exemptions nationales à la règle NPF, précisent le champ d'application du GATS quant aux personnes physiques fournissant des services et arrêtent des dispositions spéciales sur certains secteurs de services. Les listes d'exemptions nationales à l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée et les listes d'engagements spécifiques des Etats membres déterminent les droits concrets d'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers.

En ce qui concerne la fourniture de services juridiques, les articles II, V et VII de **l'Accord-cadre** présentent un intérêt particulier.

L'article II, paragraphe 1er, GATS³⁵ pose le principe du traitement de la nation la plus favorisée (règle NPF). Si un Etat membre admet des services ou des fournisseurs de services étrangers sur son territoire, il doit, en vertu du principe NPF, accorder un traitement non moins favorable aux services et fournisseurs de services similaires de tout autre pays membre de l'OMC. L'égalité de traitement doit être accordée sur le champ et ne peut être soumise à des conditions (telles que la réciprocité). Deux exceptions sont possibles à l'obligation d'appliquer la clause NPF. Premièrement, les règlements propres aux zones frontières contiguës ne sauraient être appliqués à des pays tiers dans la mesure où ils concernent des services qui sont non seulement produits mais aussi consommés localement (art. II, par. 3 GATS). Deuxièmement, les Etats membres peuvent être exemptés individuellement pour certaines mesures du principe NPF, mais uniquement au moment de l'entrée en vigueur du GATS. Ces exemptions nationales permettent de continuer à appliquer un traitement préférentiel à certains partenaires commerciaux même après l'entrée en vigueur du GATS. Ces exemptions doivent se référer à des mesures isolées et concrètes déjà en vigueur au moment de la conclusion des négociations. Elles sont en principe limitées dans le temps et feront l'objet de futures négociations³⁶.

L'article V GATS autorise également la création de zones d'intégration économique, qui constituent une exception particulière au principe NPF. L'application de cette disposition - qui permet de conclure des accords préférentiels au sein des zones en question et de déroger ainsi au principe fondamental NPF - est liée à plusieurs conditions. Un accord d'intégration au sens de l'article V GATS doit ainsi couvrir une partie substantielle du commerce des services et éliminer toute discrimination notable à l'intérieur de l'espace d'intégration. Le Traité instituant la Communauté européenne (CEE) ou l'Accord EEE remplissent ces conditions. En revanche, il est d'ores et déjà établi qu'un éventuel accord bilatéral sectoriel entre la Suisse et la CE dans le domaine de la circulation des personnes n'y satisferait pas³⁷.

Dans sa **liste des exemptions nationales à l'article II GATS**³⁸, la Suisse a négocié, pour les personnes ne relevant pas de sa liste d'engagements, une exemption au principe NPF en faveur des ressortissants de l'UE ou de l'AELE en ce qui concerne l'entrée, le séjour et l'accès au marché du travail. Un traitement préférentiel autonome ou fondé sur un accord bilatéral avec la CE ou avec les pays de l'AELE

³⁵ RS **0.632.20**, p. 330.

³⁶ Cf. Annexe relative aux exemptions des obligations énoncées à l'article II, FF **1994** IV 783.

³⁷ FF **1994** IV 246 s.

³⁸ RS **0.632.20**, p. 351.

reste donc possible, pour les ressortissants de l'UE et de l'AELE, en ce qui concerne les dispositions relevant du droit de séjour et d'établissement des étrangers³⁹. Aucune exemption n'a en revanche été négociée en ce qui concerne la reconnaissance des qualifications, laquelle reste soumise à la clause NPF.

L'article VII GATS porte sur la reconnaissance des qualifications pour les fournisseurs de services. Cette reconnaissance peut se faire par une harmonisation, se fonder sur un accord ou être accordée de manière autonome. Dans le cas où un Etat membre accorde la reconnaissance de manière autonome, il ménagera à tout autre membre de l'OMC une possibilité adéquate de démontrer que l'éducation ou l'expérience acquises, les licences ou les certificats obtenus, ou les prescriptions remplies sur son territoire devraient être reconnues. Si la reconnaissance fait l'objet d'un accord, les Etats membres de l'OMC parties à cet accord devront ménager aux autres Etats membres intéressés une possibilité d'accéder à cet accord ou de négocier un accord comparable. Cette dernière disposition est importante dans la mesure où elle trouvera application si la Suisse et la CE concluent un accord bilatéral sur une libéralisation réciproque de la circulation des personnes, cet accord englobant aussi la reconnaissance des diplômes (cf. ch. 5 ci-dessous). En matière de reconnaissance des qualifications, on se trouve donc en présence d'une application conditionnelle de la clause NPF, car les Etats membres qui souhaitent en profiter doivent prouver que leurs qualifications sont équivalentes à celles qui ont déjà fait l'objet d'une reconnaissance. Enfin, s'agissant de la possibilité d'obtenir la réciprocité - avantage qui est en principe incompatible avec la règle NPF -, la reconnaissance des qualifications par la voie d'accord doit être préférée à la reconnaissance autonome, car elle permet en pratique d'obtenir la reconnaissance de ses propres qualifications par les partenaires qui, se fondant sur la clause NPF, demanderaient à négocier leur accession à l'accord déjà conclu ou à négocier un accord comparable.

Dans sa **liste d'engagements spécifiques**⁴⁰, la Suisse s'est engagée à libéraliser la fourniture de conseils juridiques dans le droit de l'Etat d'origine et en droit international. La CE a pris, de son côté, un engagement analogue, le droit communautaire étant toutefois exclu, pour elle, du droit international.

142 Le droit communautaire

Actuellement, le projet de LLCA ne contient pas encore de dispositions relatives aux avocats provenant des pays de l'Union Européenne et de l'Espace Economique Européen. Toutefois, la prochaine conclusion possible d'un Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union Européenne devrait amener à une réglementation en ce qui concerne les modalités d'accès aux activités d'avocats.

La reconnaissance des qualifications professionnelles acquises dans un autre Etat membre est une mesure d'appui essentielle à l'exercice de la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. A l'heure actuelle, deux directives - prises

³⁹ Cf. message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC, FF 1994 IV 274.

⁴⁰ RS 0.632.20, p. 342.

notamment en application des articles 49, 57 et 66 du Traité CE - s'appliquent à la libre circulation des avocats:

- la directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats⁴¹;
- la directive 89/48/CEE du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans⁴².

La Commission a par ailleurs adopté, en décembre 1994, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise⁴³.

La directive 77/249/CEE, qui vise à faciliter l'exercice ponctuel des activités d'avocat dans un autre Etat membre, ne pose pas de conditions quant à la reconnaissance des diplômes. Elle stipule simplement que toute personne habilitée à exercer la profession d'avocat, dans l'Etat de provenance, sous l'une des dénominations figurant à son article 1er, paragraphe 2, est autorisée à offrir des services (conseil et activités judiciaires) dans les autres Etats membres. L'avocat peut seulement être amené à devoir prouver sa qualité d'avocat. Pour les activités relatives à la représentation et à la défense de parties en justice, l'Etat d'accueil peut exiger de surcroît que l'avocat migrant agisse de concert avec un avocat agréé auprès de la juridiction saisie. L'avocat prestataire de services utilise le titre professionnel de l'Etat dans lequel il est établi. Tout en restant assujetti aux règles professionnelles de l'Etat de provenance dans lequel il est établi, il est en outre soumis aux règles professionnelles de l'Etat membre d'accueil pour les activités qu'il y exerce à titre ponctuel.

L'application de cette directive a donné lieu à une abondante jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après: CJCE). Parmi les arrêts récents, on citera l'important arrêt du 30 novembre 1995 dans l'affaire Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano⁴⁴. Amenée à y préciser les critères de délimitation entre la prestation de services et l'établissement, la CJCE relève que le caractère temporaire de la prestation de services doit être apprécié en fonction de sa durée, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité. Il n'exclut pas la possibilité, pour le prestataire de services, de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, de l'infrastructure permanente - bureau, cabinet ou étude - nécessaire aux fins de l'accomplissement de sa prestation. En revanche, un ressortissant d'un Etat membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat, relève du droit d'établissement et non de celui relatif aux services.

⁴¹ JOCE n° L 78 du 26.3.1977, p.17.

⁴² JOCE n° L 19 du 24.1.1989, p. 16.

⁴³ COM(94)572 final, présenté par la Commission le 30 mars 1995; JOCE n° C 128 du 24.5.1995, p. 6.

⁴⁴ Aff. C-55/94, Rec. 1996 p. I-4165.

La directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur est la seule qui règle, pour l'instant, les conditions auxquelles un avocat peut s'établir à titre durable dans un autre Etat membre pour y exercer sa profession. Cette directive consacre le principe général selon lequel tout titulaire d'un diplôme obtenu après trois ans au moins d'enseignement supérieur devrait pouvoir, lorsque cette formation lui donne accès à la profession considérée dans l'Etat d'origine, l'exercer dans les autres pays de l'UE. Si la formation ou la profession diffèrent de manière substantielle entre l'Etat qui a délivré le diplôme et l'Etat d'accueil, ce dernier peut exiger du migrant des mesures de formation complémentaire sous la forme d'une épreuve d'aptitude ou d'un stage de formation, au choix du migrant. Pour les professions juridiques, c'est l'Etat d'accueil qui peut décider d'imposer l'épreuve ou le stage. S'agissant des avocats, tous les Etats membres de l'UE à l'exception du Danemark ont choisi d'imposer aux avocats candidats à l'établissement une épreuve d'aptitude dans le droit interne du pays d'accueil. Après avoir passé l'épreuve d'aptitude et prouvé qu'il remplit les autres conditions personnelles éventuellement exigées, l'avocat migrant est pleinement assimilé à son confrère de l'Etat d'accueil, notamment en ce qui concerne l'accès au barreau, l'assujettissement aux règles professionnelles et le port du titre professionnel.

L'application de la directive 89/48/CEE aux avocats a soulevé un certain nombre de problèmes dans l'UE. La mise en oeuvre du test d'aptitude a fait apparaître de fortes disparités entre les Etats et elle peut s'avérer un instrument de protectionnisme. Pour les avocats disposant d'une expérience professionnelle, la contrainte du test est souvent dissuasive, d'autant que tous ne souhaitent pas forcément exercer à titre principal des activités judiciaires ou des activités de conseil dans le droit du pays d'accueil. C'est parce que le système général de reconnaissance des diplômes ne réglait pas la situation des avocats de manière satisfaisante que le Conseil des Barreaux de la Communauté européenne (CCBE), puis la Commission européenne ont été conduits à élaborer une proposition de directive spécifique sur l'établissement des avocats. Si elle est acceptée par le Parlement et le Conseil, cette nouvelle directive viendra compléter le dispositif mis en place par les deux directives applicables aux avocats déjà en vigueur.

La proposition de **directive visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise**⁴⁵ tend à élargir les possibilités d'établissement et à prévoir les modalités de l'exercice en groupe de la profession. On ne saurait en effet méconnaître que la mondialisation des échanges commerciaux et des services crée un nouveau contexte dans lequel les clients commercent, traitent ou doivent le cas échéant se défendre. Cette modification de l'espace économique et financier a déjà induit une multiplication des grands cabinets d'inspiration anglo-saxonne, qui bouleverse profondément les conditions traditionnelles de l'exercice de la profession dans de nombreux pays de l'UE. Le projet de directive tient compte de ces mutations et tente d'apporter un cadre aux nouvelles formes d'exercice de la profession.

Concrètement, le projet de directive présenté par la Commission autorise tout avocat à exercer pendant cinq ans dans tout autre Etat membre, sous son titre professionnel d'origine, les mêmes activités professionnelles que celles de l'avocat exerçant sous le titre professionnel de l'Etat membre d'accueil. Cette activité sous le titre d'origine

⁴⁵ COM(94)572 final; JOCE n^o C 128 du 24.5.1995 p. 6; JOCE n^o C 198 du 8.7.1996 p. 85.

est soumise à la condition que l'avocat migrant s'inscrive auprès de l'autorité compétente de l'Etat d'accueil. Indépendamment des règles professionnelles et déontologiques auxquelles il reste assujéti dans son Etat d'origine, l'avocat migrant est soumis aux règles professionnelles et déontologiques de l'Etat d'accueil pour les activités qu'il y exerce. Au terme de la période de cinq ans, l'avocat doit, soit cesser son activité dans l'Etat membre d'accueil, soit demander son assimilation à l'avocat de l'Etat membre d'accueil en passant l'épreuve d'aptitude prévue par la directive 89/48 ou en apportant la preuve qu'il a exercé une activité permanente et effective d'une durée de trois ans au moins dans le droit de l'Etat membre d'accueil. Enfin, la directive consacre la possibilité d'exercer la profession d'avocat en groupe. Elle prévoit à cet effet différentes formules d'exercice en groupe et elle garantit le principe de l'indépendance de l'avocat exerçant au sein d'un groupe.

Le Parlement européen a procédé à une première lecture de cette directive dans le cadre de la procédure de co-décision et il a adopté, le 19 juin 1996, une résolution législative dans laquelle il s'exprime en faveur du projet de directive, tout en demandant un certain nombre de modifications: remplacement de l'épreuve d'aptitude par une appréciation objective et suppression de la limite de cinq ans pour l'exercice de la profession sous le titre professionnel d'origine en se fondant sur l'arrêt Gebhard susmentionné, qui affirme que l'exercice de la profession sous le titre d'origine n'est pas contraire au Traité CE. La Commission européenne a accepté les principaux amendements demandés par le Parlement, soit celui relatif au caractère permanent de l'établissement sous le titre professionnel d'origine et celui concernant le remplacement du test d'aptitude par une procédure de vérification des compétences professionnelles. Elle a adressé au Parlement le 24 septembre 1996 une "proposition modifiée de directive" allant dans ce sens⁴⁶. L'adoption définitive de cette directive interviendra au plus tôt vers le milieu de 1997.

Une fois adoptée au sein de la CE, les parties pourraient discuter de l'intégration de cette directive dans l'accord bilatéral Suisse-CE sur une libéralisation réciproque de la circulation des personnes actuellement en négociations.

15 Droit comparé

151 Allemagne

151.1 Libre circulation des avocats allemands

En Allemagne, la profession d'avocat est réglementée par le code fédéral du 1er août 1959 régissant la profession d'avocat (Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO) et la loi allemande du 19 avril 1972 sur la magistrature judiciaire (Deutsches Richtergesetz, DRiG), qui contiennent également des dispositions sur la libre circulation. L'article 5 BRAO prévoit que les avocats autorisés à pratiquer la magistrature dans un land allemand en vertu du DRiG peuvent exercer la profession d'avocat dans tous les autres länder. Le DRiG définit les exigences scientifiques à remplir pour accéder à la magistrature. Il fixe en particulier la durée et le contenu des études, le déroulement du stage (obligatoire) et celui des examens. La demande d'accès à l'exercice du barreau peut être faite sur la base de la preuve que les exigences scientifiques ont

⁴⁶ JOCE n° C 355 du 25.11.1996, p. 19.

été satisfaites. L'autorisation ne peut être refusée qu'en présence d'un motif de refus prévu par l'article 7 BRAO. Constituent des motifs de refus des critères d'ordre personnel incompatibles avec l'octroi d'une autorisation. Ces critères correspondent pour l'essentiel aux conditions personnelles exigées par la LLCA.

Tous les avocats doivent être agréés auprès d'un tribunal déterminé; ils ne peuvent procéder que dans cette juridiction. Ce principe de localisation des avocats demeurera en vigueur jusqu'en l'an 2000. Les articles 18 à 36 BRAO règlent la procédure d'agrégation. Chaque tribunal possède une liste mise à jour des avocats agréés (art. 31 BRAO).

151.2 Prestation de services par les avocats de l'UE/EEE

La loi sur la prestation de services par les avocats (Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz, RADG)⁴⁷ règle le cas des avocats ressortissants d'un Etat de l'UE ou de l'EEE. En principe, ces derniers peuvent exercer, sous forme de prestation de service, toutes les activités inhérentes à la profession d'avocat dans tous les domaines du droit, y compris en droit allemand.

151.3 Etablissement des avocats de l'UE/EEE

Les avocats ressortissants d'un Etat de l'UE ou de l'EEE peuvent conseiller et représenter les parties dans le domaine du droit étranger et du droit international, sous l'une des dénominations de la profession d'avocat reconnues par les Etats de l'UE/EEE (art. 1er RADG), s'ils ont été enregistrés auprès de l'Ordre des avocats compétent du lieu de leur établissement et s'ils ont ouvert une étude d'avocat dans les trois mois qui ont suivi leur enregistrement (art. 206, 1er alinéa, et 207 BRAO).

La loi du 6 juillet 1990 et l'ordonnance du 18 décembre 1990 concernant un examen de capacité autorisant l'exercice de la profession d'avocat règlent les exigences relatives à l'examen de capacité auxquels sont soumis les ressortissants d'un Etat de l'UE ou de l'EEE déjà au bénéfice d'un diplôme au sens de la Directive 89/48/CEE. Les avocats ayant réussi cet examen sont traités à égalité avec les avocats allemands et peuvent dès lors également exercer une activité en droit allemand. Ils n'ont cependant pas l'obligation de s'établir en Allemagne. Ils peuvent se borner à porter dans leur Etat de provenance le titre "Rechtsanwalt".

151.4 Avocats des Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

Les avocats provenant d'un Etat membre de l'OMC qui exercent une profession équivalente à celle d'avocat selon la BRAO peuvent donner des consultations dans les domaines du droit de leur Etat de provenance ou en droit international public (à l'exclusion du droit de l'UE). Ils doivent cependant être enregistrés auprès de l'Ordre

⁴⁷ Loi du 16 août 1980 d'application de la Directive 77/249/CEE tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

des avocats local et ouvrir une étude dans les trois mois dès l'enregistrement (art. 206, 2e alinéa, et 207 BRAO).

151.5 Autres avocats

Les avocats ressortissants d'autres Etats ne peuvent donner des consultations que dans le domaine du droit de leur Etat de provenance, à condition d'exercer une profession équivalente à celle de l'avocat selon le BRAO et pour autant que la réciprocité avec l'Etat de provenance soit garantie. Une ordonnance établira les Etats et les professions dans lesquels la réciprocité est garantie. Les avocats doivent être enregistrés auprès de l'Ordre des avocats local et ouvrir une étude dans les trois mois dès l'enregistrement (art. 206, 3e alinéa, et 207 BRAO).

152 France

152.1 Libre circulation des avocats français

Parmi les nombreux textes de lois, arrêtés et décrets, qui règlent la profession d'avocat, le plus important est la loi du 31 décembre 1971 n° 71-1130⁴⁸, modifiée par la loi du 31 décembre 1990 n° 90-1259⁴⁹ portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

L'art. 3bis de la loi n° 71-1130 permet à l'avocat de se déplacer librement pour exercer ses fonctions. L'avocat qui remplit les conditions légales peut donc en principe exercer sur tout le territoire français. La loi française établit aussi une distinction, même sans l'exprimer explicitement, entre conditions personnelles et conditions de formation. Les articles 8-1 et 8-2 de la loi n° 71-1130 et les articles 165 à 169 du décret du 27 novembre 1991 n° 91-1197⁵⁰ sur l'organisation de la profession d'avocat fixent les conditions supplémentaires pour l'exercice de la profession d'avocat. L'avocat est tenu de fixer son domicile professionnel dans le ressort du Tribunal de grande instance auprès duquel il est établi. Il a la possibilité d'ouvrir un bureau secondaire en dehors de son barreau. Lorsque l'avocat plaide devant une juridiction extérieure au ressort de son barreau, il a l'obligation de se présenter au président, au magistrat du Ministère public et au confrère plaidant pour la partie adverse.

152.2 Prestation de services par les avocats de l'UE/EEE

Les articles 200 à 204 du décret n° 91-1197 s'appliquent aux avocats ressortissants de l'un des Etats membres de l'UE/EEE établis à titre permanent dans l'un de ces Etats autres que la France et venant accomplir une activité professionnelle occasionnelle en France. Ils peuvent exercer dans les mêmes conditions qu'un avocat inscrit à un barreau français pour ce qui concerne la représentation ou la défense d'un client en justice ou devant les autorités publiques. En matière civile, lorsque la

⁴⁸ Journal officiel du 5 janvier 1972.

⁴⁹ Journal officiel du 5 janvier 1991.

⁵⁰ Journal officiel du 28 novembre 1991.

représentation est obligatoire devant un tribunal de grande instance, l'avocat doit élire domicile auprès d'un avocat établi près le tribunal saisi, et auquel les actes de procédure sont valablement notifiés. Devant la Cour d'appel, il doit agir avec un avoué près cette cour d'appel ou un avocat habilité à représenter les parties devant elle.

Il est soumis au respect des règles professionnelles françaises. Pour l'exercice des activités autres que celles mentionnées auparavant, les avocats restent soumis aux conditions d'exercice et aux règles professionnelles de l'Etat dans lequel ils sont établis.

152.3 Inscription au barreau des avocats de l'UE/EEE

L'art. 11 de la loi n° 71-1130 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques définit les conditions pour accéder à la profession d'avocat. L'art. 99 du décret n° 91-1197 organisant la profession d'avocat précise les conditions particulières d'inscription au barreau des ressortissants de l'UE. Les candidats doivent passer un examen d'aptitude dont l'étendue varie en fonction de la formation et de l'expérience pratique du candidat. C'est le Conseil national des barreaux qui détermine, de cas en cas, les matières sur lesquelles les candidats doivent être interrogés. Cette réglementation s'applique également aux avocats des pays membres de l'EEE en vertu de l'Accord EEE.

152.4 Avocats provenant de pays non membres de l'UE/EEE

Outre les possibilités offertes dans le cadre du GATS, les personnes ayant acquis un titre d'avocat dans un Etat n'appartenant pas à l'UE/EEE peuvent, sous certaines conditions, se présenter à un examen devant jury pour obtenir le droit de s'inscrire à un barreau français. L'art. 11 de la loi n° 71-1130 prévoit comme condition la clause de réciprocité. L'art. 93 de la même loi exige l'obtention d'un certificat d'aptitude ou la réussite d'un examen de contrôle des connaissances. Un arrêté du 7 janvier 1993⁵¹ fixe le programme et les modalités de cet examen.

153 Italie

153.1 Généralités

En Italie, on opère une distinction entre le procureur légal (procuratore legale) et l'avocat (avvocato). Ces professions sont régies par le décret-loi royal du 28 novembre 1933, n. 1578 (legge professionale forense) et par le décret royal du 22 janvier 1934, n. 37.

Le procureur légal doit remplir un certain nombre d'exigences relatives à ses connaissances scientifiques et pratiques (licence, stage, examen d'Etat). Il doit en outre être inscrit dans un registre de la profession (albo professionale). Le procureur légal

⁵¹ Journal officiel du 29 janvier 1993.

représente les parties au procès et donne également des consultations extra-judiciaires.

Celui qui veut exercer la profession d'avocat doit suivre une formation de procureur légal. Après avoir exercé cette profession durant deux ans, il a le droit de se présenter à l'examen d'Etat destiné aux avocats. Le procureur légal est inscrit d'office, sans examen d'Etat, dans le registre des avocats après une activité de six ans. L'avocat ne représente pas les parties mais se charge de la "difesa tecnica", c'est-à-dire de la planification proprement dite de la procédure. En pratique, cette différence s'estompe en raison du fait que chaque avocat doit également être inscrit au registre des procureurs et peut, par conséquent, également se charger de la défense des parties.

Pour exercer leur activité devant les juridictions supérieures (Cour de Cassation, Conseil d'Etat, Cour des Comptes, etc.), les avocats doivent s'inscrire à un registre spécial (albo speciale delle giurisdizioni superiori). Cette inscription est possible sans examen après huit ans d'activité, ou après deux ans d'activité au minimum et la réussite d'un examen.

153.2 Libre circulation des avocats italiens

Le procureur ne peut exercer sa profession que dans le district de la Cour d'appel auprès de laquelle il est inscrit. Il a l'obligation de résider dans ce district, et même en principe dans le chef-lieu de ce district. L'avocat en revanche peut exercer son activité sur tout le territoire italien. Toutefois, dès qu'il agit en tant que procureur légal, c'est-à-dire dès qu'il représente les parties en justice, il est soumis aux mêmes limitations que le procureur légal et doit donc faire appel à un procureur établi dans le district concerné.

153.3 Prestation de services par les avocats de l'UE/EEE

La loi no 31 du 9 février 1982 règle la situation des avocats provenant des Etats membres de l'UE. S'ils ont obtenus leur diplôme dans un de ces Etats, ils peuvent pratiquer la prestation de services en Italie sans autre autorisation. L'article 2 de la loi no 31 interdit aux avocats de l'UE - et par analogie aux avocats de l'EEE - d'ouvrir une étude ou même une succursale en Italie. Cette disposition doit toutefois être relativisée suite à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 novembre 1995 dans l'affaire Reinhard Gebhard contre le Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (cf. chiffre 142 ci-dessus). Dans le cadre de la prestation de services, les avocats peuvent pratiquer dans les mêmes conditions que les avocats italiens. Pour représenter en justice, ils doivent obligatoirement agir avec un avocat ou un procureur légal italien. Ils doivent alors communiquer au président de l'ordre des avocats le nom du collègue italien ainsi que l'adresse de son étude.

153.4 Etablissement des avocats de l'UE/EEE

La loi no 115 du 27 janvier 1992 définit les conditions auxquelles les avocats de l'UE peuvent s'inscrire aux registres des avocats et des procureurs. Ils doivent posséder un diplôme qui réponde à certaines exigences et doivent en outre passer un examen de capacité. Une fois inscrits à un registre, ils bénéficient du même statut. Même si la loi du 27 janvier ne fait pas expressément mention des avocats de l'EEE, ceux-ci peuvent se prévaloir de cette loi en vertu de l'Accord EEE.

153.5 Avocats provenant de pays non membres de l'UE/EEE

A l'exception des possibilités offertes par le GATS, il n'existe pas de réglementation sur l'exercice de la profession d'avocat par les ressortissants d'autres pays que ceux de l'UE/EEE. Ils ne peuvent donc exercer des activités juridiques que dans la mesure où celles-ci ne sont par réservées aux avocats ou aux procureurs italiens. En outre, il est interdit aux avocats provenant de pays non membres de l'UE/EEE d'ouvrir une étude (siège principal ou secondaire) en Italie.

16 Travaux préparatoires à la LLCA

Le 7 novembre 1994, l'Office fédéral de la justice a adressé un questionnaire au département de la justice et au tribunal cantonal de chaque canton ainsi qu'aux facultés de droit des universités suisses. Le questionnaire avait d'une part pour but de disposer d'une vision globale des règles cantonales relatives à l'obtention du brevet d'avocat et à l'exercice de cette profession, et d'autre part de connaître l'avis des destinataires concernant les propositions de la FSA.

Le questionnaire était divisé en deux parties principales. La première partie concernait l'appréciation des mesures proposées par la FSA dans son esquisse de loi Swisslex. La seconde était axée sur les conditions d'accès à la profession d'avocat pour les étrangers ou pour les titulaires de brevets d'avocat étrangers. Une autre partie était consacrée aux effets du GATS.

Les départements de justice de vingt-trois cantons ont répondu au questionnaire (AG, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SG, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZH). De manière générale, ils se sont déclarés favorables à une loi-cadre fédérale sur la libre circulation des avocats et ont reconnu la nécessité d'une harmonisation dans ce domaine. Ainsi, la suppression de la procédure d'autorisation de pratiquer pour les avocats issus des autres cantons est unanimement souhaitée. La teneur des règles de détail a cependant fait l'objet de commentaires variés.

Dix-neuf tribunaux cantonaux ont répondu au questionnaire (AR, BE, BL, BS, FR, GR, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SG, TG, TI, UR, VD, ZH, ZG). De manière générale, ils ont également approuvé une harmonisation au niveau fédéral de la profession d'avocat. De même, à l'exception du Tribunal cantonal de Fribourg, ils se sont déclarés favorables à la suppression de la procédure d'autorisation.

Enfin, les Universités de Berne, Neuchâtel, Genève, Lausanne et Zurich ont également salué l'idée de réaliser enfin la libre circulation des avocats. L'Université de

Lausanne a toutefois émis des doutes quant à la constitutionnalité des mesures proposées, qui déborderaient le cadre de la liberté de circulation scientifique de l'article 33, alinéa 2, de la constitution. L'Université de Berne s'est quant à elle posé la question de savoir dans quelle mesure une loi sur la libre circulation sur les avocats était encore nécessaire après l'adoption de la loi sur la marché intérieur (cf. chif. 122 ci-dessus).

Deux variantes de loi fédérale ont alors été élaborées par l'Office fédéral de la justice. La première prévoyait la création d'un registre central des avocats au niveau fédéral, alors que la seconde se contentait d'une mise en réseau des registres cantonaux. La seconde version a finalement été retenue, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, un registre fédéral ne se justifierait que si la profession d'avocat devenait une profession réglementée au niveau fédéral. Aussi longtemps que les cantons délivreront les brevets d'avocat et exerceront la surveillance disciplinaire, des registres cantonaux continueront à devoir être tenus indépendamment d'un registre central. Un registre fédéral ne constituerait ainsi qu'un double des registres cantonaux. Ensuite, la libre circulation des avocats peut être garantie sans la création d'un registre fédéral. La communication des informations entre cantons peut être assurée aussi efficacement par l'harmonisation et la mise en réseau des registres cantonaux. Enfin, le recours aux registres existants entraînera moins de frais et de travail administratif que la création d'un instrument supplémentaire. Un double niveau de registre constituerait en outre une première en Europe. Le modèle d'une mise en réseau des registres cantonaux est plus respectueux du principe de subsidiarité et il implique une intervention moins importante de la Confédération.

La FSA a participé à l'élaboration du projet de loi fédérale par l'intermédiaire d'une commission ad hoc qui a suivi de manière étroite les travaux d'élaboration de l'avant-projet. Il était en effet indispensable que les premiers destinataires de la loi soient associés suffisamment tôt aux travaux préparatoires, ce d'autant plus que la FSA était à l'origine des deux esquisses de loi "Eurolex" et "Swisslex". La Conférence des bâtonniers a également examiné le projet à deux reprises.

Enfin, des représentants de la Conférence des chefs de départements cantonaux de justice et police ont été entendus avant la procédure de consultation.

2 Partie spéciale

21 La conception de la loi

La LLCA doit garantir la libre circulation des avocats en Suisse et fixe un certain nombre de principes et d'exigences minimales pour l'exercice de la profession d'avocat. La conception générale de la loi repose sur les aménagements nécessaires à la réalisation du principe de la libre circulation des avocats, après la suppression des procédures cantonales d'autorisation de pratiquer. Dès lors que tout avocat inscrit à un registre cantonal peut librement pratiquer sur l'ensemble du territoire de la Confédération sans contrôle préalable des autres autorités cantonales, il est nécessaire d'harmoniser au niveau fédéral un certain nombre de points en matière:

- de conditions minimales à la reconnaissance des brevets d'avocat dans le cadre de la libre circulation;
- de registres cantonaux des avocats;
- de règles professionnelles;
- de surveillance disciplinaire;
- d'honoraires;
- de protection de la désignation professionnelle.

En l'absence d'un brevet fédéral, les structures cantonales assurant la surveillance disciplinaire doivent être maintenues et harmonisées. La LLCA s'appuie sur les autorités de surveillance cantonales. Au système des autorisations de pratiquer, la loi sur la libre circulation des avocats substitue une mise en réseau des registres cantonaux des avocats afin de permettre la recherche et l'échange d'informations relatives aux avocats inscrits. Ces registres sont tenus par l'autorité chargée de la surveillance disciplinaire.

La LLCA offrira en outre un cadre approprié pour la mise en oeuvre de la libre circulation des avocats à l'échelle européenne dans le cadre d'un accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et la CE.

22 Remarques terminologiques

Les termes "certificat de capacité", "brevet" et "autorisation de pratiquer" peuvent avoir des sens différents dans les législations cantonales. Il est nécessaire de préciser le sens que nous leur donnons dans la présente loi. Les définitions qui suivent sont celles retenues par la doctrine⁵² et par la grande majorité des cantons.

Par "certificat de capacité" (Fähigkeitsausweis), qui est le terme utilisé à l'article 33 de la Constitution fédérale, on entend le certificat attestant des connaissances professionnelles théoriques et pratiques (conditions de formation au sens de la LMI). Le "brevet" (Patent) quant à lui est délivré après l'examen des connaissances professionnelles et de certaines conditions personnelles (bonne réputation, solvabilité, etc.). Enfin l' "autorisation de pratiquer" (Berufsausübungsbewilligung) désigne l'autorisation de plaider dans un canton délivrée à un avocat titulaire du brevet d'un autre canton⁵³.

⁵² Cf. Wolffers, op. cit., p. 63; cf. également Rothenbühler, op. cit. p. 59.

⁵³ Certains cantons octroient toutefois cette autorisation de pratiquer sous la forme du brevet cantonal proprement dit (cf. par ex. art. 36 de la Gerichtsverfassungsgesetz du 24 septembre 1978 du canton des Grisons).

23 Commentaire des différentes dispositions de la loi

231 Objet et champ d'application

231.1 Objet (article premier)

La libre circulation des avocats est garantie à l'heure actuelle par l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution ainsi que, dans son principe, par la LMI. La LLCA garantit désormais cette libre circulation, sur tout le territoire de la Confédération, pour les avocats inscrits à un registre cantonal (art. 1er en liaison avec l'art. 3). Elle fixe également un certain nombre de principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat sur le territoire suisse.

La LLCA n'a pas pour but de remplacer les législations cantonales sur les avocats, qui resteront nécessaires, mais d'harmoniser un certain nombre de points en raison de l'abandon du contrôle exercé jusqu'à présent par les cantons sur les avocats au moment de la délivrance des autorisations de pratiquer.

231.2 Champ d'application personnel (art. 2)

La loi ne s'applique qu'aux personnes titulaires d'un brevet d'avocat qui exercent effectivement la représentation en justice dans le cadre du monopole défini par le droit cantonal⁵⁴. Il s'agit d'avocats qui travaillent à titre indépendant (sur la notion d'indépendance, cf. chiffre 233.21 ci-dessous). Le champ d'application personnel de la loi n'englobe donc pas tous les avocats, c'est-à-dire toutes les personnes titulaires d'un brevet d'avocat. Souvent en effet, des avocats exercent une activité de juge ou de greffier, travaillent dans des administrations ou sont salariés de banques, de fiduciaires; ils ne s'inscriront donc pas au registre et ne seront pas soumis au contrôle de l'autorité de surveillance. De même, un avocat qui n'entendrait pas pratiquer la représentation en justice mais uniquement le conseil juridique, et qui ne s'inscrirait pas à un registre cantonal des avocats, ne sera pas non plus soumis à la présente loi.

Les cantons gardent évidemment la compétence de définir le champ des activités juridictionnelles devant les instances cantonales qui entrent dans le cadre du "monopole de l'avocat". Dans la mesure où certains cantons autorisent des avocats employés par des banques, des fiduciaires ou des compagnies d'assurance juridique par exemple à exercer la représentation en justice, ceux-ci sont soumis à la LLCA et doivent s'inscrire dans un registre cantonal⁵⁵. Il sont ainsi tenus de respecter les

⁵⁴ Le canton de Soleure ne connaît pas de monopole de représentation en justice. Les personnes titulaires d'un brevet d'avocat et exerçant la représentation en justice dans le canton de Soleure devront aussi s'inscrire au registre cantonal s'ils souhaitent bénéficier de la libre circulation.

⁵⁵ Cf. par exemple le canton de Zürich où l'autorité de surveillance zurichoise demande qu'un avocat salarié qui entend pratiquer la représentation en justice dispose d'un contrat de travail dans lequel une série de conditions sont stipulées afin de garantir son indépendance (les us et coutumes du barreau doivent être respectés; le devoir de fidélité à l'égard du client a la priorité sur le devoir de fidélité à l'égard de l'employeur; l'employeur n'a pas le droit d'exiger des comptes de l'employé ou d'examiner ses dossiers, etc.); cf. également Dreyer op. cit. p. 417.

règles professionnelles et le contrôle des autorités de surveillance cantonales s'exerce sur eux également.

La loi peut s'appliquer à des personnes ne possédant pas la nationalité suisse, puisqu'un brevet d'avocat cantonal peut être délivré à une personne de nationalité étrangère. Alors qu'il y a quelques années encore, le Tribunal fédéral admettait la constitutionnalité des législations cantonales qui réservaient aux seuls citoyens suisses le droit d'exercer la profession d'avocat, il a opéré un revirement de jurisprudence en 1993⁵⁶. Le Tribunal fédéral ne nie pas qu'il existe un intérêt public à ce qu'un avocat soit familiarisé avec le contexte économique et politique du pays, mais il estime qu'un étranger doit pouvoir faire la preuve qu'il connaît la Suisse et que la situation politique et économique du pays lui est aussi familière qu'à un citoyen suisse. La liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 31 de la Constitution interdit de maintenir purement et simplement l'exigence de la nationalité suisse. Dans le cadre de cette jurisprudence, les cantons demeurent libres de définir les conditions auxquelles ils délivrent leurs brevets d'avocat.

Un avocat - même de nationalité suisse - titulaire d'un brevet d'avocat délivré à l'étranger et qui se serait vu reconnaître le droit de plaider dans un canton par une autorité cantonale ne pourra pas s'inscrire à un registre cantonal (art. 6 LLCA). Actuellement déjà, le titulaire d'un certificat de capacité délivré par une autorité étrangère ne peut se prévaloir de l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale⁵⁷. En revanche, il sera soumis aux dispositions de la LLCA relatives aux règles professionnelles, à la surveillance disciplinaire et aux honoraires puisqu'il pratique la représentation en justice en Suisse. Il en irait de même pour l'avocat qui aurait obtenu un brevet d'avocat dans un canton qui, après le délai d'adaptation de l'article 23, continuerait à délivrer des brevets ne satisfaisant pas aux conditions de l'article 6, alinéa 1, LLCA.

232 Libre circulation et registres cantonaux des avocats

232.1 Principe de la libre circulation (art. 3)

L'article 3 garantit à tout avocat inscrit à un registre cantonal la possibilité de pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autorisation. Les cantons ne peuvent dès lors plus exiger de la part d'un avocat déjà inscrit à un registre cantonal qu'il remplisse d'autres conditions personnelles ou de formation que celles prévues par la LLCA. Ces conditions sont examinées au moment de l'inscription au registre cantonal. Une fois inscrit, l'avocat peut plaider sur l'ensemble du territoire suisse sans autre formalité. En cas de doute, l'autorité qui souhaite vérifier qu'une personne est habilitée à exercer l'activité d'avocat peut se renseigner en consultant le registre du canton où l'avocat est inscrit (art. 8 LLCA); si par exemple un juge d'un canton X reçoit un mémoire d'un avocat inscrit au registre du canton Y, il peut se renseigner auprès de l'autorité de surveillance du canton Y pour s'assurer que l'avocat y est inscrit et que les conditions de formation et les conditions personnelles sont effective-

⁵⁶ ATF 119 la 35 et arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 1993 dans la cause Tim Brockmann contre le Conseil d'Etat du canton de Genève.

⁵⁷ Cf. Bois in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 5 DT, no 5.

ment remplies. Il peut également s'assurer que l'avocat n'a pas fait l'objet de sanctions disciplinaires. Les cantons sont en droit de refuser l'exercice du barreau à un avocat non inscrit à un registre cantonal.

232.2 Registre cantonal des avocats (art. 4)

Pour les raisons exposées ci-dessus (cf. chif. 16), on a finalement renoncé à créer un registre fédéral des avocats au profit d'une mise en réseau des registres cantonaux sur tout le territoire de la Confédération. Du fait de la suppression des procédures d'autorisation de pratiquer, les cantons ne disposeront plus à l'avenir des pièces attestant qu'un avocat provenant d'un autre canton remplit les conditions de formation et les conditions personnelles. Il faut pourtant que les autorités cantonales définies à l'article 8 LLCA puissent rapidement vérifier, si nécessaire, que l'avocat remplit ces conditions. La structure du registre doit donc être identique dans tous les cantons.

Chaque canton devra disposer d'un registre des avocats qui pratiquent la représentation en justice (art. 2 LLCA), disposent d'une adresse professionnelle sur le territoire cantonal et remplissent les conditions de formation de l'article 6 ainsi que les conditions personnelles de l'article 7 LLCA. Un avocat qui plaide occasionnellement ou régulièrement dans un canton mais qui n'y dispose pas d'une étude ne doit pas être inscrit au registre. Les personnes titulaires d'un brevet d'avocat mais n'exerçant pas à titre indépendant - et qui donc ne sont pas admises à représenter en justice - ne figureront pas non plus dans le registre et ne seront pas soumises à l'autorité de surveillance cantonale. En revanche, lorsque les cantons admettent, à certaines conditions, qu'un avocat employé peut pratiquer la représentation en justice⁵⁸, celui-ci doit s'inscrire au registre et est ainsi soumis au contrôle de l'autorité de surveillance.

L'alinéa 2 de l'article 4 LLCA précise le contenu du registre. Il s'agit de certaines données personnelles au sens de l'article 3, lettre a, de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁵⁹: le nom, le prénom, la date de naissance, le lieu d'origine pour les avocats suisses ou la nationalité pour les avocats qui ne seraient pas citoyens suisses, la copie du brevet d'avocat, les attestations établissant que les conditions personnelles prévues à l'article 7 sont remplies, la ou les adresses professionnelles (si l'avocat dispose d'une étude dans un autre canton, elle doit également être indiquée), et enfin les mesures disciplinaires non radiées. En vertu de l'article 14, alinéa 3, l'autorité de surveillance du canton où l'avocat est inscrit au registre est informée du prononcé d'une mesure disciplinaire dans un autre canton, et inscrit cette mesure au registre dès qu'elle est entrée en force.

Enfin, l'alinéa 3 de l'article 4 LLCA précise que c'est l'autorité de surveillance des avocats qui doit tenir le registre. Afin de simplifier autant que possible la surveillance des avocats ainsi que la recherche d'informations à leur sujet, il est souhaitable qu'une seule autorité cantonale soit chargée de la surveillance des avocats et de la tenue du registre.

⁵⁸ Cf. note 55 ci-dessus.

⁵⁹ RS 235.1.

232.3 Inscription au registre (art. 5)

Tout avocat qui entend pratiquer la représentation en justice doit demander son inscription au registre lorsqu'il dispose d'une adresse professionnelle (étude) dans un canton. Le critère qui détermine l'inscription à un registre cantonal est donc celui de la situation géographique de l'étude, et non celui de l'origine du brevet d'avocat. La personne titulaire d'un brevet d'avocat obtenu dans le canton X qui ouvre son étude dans le canton Y ne sera inscrite que dans le canton Y et non dans le canton X. C'est également le canton Y qui pourra prononcer une éventuelle interdiction définitive de pratiquer valable sur tout le territoire suisse (art. 16 LLCA). L'avocat membre d'une étude importante disposant de plusieurs succursales ne devra s'inscrire que dans les cantons où lui-même dispose effectivement d'une étude, et non dans l'ensemble des cantons où l'étude dispose d'une adresse professionnelle.

La loi ne prévoit pas expressément de sanction contre un avocat qui ne s'inscrirait pas à un registre: cet avocat se punirait en fait lui-même, puisqu'il se verrait refuser la possibilité d'exercer la représentation en justice dans les autres cantons. Il faut également réserver le cas où, contre toute vraisemblance, un canton continuerait à délivrer des brevets d'avocat ne satisfaisant pas aux conditions des articles 6 et 7 LLCA; un canton pourrait ainsi admettre un avocat ayant obtenu un tel brevet à pratiquer la représentation en justice sans que cet avocat ait le droit d'être inscrit à un registre des avocats.

En vertu de l'article 11, lettre h, l'avocat inscrit au registre doit communiquer à l'autorité qui tient le registre - l'autorité de surveillance - les modifications relatives aux indications le concernant (changement d'adresse, ouverture ou fermeture d'une étude dans un autre canton par exemple). S'il ne le fait pas, l'avocat encourra une mesure disciplinaire prononcée par l'autorité de surveillance.

L'autorité examine si l'avocat remplit les conditions de formation et les conditions personnelles (art. 6 et 7 LLCA). L'alinéa 3 précise que le refus d'inscrire l'avocat doit être notifié sous forme de décision. Cette décision peut faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral, puisqu'elle est rendue en application du droit fédéral.

Enfin, les cantons qui disposent déjà de registres permettant d'obtenir les indications nécessaires sur les avocats disposant d'une adresse professionnelle sur leur territoire pourront dispenser les avocats déjà inscrits à un barreau ou à un "tableau des avocats" de présenter une nouvelle fois les attestations prévues à l'article 4.

232.4 Conditions de formation (art. 6)

Les conditions à la libre circulation sont de deux ordres: conditions de formation d'une part, conditions personnelles d'autre part. Il ne s'agit, dans le cadre de la LLCA, que des conditions maximales que les cantons peuvent exiger pour reconnaître les brevets d'autres cantons. Les cantons demeurent en revanche libres de fixer des exigences plus strictes pour l'obtention de leur brevet puisque la formation des avocats reste de leur compétence. Toutefois, pour qu'un brevet cantonal soit reconnu dans un autre canton, il doit satisfaire aux conditions de l'article 6: des études juridiques de droit de trois ans au moins, sanctionnées par une licence en

droit ou un diplôme équivalent délivré par une université suisse, ainsi qu'un stage d'une année au moins sanctionné par un examen portant sur ses connaissances juridiques théoriques et pratiques

232.41 Formation juridique universitaire (art. 6 al. 1 let. a)

Actuellement, la plupart des cantons ne prescrivent pas de durée minimale d'études, mais exigent un diplôme universitaire (licence en droit) pour effectuer le stage nécessaire à l'obtention d'un brevet d'avocat⁶⁰. La durée de la formation est donc celle exigée pour l'obtention d'une licence en droit dans une université suisse; elle n'est en aucun cas inférieure à trois ans, et est même souvent de quatre ans. Le canton des Grisons⁶¹ exige une durée d'études de trois ans au minimum, alors que le canton de Schwyz exige "une formation juridique suffisante, dont quatre semestres au moins doivent avoir été effectués dans des universités suisses"⁶². Le canton de Vaud exige, outre la licence en droit, que le candidat au barreau remplisse l'une des trois conditions suivantes: être autorisé à soutenir une thèse dans une faculté de droit suisse ou étrangère, être titulaire d'un diplôme d'études juridiques post-grades délivré par une université suisse ou étrangère après deux semestres d'études au moins, ou avoir exercé une activité juridique agréée d'au moins deux ans⁶³. L'exigence d'une formation juridique de trois ans au minimum sanctionnée par un diplôme universitaire ne devrait ainsi pas poser de problèmes pratiques dans la plupart des cantons. Elle correspond à l'exigence posée par la directive 89/49/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (cf. chif. 142 ci-dessus).

232.42 Stage (art. 6 al. 1 let. b)

Dans les cantons alémaniques, la durée minimale du stage est d'une année en principe. Berne et Thurgovie prescrivent une durée de 18 mois. Les cantons romands et le Tessin en revanche exigent une durée de stage de deux ans. Un seul demi-canton, Obwald, se contente de six mois de stage, même si en pratique les candidats effectuent souvent un stage d'une année. La présente loi prévoit donc un stage d'une durée minimale d'une année. Seul le demi-canton d'Obwald devra adapter sa législation sur ce point pour rendre son brevet d'avocat compatible.

Les cantons romands et le Tessin estiment que cette durée de stage est insuffisante, alors que les cantons alémaniques souhaitent des formations universitaires plus longues (cf. chiffre 16 ci-dessus). Toutefois, il faut rappeler que la LLCA ne fait que définir les conditions maximales qu'un canton est en droit d'exiger de la part d'avocats ayant obtenu leur brevet dans un autre canton. Actuellement déjà, les cantons

⁶⁰ AR, OW, SZ et TG n'exigent toutefois pas formellement un diplôme universitaire.

⁶¹ Art. 3 chif. 3 de l'ordonnance du 1er décembre 1955 sur le certificat de capacité et l'exercice de la profession d'avocat.

⁶² § 4 lit. d du règlement du 28 octobre 1952 sur l'octroi et le retrait du brevet d'avocat (RS du canton de Schwyz **238**).

⁶³ Art. 20 de la loi vaudoise du 22 novembre 1944 sur le barreau.

romands accordent des autorisations de pratiquer aux avocats provenant des cantons où la durée de stage n'est que d'une année. Dans la mesure où les cantons romands et le Tessin demeurent libres de prescrire des durées de stage supérieures pour l'obtention de leurs propres brevets d'avocat, il ne se justifie pas d'augmenter les exigences en matière de stage pour la reconnaissance intercantonale des brevets d'avocat, ce qui aurait comme effet d'allonger la durée de stage dans la majorité des cantons suisses. On peut opposer ces mêmes considérations aux cantons alémaniques qui souhaitent une durée d'étude supérieure à trois ans.

Le stage, qui doit être effectué entièrement en Suisse, doit encore être sanctionné par un examen portant sur les connaissances juridiques théoriques et pratiques du candidat.

232.43 Reconnaissance d'un diplôme délivré par une université italienne (art. 6 al. 2)

L'alinéa 2 de l'article 6 LLCA précise encore que les cantons dans lesquels l'italien est une langue officielle (Tessin et Grisons) peuvent exceptionnellement reconnaître un diplôme délivré par une université italienne équivalent à une licence en droit suisse. Il est en effet souhaitable de permettre aux personnes de langue italienne d'effectuer leurs études de droit dans leur langue, ce qui n'est pas possible en Suisse actuellement. Aujourd'hui déjà, le canton du Tessin admet aux stages d'avocat des personnes titulaires de licences en droit délivrées en Italie.

232.5 Conditions personnelles (art. 7)

Comme pour les conditions de formation, les cantons demeurent en principe libres de poser un certain nombre de conditions personnelles pour l'obtention d'un brevet d'avocat. Toutefois, dans le cadre de la libre circulation des avocats, et au moment de la demande d'inscription d'un avocat à un registre cantonal, seules les conditions personnelles énumérées à l'art. 7 LLCA seront examinées. En pratique, elles recouvrent dans une large mesure les conditions personnelles déjà exigées par les cantons actuellement⁶⁴.

232.51 Capacité civile active (art. 7 let. a)

Plusieurs législations cantonales exigent expressément que l'avocat jouisse de la capacité civile active. La doctrine unanime estime que, même si cette condition n'est pas expressément posée par la législation cantonale, elle n'en est pas moins implicitement exigible⁶⁵. Il n'est en effet pas concevable qu'une personne puisse en représenter une autre alors qu'elle n'est pas à même de gérer ses propres affaires. Comme, théoriquement, il est toutefois possible qu'un avocat remplisse les autres conditions personnelles et soit néanmoins privé de capacité civile active - parce qu'il serait interdit -, il est nécessaire de faire figurer la condition de la capacité civile

⁶⁴ Cf. Rothenbühler, op. cit. p. 60 s.

⁶⁵ Cf. Wolffers, op. cit. p. 67 et les références citées.

active dans la loi. L'avocat n'aura pas à établir qu'il jouit de la capacité civile active, celle-ci étant évidemment présumée.

232.52 Absence de condamnation pénale pour des faits contraires à la dignité de la profession (art. 7 let. b)

Le rapport de confiance qui doit exister entre un avocat et son client peut être compromis si l'avocat ne donne pas des garanties de sérieux et d'honorabilité. Toute condamnation pénale n'est pourtant pas de nature à menacer ce rapport de confiance. L'avocat condamné à une amende pour excès de vitesse ne saurait ainsi se voir refuser le droit de pratiquer dans un canton sous ce prétexte. Seules peuvent être opposées à l'avocat les condamnations qui, par leur nature, sont contraires à la dignité de la profession d'avocat (par exemple les infractions contre le patrimoine). La loi précise encore qu'une inscription radiée ne peut être opposée à l'avocat.

232.53 Bonne réputation (art. 7 let. c)

Il n'existe pas de définition de la "bonne réputation" au niveau fédéral. Une bonne réputation est en revanche une condition exigée par la majorité des cantons pour exercer l'activité d'avocat⁶⁶. Le Tribunal fédéral a précisé que, lorsqu'il s'agit d'examiner si une personne jouit d'une bonne réputation pour être admise à exercer une profession, il faut examiner si le mode de vie de la personne est entaché d'une faute qui justifie qu'on l'empêche d'exercer la profession en question. Cet examen doit être effectué en respectant le principe de la proportionnalité déduit de l'article 4 de la Constitution fédérale. La bonne réputation doit s'apprécier en fonction de la nature de l'activité d'avocat⁶⁷. Il faut faire preuve de beaucoup de retenue si les faits reprochés ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale. Le Tribunal fédéral estime par exemple que le rapport de confiance entre les autorités et l'avocat est ébranlé si l'avocat n'hésite pas à préconiser la violence pour s'opposer à l'ordre constitutionnel⁶⁸.

Si un canton ne délivre plus de "certificats de bonnes moeurs" - comme par exemple le canton des Grisons - la bonne réputation doit être présumée, puisque l'avocat qui souhaite s'inscrire au registre est dans l'impossibilité d'établir par un document qu'il remplit cette condition.

⁶⁶ Cf. Wolffers, op. cit. p. 72 s.

⁶⁷ ATF **104** la 189.

⁶⁸ ATF **106** la 105.

232.54 Absence d'acte de défaut de biens ou de déclaration de faillite dans les dix ans qui précèdent (art. 7 let. d et e)

L'exigence de la solvabilité de l'avocat figure également dans plusieurs législations cantonales. Dans la mesure où l'avocat peut se voir confier les fonds de ses clients, il ne serait pas concevable que lui-même soit insolvable. L'avocat doit donner toutes les garanties souhaitables sur le plan financier. L'article 26, alinéa 1, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite⁶⁹ prévoit expressément que la saisie infructueuse et l'ouverture de la faillite peuvent produire des effets de droit public, comme l'incapacité d'exercer une profession ou une activité soumise à autorisation. En vertu de l'article 7, lettre d, LLCA, l'avocat ne doit pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens. En vertu de l'article 7, lettre e, LLCA, l'avocat ne doit en outre pas avoir fait l'objet d'un jugement de faillite, à titre personnel, dans les dix ans qui précèdent, même s'il n'existe pas d'actes de défaut de biens contre lui (en cas de concordat par exemple).

232.6 Consultation du registre (art. 8)

En vertu de l'article 8, la consultation du registre est réservée aux autorités judiciaires fédérales et cantonales (en droit fédéral, les autorités communales sont comprises dans la notion d' "autorités cantonales") devant lesquelles un avocat exerce son activité. Une autorité ne peut donc pas, sans raison, demander à consulter le registre. Il faut que l'avocat ait entrepris une démarche auprès d'elle dans le cadre de son activité d'avocat. Lorsqu'un avocat agit hors du cadre de son activité d'avocat, à titre personnel comme n'importe quel autre citoyen, l'autorité n'est pas en droit de consulter le registre. Les autorités de surveillance cantonales peuvent toutefois consulter le registre sans restrictions (art. 8 lit. b LLCA).

Il est nécessaire de prévoir dans la LLCA que la personne concernée, l'avocat, pourra consulter l'ensemble des données qui le concernent (art. 8 lit. c LLCA par analogie à l'art. 8 al. 1 LPD). Comme les registres cantonaux ne sont pas tenus par des organes fédéraux, la loi fédérale sur la protection des données ne s'applique en principe pas au traitement des données contenues dans les registres cantonaux, à moins que les cantons n'aient pas encore édicté de dispositions en matière de protection des données. En effet, en vertu de l'article 37 LPD, le traitement de données personnelles par les cantons en exécution du droit fédéral est régi par les dispositions des articles 1er à 11, 16 à 23 et 25, 1er et 3 alinéa, à moins que le traitement des données cantonales ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données. Actuellement, seize cantons⁷⁰ ont une loi sur la protection des données. Un canton⁷¹ a intégré quelques dispositions minimales dans son code de procédure administrative. En revanche, quatre cantons⁷² n'ont édicté que des

⁶⁹ RS 281.1; RO 1995 1233.

⁷⁰ FF 1997 I 706.

⁷¹ Saint-Gall.

⁷² Soleure, Appenzell Rhodes-Extérieures, Grisons, Argovie.

directives et cinq cantons⁷³ ne disposent d'aucune réglementation. La LPD s'applique donc pour le moment⁷⁴ dans ces neuf cantons, dans la mesure de l'article 37 LPD.

Même si le contenu du registre n'est pas public, rien n'empêche l'autorité de surveillance de publier une liste des avocats inscrits au registre. Plusieurs cantons publient déjà, sous différentes formes, une liste des avocats autorisés à pratiquer⁷⁵. Toute personne pourra donc se renseigner auprès de l'autorité de surveillance pour s'assurer qu'un avocat qui prétend être inscrit au registre l'est effectivement.

232.7 Dénomination professionnelle (art. 9)

Alors qu'en Suisse romande, les avocats portent tous le même titre, il en va différemment en Suisse allemande où, suivant les cantons, on trouve les titres de "Rechtsanwalt", "Fürsprecher", "Fürsprech" ou "Advokat". Si par exemple une personne ayant obtenu le titre de "Fürsprecher" désire s'inscrire au registre d'un canton où la dénomination professionnelle est "Rechtsanwalt", elle doit avoir la possibilité d'utiliser le titre équivalent de ce canton. La LLCA fait dépendre de l'inscription au registre le droit d'utiliser la dénomination professionnelle de ce canton. Un avocat qui ne ferait que plaider temporairement dans un autre canton sans y être inscrit ne pourra utiliser le titre de ce canton.

Pour respecter les usages et la pratique des cantons romands, il faut réserver à l'avocat la possibilité de faire état d'une inscription au barreau plutôt qu'au registre. Cette possibilité ne concerne donc que le texte français de la LLCA.

On a renoncé, pour le moment, à régler le port du titre pour les avocats étrangers pratiquant en Suisse. Il y a en effet deux cas de figure possibles actuellement. Premièrement, un avocat étranger exerce dans le cadre du GATS; il est donc exclu des activités de monopole et ne peut qu'avoir des activités de conseil juridique en droit international et en droit de son Etat de provenance. On voit mal alors pourquoi l'obliger à faire état par exemple de son titre d'origine, assorti éventuellement d'indications supplémentaires se rapportant à l'organisation professionnelle dont il relève ou à la juridiction auprès de laquelle il est admis dans son pays d'origine⁷⁶. Un tel traitement serait discriminatoire par rapport à un avocat suisse qui ne pratiquerait que le conseil juridique et ne serait pas inscrit au registre.

Deuxièmement, un avocat étranger peut être autorisé exceptionnellement par un canton à représenter en justice. Il ne bénéficie pas de la libre circulation intercantonale et ne peut pratiquer la représentation en justice dans les autres cantons suisses. Il s'agit alors d'un problème strictement cantonal.

⁷³ Unterwald-le-Haut, Unterwald-le-Bas, Glaris, Zoug, Appenzell Rhodes-Intérieures.

⁷⁴ Unterwald-le-Bas, Glaris, Zoug, Soleure, Grisons ont une loi en préparation.

⁷⁵ Le canton de Neuchâtel par exemple publie chaque année dans l'Annuaire officiel de la République et canton de Neuchâtel la liste des avocats inscrits au rôle officiel du barreau. La liste des avocats d'autres cantons admis à plaider peut être quant à elle obtenue auprès du Tribunal cantonal.

⁷⁶ Cf. l'article 3 de la directive 77/249/CEE.

Cette question fera l'objet d'un nouvel examen en cas de conclusion d'un accord Suisse-CE sur la libre circulation des personnes.

233 Règles professionnelles et surveillance disciplinaire

Le principe de l'harmonisation d'un certain nombre de règles professionnelles, proposé dans l'esquisse de loi "Swisslex" de la FSA (cf. chiffre 116 ci-dessus), a été salué par la très grande majorité des départements cantonaux de justice et police ainsi que par les tribunaux cantonaux. Les principales réserves de détail avaient trait au monopole de représentation des parties, prévu dans l'esquisse FSA sous l'article consacré aux règles professionnelles. En effet, le monopole de représentation des parties ne concerne pas les règles professionnelles mais bien plutôt l'organisation judiciaire. Une réglementation fédérale sur ce point se heurterait aux compétences cantonales en matière de procédure et d'organisation judiciaire. Les particularités cantonales sont encore importantes dans ce domaine. Pour éviter toutefois une différence de traitement, la LLCA pose le principe que tout avocat est soumis aux règles professionnelles fédérales et cantonales dès lors qu'il est admis à exercer les activités de monopole (représentation en justice) au regard du droit cantonal. Si un canton reconnaît le droit à un avocat salarié de représenter en justice, celui-ci doit demander à être inscrit au registre. La LLCA consacre également le principe de l'indépendance de l'avocat (art. 11 let. a), ce qui n'exclut pas que les cantons admettent que cette indépendance reste possible dans le cadre d'un contrat de travail⁷⁷.

Les règles professionnelles (Berufsregeln) se distinguent des règles déontologiques, ou "us et coutumes" (Standesregeln)⁷⁸. La règle professionnelle est une norme de droit édictée par une autorité afin de réglementer une profession dans un but d'intérêt public. Les règles déontologiques en revanche sont adoptées par les organisations professionnelles (ordres des avocats, barreaux). Alors que les règles professionnelles s'imposent à l'ensemble des avocats qui pratiquent le barreau, les règles déontologiques ressortissent au droit privé et ne s'appliquent directement qu'aux avocats membres de l'organisation professionnelle⁷⁹. La FSA a ainsi édicté en 1974 des "lignes directrices relatives aux «us et coutumes» préconisées par la FSA pour les barreaux cantonaux". Dans ce contexte, il faut également citer le code de déontologie des avocats de la Communauté européenne⁸⁰ adopté par le Conseil des barreaux de la Communauté Européenne (CCBE). Ce code de déontologie a été repris par la FSA et s'applique aux relations entre avocats suisses et avocats de l'UE.

En pratique toutefois, les règles professionnelles, souvent formulées de manière très générale, sont interprétées à la lumière des règles déontologiques. Le Tribunal fédéral estime que les règles déontologiques peuvent être appliquées par les autorités de surveillance dans la mesure où elles permettent de préciser le contenu des règles

⁷⁷ Cf. note 55 ci-dessus.

⁷⁸ Wolfers, op. cit. p. 11 ss; Rothenbühler, op. cit. p. 55 ss.

⁷⁹ Au Tessin et dans le canton du Jura, les ordres des avocats ont un statut de droit public et l'affiliation est obligatoire. Les règles de l'ordre s'appliquent donc à l'ensemble des avocats. A Berne, l'art. 8 de la loi sur les avocats exige des avocats "*le respect des règles du barreau et de la collégialité généralement reconnues*"; une règle déontologique est ainsi valable pour l'ensemble des avocats, dans la mesure où elle est effectivement une règle généralement reconnue.

⁸⁰ Cf. Statuts et lignes directrices FSA, publication no 90, p. 70.

professionnelles⁸¹. Un simple renvoi, dans une loi cantonale, aux règles déontologiques, pose pourtant certains problèmes quant aux exigences en matière de base légale⁸². L'adaptation des législations cantonales à la LLCA (cf. chif. 236.1 ci-dessous ad art. 23) devrait donner l'occasion aux cantons de redéfinir la frontière entre règles professionnelles cantonales et règles déontologiques.

L'avocat étranger qui serait admis à pratiquer le barreau en Suisse par un canton est également soumis aux règles professionnelles fédérales, même s'il ne bénéficie pas de la libre circulation.

233.1 Assujettissement aux règles professionnelles (art. 10)

L'avocat est soumis d'une part aux règles professionnelles fédérales (art. 11 LLCA), d'autre part aux règles professionnelles cantonales. L'assujettissement aux règles professionnelles fédérales ne pose pas de problème, alors que des cas de conflits de règles peuvent se produire lorsqu'un avocat inscrit au registre du canton X plaide occasionnellement dans le canton Y et que les règles professionnelles des deux cantons divergent. Actuellement, toutes les lois cantonales ne contiennent pas de règles de conflit permettant de définir en vertu de quel droit et par quelle autorité disciplinaire une faute de l'avocat doit être sanctionnée disciplinairement. La FSA a adopté une convention concernant le champ d'application des usages professionnels dans les relations intercantionales, en vertu de laquelle l'avocat est soumis à la juridiction de l'Ordre auquel il appartient, mais doit respecter les us et coutumes du canton dans lequel, à titre occasionnel ou principal, il exerce ses activités.

L'alinéa 1 de l'article 10 LLCA pose comme principe que l'avocat est soumis aux règles fédérales et aux règles professionnelles du canton dans lequel il est inscrit au registre. C'est donc le siège de l'étude - et non l'origine du brevet - qui sont déterminants pour savoir quelles règles professionnelles l'avocat doit respecter. Si un avocat dispose de plusieurs études dans des cantons différents, il est soumis à l'ensemble des règles professionnelles de ces cantons pour l'ensemble de ses activités, puisqu'il est tenu de s'inscrire au registre de chaque canton où il dispose d'une adresse professionnelle (art. 5 al. 1). En vertu de l'alinéa 2 de l'article 10 LLCA, l'avocat est en outre soumis aux règles professionnelles des cantons dans lesquels il exerce une activité sans être inscrit au registre, mais pour cette activité seulement. Encore faut-il, en vertu des principes généraux posés par l'article 3 LMI (cf. chiffre 122 ci-dessus), que les règles professionnelles édictées dans le canton où l'avocat n'est pas inscrit répondent à un intérêt public prépondérant, qu'elles respectent le principe de la proportionnalité et qu'elles ne constituent pas un obstacle déguisé aux échanges de services destinés à favoriser les avocats locaux. Des règles professionnelles cantonales qui affecteraient la capacité d'un avocat établi dans un autre canton de fournir sa prestation, rendraient sa prestation plus onéreuse ou empêcheraient des clients potentiels de recourir à l'avocat de leur choix, constitueraient des restrictions injustifiées à la libre prestation de services et ne seraient pas admissibles au regard de la LMI. Il se peut ainsi que l'avocat qui effectue une simple prestation de services

⁸¹ ATF 98 Ia 356 cons. 3.

⁸² Cf. Dreyer, L'avocat dans la société actuelle, RDS 115/1996 p. 504.

dans un autre canton ne puisse être soumis à l'observation de toutes les règles professionnelles que le canton applique aux avocats inscrits au registre cantonal.

Ces règles sur l'assujettissement ont comme corollaires les articles 13 et 14 LLCA relatifs à la surveillance disciplinaire.

233.2 Règles professionnelles fédérales (art. 11)

La LLCA introduit au niveau fédéral un certain nombre de règles professionnelles qui sont d'application directe. Celles-ci ont été élaborées en collaboration étroite avec la FSA.

La LLCA n'établit pas la liste exhaustive des règles professionnelles. Elle laisse les cantons libres d'édicter éventuellement d'autres règles professionnelles complémentaires. Les cantons devront donc procéder à un examen et à une adaptation de leurs législations afin, le cas échéant, de ne conserver comme règles professionnelles cantonales que celles qui ne sont pas déjà prévues par le droit fédéral.

Une des principales règles cantonales concerne l'interdiction faite à l'avocat de toute publicité personnelle. Sur le plan des règles déontologiques, le chiffre 6 des lignes directrices de la FSA stipule que "*l'avocat renonce à toute publicité et à toute recherche de client. Il fait preuve de retenue lorsqu'il fait des déclarations à la radio, à la presse ou à la télévision.*" Le code de déontologie du CCBE (chif. 2.6) se borne à interdire à l'avocat toute publicité personnelle "*là où celle-ci est interdite*". La question de la publicité par les avocats a déjà fait en doctrine l'objet de nombreux développements, voire de controverses⁸³. La tendance est à un assouplissement de l'interdiction de principe, afin notamment de lutter à armes égales en matière de conseil juridique avec les fiduciaires et les banques⁸⁴. La possibilité d'indiquer des spécialisations dans des annuaires professionnels est ainsi offerte dans certains cantons, refusée dans d'autres⁸⁵. La FSA poursuit actuellement une réflexion sur ce sujet, qui devrait la conduire à adopter une réglementation plus libérale. La LLCA ne s'oppose pas à un assouplissement de l'interdiction de publicité pour les avocats. Elle s'abstient d'aborder le sujet, en laissant le soin aux cantons de légiférer - ou non - en la matière.

⁸³ Cf. notamment Wolffers, op. cit. p. 150 ss; Dreyer, op. cit., p. 459 ss.; P. Tercier, Les avocats et la concurrence, in L'avocat suisse 160/1996 p. 12 ss.

⁸⁴ Cf. M. Oesch, Bekanntmachung der Tätigkeitsgebiete der Rechtsanwälte, in L'avocat suisse, 145/1993 p. 5 ss.

⁸⁵ Cf. L. Vieli, Spezialisierung oder bevorzugtes Tätigkeitsgebiet - Werbung oder Information, in L'avocat suisse, 145/1993, p. 9 ss.; P. Jomini, L'avocat vaudois et la publicité, in L'avocat suisse, 145/1993 p. 14 ss.

233.21 Indépendance (art. 11 let. a)

L'indépendance de l'avocat est une condition essentielle à l'exercice de son activité. Aussi bien le code CCBE que les lignes directrices de la FSA la mentionnent expressément⁸⁶. Les lois sur les avocats des cantons romands ainsi que du canton de Berne mentionnent également l'indépendance de l'avocat, contrairement aux législations des cantons alémaniques. L'indépendance de l'avocat y est pourtant aussi présumée et découle de l'observation d'autres règles professionnelles, notamment en matière de conflits d'intérêts.

La nature de l'indépendance de l'avocat a suscité de nombreuses controverses, en particulier quant à sa compatibilité avec un statut de salarié. Les cantons ont apporté des solutions différentes⁸⁷ à cette question. Toutefois, l'exigence de l'indépendance de l'avocat n'est pas en cause. Les cantons qui admettent un avocat salarié à représenter en justice partent eux aussi du principe que l'avocat est et demeure indépendant⁸⁸. Comme on l'a vu (cf. chif. 233 ci-dessus), la LLCA se borne à poser le principe que tout avocat est soumis aux règles professionnelles fédérales et cantonales et donc au devoir d'indépendance dès lors qu'il est admis, au regard du droit cantonal, à exercer la représentation en justice. Bien que salarié, il est soumis à un devoir d'indépendance et agira en son nom personnel et sous sa propre responsabilité. Par contre, si un avocat salarié est admis à s'inscrire dans un registre cantonal en vertu d'une pratique "libérale" d'un canton, les autres cantons ne pourront lui refuser le droit de pratiquer sur leur territoire sous ce prétexte. L'indépendance de l'avocat est présumée et exigible dès qu'un canton a admis cet avocat à exercer une activité dans le cadre du monopole réservé aux avocats.

233.22 Secret professionnel (art. 11 let. b)

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de définir les principaux éléments qui fondent et justifient le secret professionnel⁸⁹. Le secret professionnel existe aussi bien dans l'intérêt du client, qui doit pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son mandataire, que dans l'intérêt de l'avocat lui-même et dans celui de la justice, dont l'avocat est l'auxiliaire⁹⁰. L'article 321 du Code pénal suisse⁹¹ sanctionne la violation du secret professionnel.

La définition du cercle des activités tombant sous le coup du secret professionnel est parfois difficile. Il ne fait pas de doute que l'activité exercée dans le cadre du monopole de l'avocat est protégée. Le secret professionnel couvre ainsi tous les faits et documents confiés à l'avocat qui présentent un rapport certain avec l'exercice de la

⁸⁶ Art. 1 des lignes directrices FSA; chif. 2.1 du code CCBE; l'indépendance de l'avocat est également prévue par le code d'éthique de l'International Bar Association (art. 3) et dans les Principes fondamentaux de la profession d'avocat de l'Union internationale des avocats.

⁸⁷ Cf. Dreyer, op.cit. p. 416 ss.

⁸⁸ CF. note 55 ci-dessus.

⁸⁹ ATF 112 Ib 607.

⁹⁰ ATF 117 Ia 348.

⁹¹ RS 311.0.

profession. En revanche, et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹², l'avocat exerçant pour un client des activités autres que celles qui relèvent spécifiquement du barreau ne peut se prévaloir à leur propos du secret professionnel de l'avocat; celui-ci ne couvre pas l'activité commerciale de l'avocat telle que l'administration de sociétés, la gérance de fortune ou la gestion de fonds, activités qui pourraient tout aussi bien être exercées par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banquiers. Il faudra donc examiner de cas en cas si l'activité de l'avocat est véritablement spécifique ou si elle relève plus des activités d'une fiduciaire, d'une banque ou d'un gérant de fortune (cf. également chif. 13 ci-dessus).

En vertu de l'article 101 du code des obligations (CO)⁹³, l'avocat est responsable du préjudice qu'un auxiliaire cause dans l'accomplissement de la tâche confiée. L'article 11, lit. b, LLCA impose donc à l'avocat de faire respecter le secret professionnel par ses auxiliaires. La notion d'auxiliaire est identique à celle de l'article 101 CO.

233.23 Autres règles professionnelles (art. 11 let. c à h)

Les lettres c à h de l'article 11 concernent des points plus techniques, qui ne sont du reste pas contestés et qui correspondent dans une large mesure aux règles cantonales en la matière. Il s'agit en quelque sorte d'une codification du droit cantonal. L'interdiction du pactum de quota litis (lettre c) et l'obligation faite à l'avocat de disposer d'une assurance responsabilité civile suffisante (lettre d) se retrouvent dans la majorité des législations cantonales. L'obligation d'accepter des défenses d'office et des mandats d'assistance judiciaire sera désormais limitée aux cantons au registre desquels l'avocat sera inscrit (lettre e). Les avoirs confiés à l'avocat par son client doivent être conservés séparément (lettre f). D'une part, les créanciers de l'avocat ne doivent pas avoir la possibilité de faire saisir des avoirs de clients qui auraient été "mélangés" à son patrimoine. D'autre part, pour des raisons fiscales également, les feux patrimoines doivent demeurer distincts. Afin d'éviter des contestations sur le montant des honoraires, la lettre g de l'article 11 stipule que l'avocat doit renseigner régulièrement son client sur le montant des honoraires dus. Cette exigence existe déjà dans certains cantons, parfois sous la forme d'une disposition qui enjoint à l'avocat de demander des provisions suffisantes à son client au fur et mesure de l'évolution de l'affaire. Enfin, l'obligation faite à l'avocat de communiquer à l'autorité de surveillance toute modification relative aux indications du registre le concernant permet de garder le registre actualisé (cf. chiffre 232.3 ci-dessus).

233.3 Autorité cantonale de surveillance (art. 12)

Le respect des règles professionnelles doit être assuré par des autorités disciplinaires. Les cantons connaissent actuellement des systèmes différents et ont confié cette tâche soit au pouvoir exécutif (Conseil d'Etat ou Département de justice), soit au pouvoir judiciaire (Tribunal cantonal), soit encore à des commissions mixtes composées de juges et d'avocats (Chambres des avocats généralement intégrées au Tribunal cantonal). Certains cantons enfin confient la surveillance disciplinaire aux

⁹² ATF 87 IV 108; ATF 112 Ib 606; ATF du 11 avril 1996 dans la cause K. contre Chambre d'accusation du canton de Genève.

⁹³ RS 220.

organisations professionnelles (ordres des avocats). La LLCA se borne à prévoir que les cantons instaurent une autorité de surveillance et leur laisse le soin d'en préciser la composition et l'organisation. En particulier, rien ne s'oppose à ce qu'un ordre cantonal se voie déléguer la compétence d'exercer la surveillance disciplinaire. Toutefois, en raison de la possibilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral pour des mesures disciplinaires prononcées pour violation des règles professionnelles fédérales, les cantons devront prévoir une autorité judiciaire de recours conformément à l'article 98a de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ)⁹⁴ si l'autorité de surveillance n'est pas une autorité judiciaire. La question de savoir si une mesure disciplinaire constitue une "sanction pénale" au sens de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH)⁹⁵ peut ainsi rester ouverte. La Commission européenne des droits de l'homme a toutefois jugé, au regard des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Engel⁹⁶, qu'une procédure disciplinaire ouverte contre un avocat et aboutissant à un avertissement ne constituait pas une sanction pénale au sens de l'article 6 CEDH⁹⁷.

Chaque autorité de surveillance est tenue, en vertu de l'article 12, alinéa 1, LLCA, de veiller au respect des règles professionnelles et donc d'engager, le cas échéant, une procédure disciplinaire pour des faits qui se sont déroulés sur le territoire de son canton.

Les cantons communiqueront à l'Office fédéral de la justice le nom de l'autorité de surveillance. Cette communication doit être faite pendant le délai de trois ans prévu pour l'adaptation du droit cantonal (art. 23 LLCA). Afin de faciliter la recherche de renseignements en l'absence d'un registre fédéral des avocats, la liste des autorités de surveillance sera publiée en annexe à la LLCA, à l'issue du délai prévu à l'article 23 LLCA. Cette annexe n'ayant qu'un contenu informatif et non normatif, elle sera publiée sans être soumise aux Chambres fédérales. Cette annexe sera évidemment adaptée si un canton procède ensuite à une modification dans la désignation de son autorité de surveillance.

233.4 Devoir de communication (art. 13)

L'article 13 oblige les tribunaux, les autorités d'instruction pénale et les autorités administratives cantonales à annoncer sans retard à l'autorité de surveillance de leur canton - et non à l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit - les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles.

⁹⁴ RS 173.110.

⁹⁵ RS 0.101.

⁹⁶ Cour eur. D.H. arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A no 22, p. 34.

⁹⁷ Requête no 8249/79, *X c/Belgique*, déc. 5.5.80, D. R. 20, p. 40.

233.5 Procédure disciplinaire dans un autre canton (art. 14)

En accord avec la majorité des lois cantonales⁹⁸, la LLCA prévoit que la compétence de l'autorité disciplinaire s'étend à tout avocat exerçant son activité sur le territoire cantonal, indépendamment du fait qu'il y soit établi ou non (art. 12 LLCA). L'alinéa 1 de l'article 14 LLCA prévoit par contre que l'autorité de surveillance qui ouvre une procédure disciplinaire contre un avocat qui n'est pas inscrit dans le registre du canton doit en informer l'autorité de surveillance du canton (ou des cantons) au registre duquel il est inscrit. L'autorité de surveillance du canton où l'avocat est inscrit se voit reconnaître le droit de faire des observations, de prendre position, si une sanction disciplinaire est envisagée. Une intervention éventuelle de l'autorité de surveillance du canton où l'avocat est inscrit peut s'exercer en faveur comme en défaveur de l'avocat. Ce mécanisme permet d'assurer que l'autorité de surveillance "principale" de l'avocat est tenue au courant du déroulement d'une procédure disciplinaire dans un autre canton. Il s'agit par là de renforcer la collaboration entre autorités de surveillance, et, dans la mesure du possible, de dégager une pratique commune en matière de mesures disciplinaires afin d'atténuer encore les conséquences des différences entre règles professionnelles cantonales. Le résultat de la procédure doit être communiqué à l'autorité de surveillance "principale" (alinéa 3). Lorsqu'une mesure disciplinaire est prononcée, l'autorité de surveillance "principale" l'inscrit au registre dès qu'elle est entrée en force (art. 4 al. 2 LLCA). Si l'avocat est inscrit dans plusieurs cantons, les autorités de surveillance de ces cantons doivent toutes être informées.

233.6 Mesures disciplinaires (art. 15)

Afin de permettre une harmonisation des pratiques disciplinaires, et comme mesure d'accompagnement à l'introduction des règles professionnelles fédérales, la LLCA unifie les peines disciplinaires. Le catalogue des mesures prévues par l'article 15 s'applique aussi bien en cas de violation des règles professionnelles fédérales qu'en cas de violation de règles professionnelles cantonales.

Certaines lois cantonales ne considèrent pas l'avertissement comme une peine disciplinaire. Le Tribunal fédéral a toutefois estimé, à juste titre, que l'avocat consciencieux peut ressentir un avertissement comme une mesure aussi forte que le blâme⁹⁹. Nier le caractère disciplinaire de l'avertissement a comme conséquence que l'avocat qui s'estime injustement sanctionné n'a pas de possibilité de recours. La LLCA considère donc l'avertissement comme la moins grave des mesures disciplinaires.

L'alinéa 2 précise que l'amende peut être cumulée avec une interdiction temporaire ou définitive de pratiquer.

⁹⁸ Par exemple l'art. 48 al. 2 de la loi genevoise sur la profession d'avocat.

⁹⁹ ATF **103** la 428.

233.7 Validité de l'interdiction de pratiquer (art. 16)

L'interdiction de pratiquer, temporaire ou durable, est la mesure disciplinaire la plus lourde puisqu'elle empêche l'avocat d'exercer la représentation en justice dans le cadre du monopole cantonal. En revanche, elle n'empêche pas l'avocat de continuer à pratiquer ses autres activités, telles que le conseil juridique¹⁰⁰. L'interdiction définitive de pratiquer ne peut être prononcée que si l'appréciation de l'ensemble de l'activité antérieure de l'avocat fait apparaître une autre sanction comme insuffisante pour assurer un comportement correct à l'avenir¹⁰¹.

Pour juger de l'effet de ces mesures, il faut distinguer suivant que l'autorité de surveillance qui les prononce est celle ou non du canton où l'avocat est inscrit au registre. Chaque canton doit avoir la possibilité d'exclure les avocats d'autres cantons de la représentation en justice pour des raisons disciplinaires. Mais seul le canton au registre duquel l'avocat est inscrit pourra prononcer une interdiction d'exercer valable sur tout le territoire suisse. L'harmonisation des règles professionnelles et des mesures disciplinaires devrait certes encore renforcer une convergence des pratiques cantonales en matière disciplinaire, déjà relativement homogènes. Néanmoins, des divergences pourront subsister en raison d'éventuelles règles professionnelles cantonales supplémentaires.

233.8 Prescription (art. 17)

Dans la mesure où les règles professionnelles et les mesures disciplinaires sont harmonisées, des différences dans les délais de prescription de la poursuite disciplinaire ne sont plus justifiées. La LLCA unifie donc les délais de prescription au niveau fédéral.

Une mesure disciplinaire ne peut être prononcée que si l'avocat est inscrit au registre cantonal, et donc soumis à l'autorité de surveillance. Un avocat menacé d'une mesure disciplinaire peut donc demander à être radié du registre afin d'échapper à une procédure disciplinaire. D'éventuelles poursuites pénales ou civiles sont réservées.

233.9 Radiation des mesures disciplinaires (art. 18)

De même que la prescription de la poursuite disciplinaire, la radiation des mesures disciplinaires doit s'effectuer de manière uniforme dans les cantons. La LLCA distingue, pour déterminer la durée après laquelle la radiation doit être effectuée, les mesures disciplinaires que sont l'avertissement, le blâme et l'amende d'une part, et l'interdiction temporaire de pratiquer d'autre part. Ce traitement différencié se justifie par le degré de gravité inégal de ces deux catégories de mesures disciplinaires.

L'interdiction définitive de pratiquer en revanche n'est évidemment pas radiée.

¹⁰⁰ Cf. Wolffers, op. cit. p. 188.

¹⁰¹ ATF **106** la 100 ss.

234 Honoraires

234.1 Recommandations cantonales en matière d'honoraires (art. 19)

Le montant des honoraires d'avocat est le plus souvent fixé ou influencé par des tarifs de nature différente selon les cantons¹⁰². On distingue d'une part des **tarifs étatiques**, arrêtés en fonction d'une compétence légale, dont les montants sont obligatoires pour les avocats et qui s'appliquent aux procédures contentieuses ou parfois même à l'activité de conseil, et d'autre part les **tarifs conventionnels** des associations professionnelles, qui sont édictée en vertu du droit privé. Ils sont pourtant assimilables à des tarifs étatiques s'ils sont édictés en vertu d'une délégation de compétence.

La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart)¹⁰³ s'applique directement aux tarifs strictement conventionnels. S'ils sont rendus obligatoires par l'organisation professionnelle qui les a édictés, ou si la pratique des avocats revient à instituer un tarif unique, on se trouve en présence d'un accord dont la loi sur les cartels présume qu'il supprime la concurrence efficace (art. 5 al. 3 LCart). L'organisation professionnelle devra alors réfuter cette présomption et, le cas échéant, établir la licéité de l'accord en invoquant des motifs justificatifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). Les tarifs étatiques en revanche échappent à l'application de la LCart. La Commission de la concurrence peut toutefois donner des avis et des recommandations aux autorités cantonales (art. 45 LCart), et donner son préavis sur des projets législatifs (art. 46 al. 2 phr. 2 LCart). En outre, le Surveillant des prix peut émettre des recommandations à l'intention des cantons sur la base de l'article 14 de la loi du 20 décembre 1985 sur la surveillance des prix¹⁰⁴.

La LLCA propose une solution uniforme pour l'ensemble des cantons. Elle prévoit l'adoption de recommandations non contraignantes pour la fixation des honoraires, et renonce à la solution des tarifs étatiques contraignants. Ces recommandations n'auront qu'un caractère indicatif et ne s'appliqueront qu'à l'activité juridictionnelle de l'avocat¹⁰⁵. Elles doivent permettre de fixer un ordre de grandeur auquel mandants et mandataires peuvent se référer. Rien n'empêchera en particulier une convention entre mandant et mandataire sur des honoraires d'un montant inférieur.

La LLCA prévoit également que les cantons peuvent déléguer à une organisation professionnelle (ordre des avocats) la compétence d'établir ces recommandations. Ces recommandations doivent toutefois être ensuite approuvées par une autorité étatique pour déployer leurs effets.

¹⁰² Cf. Tercier, op. cit. p. 8 ss.

¹⁰³ RO 1996 546, RS 251.

¹⁰⁴ RS 942.20.

¹⁰⁵ Cf. Wolffers, op. cit. p. 160 s.

234.2 Autorité cantonale de modération des honoraires (art. 20)

L'alinéa 1 prescrit à chaque canton de désigner une autorité cantonale de modération des honoraires pour l'activité juridictionnelle de l'avocat. Cette solution correspond à la réglementation de certains cantons qui distinguent entre d'une part les honoraires dus pour l'activité juridictionnelle, dont la modération est confiée à une autorité spéciale (par exemple le juge de la cause), et d'autre part les honoraires dus pour les autres activités de l'avocat - y compris l'activité de conseil juridique -, qui ne peuvent être examinés que par les tribunaux civils selon la procédure ordinaire, comme un litige entre mandant et mandataire. Les cantons peuvent donc, s'ils le souhaitent, attribuer également à l'autorité de modération le soin d'examiner le montant d'honoraires dus pour l'activité non juridictionnelle de l'avocat.

La décision de l'autorité de modération des honoraires ne constitue toutefois pas un jugement exécutoire, ni même un titre de mainlevée. Elle ne fait que répondre à la question de savoir si, dans l'hypothèse où les démarches de l'avocat étaient nécessaires ou tout au moins justifiées, les honoraires demandés correspondent aux recommandations et sont proportionnés¹⁰⁶. La contestation des honoraires peut être considérée comme une contestation sur des "droits et obligations de caractère civil" au sens de l'article 6 CEDH, dans la mesure où l'examen de la conformité aux recommandations peut être directement déterminante pour les droits d'une partie¹⁰⁷. L'autorité de modération devra donc satisfaire aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, si le droit cantonal ne prévoit pas de voie de recours contre ses décisions. Si l'autorité de modération n'est pas un "tribunal" répondant aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, il doit subir le contrôle ultérieur d'une autorité judiciaire cantonale. La décision de dernière instance cantonale ne peut faire l'objet que d'un recours de droit public au Tribunal fédéral, puisqu'elle n'est pas rendue en vertu du droit administratif fédéral.

En vertu de l'alinéa 2, les cantons doivent communiquer à l'Office fédéral de la justice le nom de l'autorité cantonale de modération, dont la liste sera publiée en annexe (alinéa 3) avec celle des autorités de surveillance à l'issue du délai de l'article 23 LLCA.

234.3 Examen des honoraires (art. 21)

L'autorité cantonale compétente décide, sur demande d'un client ou d'un avocat, si le montant des honoraires pour l'activité juridictionnelle de l'avocat est raisonnable et se situe dans des limites convenables. Elle ne fixe pas le montant exact, mais se borne, le cas échéant, à constater que les honoraires exigés sont exagérés. Il s'agit donc d'une procédure simple et rapide. L'autorité cantonale compétente rend une décision, éventuellement susceptible de recours selon les voies de droit prévues par le droit cantonal.

Comme la relation entre l'avocat et son client est un contrat de mandat, le client ou l'avocat pourront directement porter le cas devant le juge civil, ou ne porter le cas

¹⁰⁶ Wolffers, op. cit. p. 168

¹⁰⁷ Andrew Grotrian, L'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg 1994. p. 12

qu'après que la décision de l'autorité cantonale compétente pour l'examen des honoraires sera connue.

235 Mention abusive d'une inscription au registre (art. 22)

L'inscription au registre cantonal ou, pour le texte français de la loi, à un barreau cantonal est protégée par une disposition pénale. La personne qui recherche les conseils d'un avocat doit pouvoir reconnaître qu'elle s'adresse à un avocat soumis à une autorité de surveillance, sans risquer d'être trompée par une mention mensongère. Le droit de faire état d'une inscription au registre doit être réservé aux avocats soumis à la surveillance disciplinaire et au respect des règles professionnelles fédérales et cantonales. Pour respecter les usages des cantons romands, il se justifie également de protéger l'inscription d' "avocat au barreau". La sanction prévue est l'amende jusqu'à fr. 20'000.--. En vertu de l'alinéa 2, la poursuite pénale incombe aux cantons.

236 Dispositions finales

236.1 Adaptation du droit cantonal (art. 23)

La période d'adaptation de trois ans prévue à l'article 23 doit permettre aux cantons d'adapter leurs législations aux exigences de la LLCA. Un délai de deux ans avait tout d'abord été envisagé, par analogie avec le délai imparti aux cantons à l'article 12 LMI. Les réactions des cantons sur ce point dans le cadre de la procédure de consultation permettront d'éventuellement réduire ce délai à deux ans.

Toutefois, dès qu'un canton aura institué son registre des avocats et qu'il sera en mesure de livrer les indications nécessaires, les avocats inscrits pourront se prévaloir de l'inscription pour bénéficier de la libre circulation intercantonale.

236.2 Droit transitoire (art. 24)

Les personnes titulaires de brevets d'avocat délivrés en vertu de l'ancien droit cantonal qui étaient jusqu'alors en mesure d'obtenir une autorisation de pratiquer en vertu de l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale doivent également pouvoir bénéficier des avantages de la LLCA même si elles ne remplissent pas toutes les conditions - avant tout de formation - exigées pour pouvoir s'inscrire à un registre cantonal. Si, par exemple, un avocat n'a pas effectué une période de stage d'une année, mais de six mois seulement en vertu du droit cantonal, il ne doit pas pour autant être pénalisé par l'entrée en vigueur de la LLCA alors que son brevet lui permettait précédemment de pratiquer dans les autres cantons suisses. Seuls bénéficieront toutefois de cette possibilité les personnes titulaires de brevets d'avocats délivrés en vertu de l'ancien droit cantonal (avant son adaptation à la LLCA). Si un canton continuait, après le délai de l'article 23, à délivrer des brevets ne satisfaisant pas aux conditions des articles 6 et 7, les autres cantons pourront refuser la reconnaissance de ces brevets.

236.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 25)

En tant que loi fédérale, la LLCA est sujette au référendum facultatif selon l'article 89, 2e alinéa, Cst. L'article 25 autorise le Conseil fédéral à fixer la date d'entrée en vigueur de la loi.

3 Conséquences financières et sur l'état du personnel

31 Pour la Confédération

La LLCA n'aura pas de conséquences financières ni sur l'état du personnel au niveau fédéral.

32 Pour les cantons

Les cantons n'auront plus à prévoir de procédures pour les autorisations de pratiquer délivrées aux avocats provenant d'autres cantons. Dans la mesure où ces autorisations étaient délivrées contre un émolument respectant le principe de la couverture des frais, l'opération sera neutre sur le plan financier. La mise en place des registres cantonaux et des mécanismes de surveillance ne devrait pas entraîner de conséquences financières ni en personnel notables, la plupart des cantons connaissant déjà des institutions comparables. En ce qui concerne les registres, les cantons tenaient jusqu'alors en général trois types de listes: celle des avocats auxquels un brevet d'avocat avait été délivré, celles des avocats disposant d'une adresse professionnelle sur le territoire du canton (par exemple inscrits au "barreau" ou au "tableau" des avocats du canton), et celle des avocats ayant reçu une autorisation de plaider, durable ou temporaire. La LLCA devrait donc conduire à une simplification du travail administratif, puisque les cantons ne tiendront plus qu'un registre où seront inscrits les avocats disposant d'une adresse professionnelle dans le canton. Il va de soi que les cantons conserveront également une liste des personnes auxquelles ils auront délivré un brevet cantonal.

4 Programme de législation

La libre circulation des avocats figure dans le Rapport sur le Programme de la législation 1995-1999 sous la rubrique Economie et compétitivité (FF 1996 II 349).

5 Relation avec le droit international

51 GATS

Le GATS est entré en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 1995. Dans son message y relatif¹⁰⁸, le Conseil fédéral relevait que le GATS ne pose en principe pas de problème d'adaptation majeur à la Suisse, puisque celle-ci a inscrit dans sa liste d'engagement l'accès au marché tel qu'il prévalait au moment de la conclusion de l'accord. Il s'ensuit qu'aucune adaptation du droit suisse ne devrait s'avérer indispensable. Cela est également vrai en ce qui concerne les avocats, l'accès aux activités de conseil juridique n'étant, pour l'heure, pas réglementée dans la quasi-totalité des cantons suisses.

52 Droit communautaire et projet d'accord Suisse - CE (et Etats membres) sur la circulation des personnes

Dans sa facture actuelle, le projet de LLCA est compatible avec le droit communautaire, les Etats membres de l'UE restant libres d'organiser la formation et l'exercice de la profession d'avocat comme ils l'entendent sur leur territoire. Le projet de LLCA offre de surcroît un cadre approprié pour la mise en oeuvre éventuelle des directives communautaires régissant la libre circulation des avocats entre les Etats membres (établissement et prestation de services transfrontalière).

Le projet d'accord bilatéral entre la Suisse et la CE sur une libéralisation réciproque de la circulation des personnes (ci-après: accord LCP) actuellement en négociations a pour objectif de libéraliser progressivement le droit d'entrée, de séjour et d'accès au marché du travail sur le territoire des parties contractantes. L'intégration, dans l'accord LPC, d'une libéralisation de la prestation de services liée aux personnes fait encore l'objet de négociations. Afin de faciliter l'accès aux activités salariées et indépendantes et leur exercice, les parties contractantes prennent en outre les mesures nécessaires concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, conformément aux directives communautaires figurant dans une annexe à l'accord LCP. Les directives sur la reconnaissance des diplômes ne s'appliquent donc qu'autant que les conditions relatives à la circulation des personnes sont remplies.

Si les négociations relatives à l'accord LCP aboutissent, la Suisse devra, en particulier, adapter sa législation à la directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur, en vue de l'établissement d'avocats UE en Suisse¹⁰⁹. La transposition de la directive 89/48/CEE se fera pour partie à l'échelon de la LLCA et pour partie dans le contexte des législations cantonales. La répartition de ces adaptations entre les deux échelons législatifs s'effectuera en tenant compte du principe de subsidiarité, mais également du besoin d'harmonisation à l'échelle nationale, d'un souci de transparence face à nos parte-

¹⁰⁸ FF 1994 IV 273.

¹⁰⁹ Dans la mesure où l'intégration, dans l'accord LPC, de la libre prestation de services liée aux personnes est encore en négociations, il n'est pas possible de dire, à ce stade, si la directive 77/249/CEE tendant à faciliter l'exercice effectif de la prestation de services par les avocats sera reprise dans ledit accord.

naires étrangers et de la marge de manoeuvre laissée au législateur national par le contenu de l'accord.

Seront très vraisemblablement réglés au niveau de la LLCA, en particulier:

- le principe de la reconnaissance des diplômes délivrés dans les Etats membres de l'UE;
- le principe de l'assimilation des avocats UE aux avocats suisses pour ce qui est de la libre circulation entre les cantons;
- le principe de l'imposition d'une épreuve d'aptitude aux avocats qui souhaitent s'établir en Suisse en vertu de la directive 89/48/CEE;
- le contenu de cette épreuve d'aptitude (ce point pourrait être éventuellement réglé dans une ordonnance du Conseil fédéral);
- l'assujettissement aux règles professionnelles et la surveillance disciplinaire;
- l'usage du titre professionnel.

53 Interaction entre l'accord bilatéral Suisse-CE et le GATS

La conclusion d'un accord Suisse-CE en matière de libre circulation des personnes permettra aux autres Etats de l'OMC de demander l'application de la clause NPF contenue à l'article II GATS. Certes, la Suisse a négocié une exception à ce principe en se réservant la possibilité d'un traitement préférentiel pour les ressortissants de l'UE ou de l'AELE dans sa liste d'exemptions à l'art. II GATS¹¹⁰. Mais cette exemption ne concerne que le droit de séjour, d'établissement et d'accès au marché du travail. Aucune réserve n'a été faite en matière de reconnaissance des qualifications. Dès la conclusion de leur accord bilatéral, la Suisse et la CE devront donc ménager aux autres Etats membres de l'OMC qui le souhaiteraient une possibilité adéquate de négocier, soit leur accession à la partie de l'accord concernant la reconnaissance des diplômes, soit un accord comparable. Dans le cas de la reconnaissance des diplômes, la clause NPF ne s'applique toutefois que de manière conditionnelle (art. VII GATS), en ce sens que les autres Etats membres de l'OMC devront prouver que leurs qualifications sont équivalentes à celles qui font l'objet de l'accord Suisse-CE. De surcroît, les ressortissants des Etats de l'OMC qui concluront avec la Suisse un accord de ce type resteront soumis aux restrictions relevant du droit de séjour, d'établissement et d'accès au marché du travail des étrangers. L'application de la clause NPF à la reconnaissance des qualifications n'aura, de ce fait, qu'une portée limitée.

¹¹⁰ Cf. FF 1994 IV 274.

6 Constitutionnalité

61 Le mandant constitutionnel de l'article 33, alinéa 2, Cst.

L'article 33, alinéa 2, Cst. donne mandat au législateur fédéral de pourvoir à ce que les actes de capacité exigés pour les professions libérales soient valables dans toute la Confédération. Le but de cette disposition est de garantir en Suisse la libre circulation des personnes qui exercent des professions libérales. Il est admis en pratique et par la doctrine dominante que la profession d'avocat est une profession libérale et qu'elle tombe donc dans le champ d'application de l'article 33, alinéa 2, Cst¹¹¹ (cf. chiffre 111 ci-dessus).

L'article 33, alinéa 2, Cst., donne au législateur la compétence d'édicter des prescriptions afin d'obtenir des certificats de capacité valables dans toute la Suisse. Cependant, la LLCA ne règle pas que les conditions de formation, mais également les conditions personnelles que les avocats doivent remplir pour pouvoir pratiquer librement en Suisse. La LLCA dépasse le cadre stricte du mandat constitutionnel de l'article 33, alinéa 2, puisque celui-ci n'autorise le législateur qu'à régler les conditions de formation permettant à un avocat de plaider dans toute la Suisse. Pour les conditions personnelles ainsi que pour les dispositions de la loi relatives aux registres cantonaux, à la surveillance disciplinaire, aux règles professionnelles et aux honoraires, c'est l'article 31^{bis} Cst. qui offre la base constitutionnelle nécessaire.

62 La compétence du législateur fédéral basée sur l'article 31^{bis}, alinéa 2, Cst.

L'article 31^{bis}, alinéa 2, Cst. donne à la Confédération une compétence générale d'édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale. Elle doit toutefois respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'offre de services, et donc l'activité d'avocat, font partie des activités économiques privées qu'englobe la compétence de légiférer de l'article 31^{bis}, alinéa 2. Le législateur fédéral dispose donc d'une compétence globale pour édicter des dispositions sur l'exercice de la profession d'avocat. La LLCA fixe donc les principes applicables à la profession d'avocat en Suisse, afin de simplifier et de faciliter l'exercice de la profession d'avocat dans notre pays.

La compétence fédérale de l'article 31^{bis}, alinéa 2, Cst. est, selon la doctrine dominante, une compétence globale dont la force dérogatoire n'agit qu'avec un effet différé (compétence "concurrente"). Les cantons demeurent compétents pour édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie aussi longtemps que la Confédération n'a pas usé (exhaustivement ou, comme pour la LLCA, partiellement) de sa compétence d'en édicter elle-même¹¹².

¹¹¹ Cf. Wolffers, op. cit., p. 24; ATF 111 la 110.

¹¹² Cf. René Rhinow in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31bis, no 40.

63 Les compétences cantonales

En vertu de l'article 33, 1er alinéa, Cst, les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales. Le mandat constitutionnel de l'article 33, alinéa 2, Cst. ne limite pas la compétence des cantons de fixer les conditions auxquelles ils délivrent leurs certificats de capacité. Ils demeurent libres de poser des exigences supérieures (par exemple durées de stage plus longues, autres conditions personnelles) à l'obtention du brevet d'avocat cantonal, voire même des exigences inférieures; dans ce second cas toutefois, ils prennent le risque de voir les autres cantons refuser de reconnaître ces brevets d'avocat qui ne permettraient pas de s'inscrire à un registre cantonal.