

Anhang I: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)

Übersicht

Anfangs dieses Jahrhunderts gab es in der Schweiz kaum mehr als zweihundert Anwälte; 1998 waren es mehr als 6'000 Anwältinnen und Anwälte. Deren Mobilität nimmt immer mehr zu und die Notwendigkeit einer Harmonisierung der Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs wird immer mehr spürbar. Nach Artikel 33 Absatz 2 BV hat der Bund dafür zu sorgen, dass die in einem Kanton erlangten Fähigkeitsausweise in der ganzen Schweiz gültig sind. Der vorliegende Gesetzesentwurf hat deshalb zum Ziel, die Modalitäten der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz festzulegen. Der Entwurf umfasst zwei Hauptteile: Einerseits verwirklicht er die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte mit Hilfe von kantonalen Registern; andererseits vereinheitlicht er als Folge dieser Freizügigkeit gewisse Aspekte der Ausübung des Anwaltsberufs, insbesondere im Bereich der Berufsregeln und der Disziplinaraufsicht.

Der Gesetzesentwurf verwirklicht die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, indem er die Einrichtung kantonalen Anwaltsregister vorschreibt, welche das heutige Kontrollsystem mit kantonalen Berufsausübungsbewilligungen ersetzen sollen. Die Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, haben sich im Anwaltsregister desjenigen Kantons, in welchem sie über eine Geschäftsadresse verfügen, eintragen zu lassen. Für den Registereintrag haben sie ein Anwaltspatent vorzuweisen, das auf Grund bestimmter fachlicher Voraussetzungen erteilt wurde (Lizenziat, einjähriges Praktikum, das mit einem Examen abgeschlossen worden ist). Zudem müssen sie gewisse persönliche Voraussetzungen erfüllen. Einmal im Register ihres Kantons eingetragen, können diese Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf in der ganzen Schweiz ohne weitere Bewilligung ausüben. Der Gesetzesentwurf enthält Bestimmungen über die Führung und ständige Aktualisierung der kantonalen Anwaltsregister sowie über die Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden.

Der Gesetzesentwurf regelt zudem die wesentlichen Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs. Es handelt sich um eine Vereinheitlichung auf Bundesebene der heute bereits in den kantonalen Gesetzgebungen enthaltenen Berufsregeln. Die Vereinheitlichung der Disziplinar massnahmen stellt eine weitere Begleitmassnahme zur Freizügigkeit dar.

Schliesslich regelt der Gesetzesentwurf nach dem Abschluss der bilateralen Verhandlungen mit der Europäischen Union (EU) über die Personenfreizügigkeit die grundlegenden Modalitäten für die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind.

1 Allgemeiner Teil

11 Ausgangslage

111 Die interkantonale Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte

Nach Artikel 33 Absatz 1 BV können die Kantone die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Fähigkeitsausweis abhängig machen. Der Anwaltsberuf ist ein wissenschaftlicher Beruf⁹³. Mit Ausnahme des Kantons Solothurn behalten alle Kantone die Vertretung von Parteien vor allen oder gewissen Gerichtsbehörden Personen mit einem Anwaltspatent vor⁹⁴. Artikel 33 Absatz 2 BV beauftragt den Bundesgesetzgeber, dafür zu sorgen, dass Fähigkeitsausweise für die wissenschaftlichen Berufsarten für die ganze Schweiz gültig erworben werden können. Der Bundesgesetzgeber ist seinem Auftrag in Bezug auf den Anwaltsberuf bislang nicht nachgekommen. Für die medizinischen Berufe hingegen hat er eidgenössische Fähigkeitsausweise geschaffen.

Die interkantonale Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird heute nach Artikel 5 UeB BV und nach dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) garantiert. Auf Grund von Artikel 5 UeB BV gilt der von einem Kanton nach Artikel 33 Absatz 1 BV ausgestellte Fähigkeitsausweis auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, wie wenn es sich um einen schweizerischen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 BV handeln würde. Da es für den Anwaltsberuf keinen schweizerischen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 BV gibt, hat das Bundesgericht in seiner Praxis die Mindestanforderungen festgelegt, denen ein kantonales Anwaltspatent genügen muss, um in einem anderen Kanton anerkannt zu werden⁹⁵.

112 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte

Das Bundesgericht hat schon vor längerer Zeit entschieden, dass Artikel 5 UeB BV die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte generell gewährleistet. Es verlangt, dass die Gesetzgebungen der Kantone alle Anwältinnen und Anwälte, die in der Schweiz niedergelassen sind und einen kantonalen Fähigkeitsausweis besitzen, gleich behandeln. Für kantonsfremde Anwältinnen und Anwälte kann - je nach Ersuchen der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller generell oder für einen bestimmten Rechtsstreit - ein Bewilligungsverfahren vorgesehen werden⁹⁶. Artikel 5 UeB BV untersagt aber jede diskriminierende Bedingung oder Auflage, welche den Zugang der Anwältinnen und Anwälte zu den Gerichten des Zulassungskantons verhindern oder wesentlich

⁹³ BGE 112 Ia 318; René Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

⁹⁴ Zu diesem Thema vgl. Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 79 ff.

⁹⁵ BGE 111 Ia 108 E. 2.

⁹⁶ BGE 89 I 366 E. 2.

erschweren könnte⁹⁷. So ist es unzulässig, von kantonsfremden Anwältinnen oder Anwälten zu verlangen, dass sie im Zulassungskanton eine Geschäftsadresse haben⁹⁸. Ausserdem können kantonsfremde Anwältinnen und Anwälte, die nur in einem bestimmten Rechtsstreit Parteien vertreten wollen, nicht gezwungen werden, grössere Sicherheiten zu leisten⁹⁹ oder Pflichtmandate zu übernehmen¹⁰⁰.

Das Bundesgericht hat Freizügigkeitsbeschränkungen in Bezug auf die beruflichen Fähigkeiten (theoretische und praktische Ausbildung) als zulässig betrachtet. Angesichts der Bedeutung der Anwaltstätigkeit für die Rechtssuchenden und die Gerichte dürfen die Kantone Mindestvoraussetzungen sowohl für die wissenschaftliche Ausbildung als auch für die praktischen Kenntnisse und Erfahrungen der Anwältinnen und Anwälte aufstellen¹⁰¹. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass die Kantone dann verpflichtet sind, ein in einem anderen Kanton erworbenes Anwaltspatent als genügend anzuerkennen, wenn dieser Ausweis bestätigt, dass die Anwältin oder der Anwalt ein Examen sowohl über die wissenschaftlichen Kenntnisse als auch über die praktischen Fähigkeiten bestanden hat. Die Kantone können es demzufolge ablehnen, ein Anwaltspatent für ihr Gebiet als genügend anzuerkennen, das ausschliesslich auf Grund eines Hochschulabschlusses erteilt worden ist¹⁰². Im Laufe der Zeit hat das Bundesgericht seine Anforderungen erhöht. Im Entscheid BGE 111 Ia 108 hat es festgehalten, dass *"die ausserordentliche Grosszügigkeit der alten Praxis des Bundesgerichts sich wohl aus der Erwartung des baldigen Erlasses eines Bundesgesetzes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 BV erklären lässt. Nach dieser Bestimmung hätte der Bundesgesetzgeber für den Erwerb des Fähigkeitsausweises einheitliche Vorschriften zu erlassen, die entweder in einer eidgenössischen Prüfung oder in einheitlichen gesetzlichen Anforderungen an kantonale Prüfungen bestehen könnten [...]. Nachdem sich diese Erwartung bis heute nicht erfüllt hat und in absehbarer Zeit kaum erfüllen wird, obliegt es der Praxis, einstweilen nach der Übergangsbestimmung der Bundesverfassung die Mindestanforderungen festzulegen, denen der Fähigkeitsausweis eines Kantons genügen muss, um in einem anderen Kanton anerkannt zu werden. [...] In Änderung der bisherigen Praxis ist somit die Abnahme einer Prüfung als Standard im Sinne von Art. 5 UebBest. BV festzulegen."* Das Bundesgericht hat allerdings nicht präzisiert, welches die Mindestdauer der Ausbildung und des Praktikums sein soll¹⁰³.

Die Kantone können die Ausübungsbewilligung für den Anwaltsberuf auch vom Nachweis abhängig machen, dass gewisse persönliche Voraussetzungen (guter Leumund, Zahlungsfähigkeit usw.) erfüllt sind, die aus polizeilichen Gründen gerechtfertigt und im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten sind. Ausserdem dürfen die Kantone nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht verlangen, dass

⁹⁷ BGE vom 10. April 1996 in Sachen L. W., M. und D. gegen den Kanton Waadt.

⁹⁸ BGE 39 I 48, 65 I 4, 80 I 146.

⁹⁹ BGE 42 I 277.

¹⁰⁰ BGE 67 I 332.

¹⁰¹ BGE 84 I 24.

¹⁰² BGE 69 I 1.

¹⁰³ Vgl. auch Fritz Rothenbühler, Freizügigkeit für Anwälte, Bern 1995, S. 222.

die Anwaltstätigkeit die Haupttätigkeit der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers darstellt¹⁰⁴. Auch das schweizerische Bürgerrecht kann nicht mehr als Voraussetzung für die Berufsausübungsbewilligung gefordert werden¹⁰⁵.

Während des Vernehmlassungsverfahrens zu diesem Gesetzesentwurf hat das Bundesgericht einen wichtigen Entscheid zur Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte gefällt (Urteil vom 30. Mai 1997; BGE 123 I 313). Gestützt auf das Binnenmarktgesetz erklärte das Bundesgericht einerseits, dass für Anwältinnen und Anwälte, die in einem Kanton zur Berufsausübung zugelassen sind, die Vermutung gilt, dass sie die Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs in einem anderen Kanton erfüllen. Andererseits entschied das Bundesgericht, dass die Berufsausübungsbewilligung von nun an unentgeltlich zu erteilen ist. Das Bundesgericht hat demnach die Anforderungen für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung vereinfacht. Der Entscheid des Bundesgerichts geht allerdings nicht so weit wie der Entwurf des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), da er die kantonale Bewilligung als solche nicht aufhebt, sondern sich darauf beschränkt vorzuschreiben, dass die Bewilligung kostenlos und ohne unnötige Erfordernisse (beispielsweise Prüfung des Leumunds oder Erfordernis eines aktuellen Strafregisterauszugs) zu erteilen ist. Schliesslich will das Anwaltsgesetz nicht nur die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte gewährleisten, sondern auch Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz festlegen. Trotz dieses Bundesgerichtsentscheids bleibt das Anwaltsgesetz folglich nötig, damit jede Form einer Berufsausübungsbewilligung beseitigt wird, damit die Voraussetzungen der Freizügigkeit harmonisiert und damit gewisse Fragen in Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs (Berufsregeln, Disziplinaraufsicht und -massnahmen, Berufsbezeichnung) geregelt werden.

113 Die Notwendigkeit eines Bundesgesetzes für Anwältinnen und Anwälte

Die Zahl der Anwältinnen und Anwälte nimmt kontinuierlich zu. Anfangs dieses Jahrhunderts gab es etwa zweihundert praktizierende Anwälte. 1977 zählte der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) 2'497 eingetragene Anwältinnen und Anwälte. 1997 waren es 5'541, was einer Zunahme um 121,9% entspricht¹⁰⁶. Dieses Tempo scheint sich kurz- oder mittelfristig nicht zu verlangsamen. Die Mobilität der Anwältinnen und Anwälte wächst ebenfalls; heutzutage kommt es häufig vor, dass eine Anwältin oder ein Anwalt in mehreren Kantonen Parteien vor Gericht vertritt. Die relativ geringe Ausdehnung der Kantonsgebiete - im Vergleich beispielsweise mit den deutschen Ländern, die für deutsche Anwältinnen und Anwälte das Gebiet darstellen, in dem sie gerichtlich tätig sein dürfen (vgl. Ziff. 151.1) - führt fast zwangsläufig dazu, dass die Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf auf dem Gebiet mehrerer Kantone ausüben.

¹⁰⁴ BGE 112 Ia 318.

¹⁰⁵ BGE 119 Ia 35.

¹⁰⁶ Vgl. Michael Pfeifer, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996, S. 282; Der Schweizer Anwalt 167/1997, S. 20.

Zurzeit müssen Anwältinnen und Anwälte, die in einem anderen Kanton als demjenigen, in dem sie ihr Anwaltsbüro haben, Parteien vertreten wollen, eine Berufsausübungsbewilligung beantragen. Auch wenn auf Grund des Binnenmarktgesetzes vermutet wird, dass sie die Voraussetzungen erfüllen, um in einem anderen Kanton Parteien zu vertreten, müssen sie ausser dem Anwaltspatent gewisse Dokumente vorweisen, die belegen, dass sie die persönlichen Voraussetzungen erfüllen (namentlich keine Disziplinarstrafen haben). Diese Voraussetzungen sind in formeller Hinsicht von Kanton zu Kanton verschieden. Sie sind in der Regel in den kantonalen Anwaltsgesetzen festgehalten. Die Berufsausübungsbewilligungen werden künftig auf Grund des Binnenmarktgesetzes kostenlos erteilt (BGE 123 I 313). Anwältinnen und Anwälte, die auf dem ganzen Gebiet der Schweiz tätig sein wollen, müssen in praktisch allen Kantonen ein Gesuch einreichen. Einzig der Kanton Solothurn verlangt für die Zulassung zum Anwaltsberuf keine Bewilligung. Eine Aufhebung dieses Berufsausübungsbewilligungsverfahrens, die wegen ihres bürokratischen Charakters häufig kritisiert worden sind, die aber zur Konkretisierung von Artikel 5 UeB BV notwendig waren, ist deshalb wünschenswert.

Die heutzutage von den Kantonen mit dem System der Berufsausübungsbewilligungen ausgeübte Kontrolle wird durch eine Reihe von Massnahmen ersetzt werden müssen, welche es erlauben, die erforderlichen Auskünfte über Anwältinnen und Anwälte schnell und einfach einzuholen. Dafür ist die im Anwaltsgesetz vorgesehene Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden und Harmonisierung der Inhalte der kantonalen Anwaltsregister nötig. Oftmals üben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf nicht unmittelbar nach Erwerb des Anwaltspatents aus, sondern arbeiten als Angestellte in der Verwaltung oder in einem Unternehmen oder absolvieren beispielsweise ein Nachdiplomstudium. Eröffnen sie einige Jahre später dann tatsächlich ein Anwaltsbüro, ist nicht gewährleistet, dass sie die persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs in diesem Zeitpunkt noch erfüllen. Die Kantone können nicht dazu verpflichtet werden, Anwältinnen und Anwälte, die das Anwaltspatent mehrere Jahre zuvor in einem anderen Kanton erworben haben und die bis anhin in keinem Anwaltsregister eingetragen sind, ohne vorgängige Prüfung der persönlichen Voraussetzungen zuzulassen. Mit dem Anwaltsgesetz sollen nur diejenigen Anwältinnen und Anwälte ohne weitere Formalitäten in der ganzen Schweiz Parteien vertreten oder ein Anwaltsbüro eröffnen können, die tatsächlich in einem kantonalen Register eingetragen sind.

Ein Bundesgesetz sollte auch die zwischen den Kantonen bestehenden Unterschiede bei der Aufsicht und den Berufsregeln beseitigen. Auch wenn diese Disparitäten nicht überbewertet werden dürfen, werden sie von den Anwältinnen und Anwälten gleichwohl als störend empfunden und von der Lehre kritisiert¹⁰⁷. Bei den Berufsregeln und den Disziplinar massnahmen ist eine Harmonisierung auch erwünscht, um gewisse kantonale Besonderheiten zu beseitigen, die heute kaum mehr gerechtfertigt sind. Die Kantone haben eine Harmonisierung in diesen Bereichen selbst gewünscht (vgl. Ziff.

¹⁰⁷ Vgl. Rothenbühler, S. 221 ff.

172). Obwohl sich die kantonalen Gesetze voneinander unterscheiden, ist es möglich, einen "gemeinsamen Nenner" zu bestimmen, eine Art schweizerisches Anwaltsrecht¹⁰⁸. Genau dies ist das Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfs, im Interesse der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte.

Klare und harmonisierte Berufsregeln, eine dank der Zusammenarbeit der kantonalen Aufsichtsbehörden wirksame Kontrolle, welche den Zugang zu den notwendigen Informationen über Anwältinnen und Anwälte erleichtert, und die Möglichkeit für unabhängige Anwältinnen und Anwälte, ihren Eintrag in einem kantonalen Register zusammen mit ihrem Titel zu erwähnen, sind weitere Elemente, die eine Klärung der Beziehungen zwischen Anwältinnen und Anwälten und den "Rechtskonsumentinnen" und "Rechtskonsumenten" bringen und auch die Arbeit der Aufsichtsbehörden vereinfachen werden. Damit werden die Anwältinnen und Anwälte ihre Einzigartigkeit gegenüber anderen Dienstleistungserbringern im Bereich des Rechts besser zur Geltung bringen können.

Schliesslich erfüllt der Bund mit diesem Gesetz seinen in Artikel 33 Absatz 2 BV festgehaltenen verfassungsmässigen Auftrag. Dieser sieht vor, dass auf dem Weg der Bundesgesetzgebung dafür zu sorgen ist, dass Personen, die einen wissenschaftlichen Beruf ausüben, Fähigkeitsausweise erwerben können, die in der ganzen Schweiz gültig sind.

114 Bisherige Bestrebungen für ein Bundesgesetz für Anwältinnen und Anwälte

Bereits im Jahre 1901 reichte der SAV dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement einen Gesetzesentwurf ein, der die Schaffung eines eidgenössischen Anwaltpatents vorsah. Im Jahre 1942 setzte der SAV eine Kommission ein mit dem Auftrag, einen Vorentwurf für ein eidgenössisches Anwaltsgesetz auszuarbeiten. Dieses Gesetz hätte sich auf einen neuen Artikel 33 Absatz 3 BV abgestützt, der eine Befugnis des Bundes vorgesehen hätte, "einheitliche Bestimmungen über die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes aufzustellen". Es handelte sich diesmal nicht mehr um die Einführung eines eidgenössischen Anwaltpatents, sondern darum, Mindestanforderungen festzulegen, nach denen weiterhin die Kantone die Anwaltpatente ausstellen sollten¹⁰⁹. Dieses Vorhaben ist jedoch gescheitert.

Im Hinblick auf einen Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum belebte sich die Diskussion wieder. Am 16. Juli 1993 reichte der SAV den zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone zwei Gesetzesskizzen ein: einen Entwurf "Eurolex", der den in diesem Bereich zu übernehmenden Bestimmungen des Acquis communautaire Rechnung trug und, als Folge der Ablehnung des EWR am 6. Dezember 1992, eine Gesetzesskizze "Swisslex".

¹⁰⁸ Vgl. Wolffers, S. 17 f.

¹⁰⁹ Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 33, Rz. 24 ff.

Die im Rahmen der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren konsultierten Vorsteher der kantonalen Justizdepartemente sprachen sich am 15. April 1994 einstimmig bei drei Enthaltungen zu Gunsten eines Bundesrahmengesetzes an Stelle eines Konkordats aus. Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 haben sie den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements um Ausarbeitung eines Gesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ersucht. Hinsichtlich der Anwaltsfreizügigkeit in Europa drückten sie den Wunsch aus, dass der Bund dieses Thema in den bilateralen Verhandlungen mit der Europäischen Union zur Sprache bringe. Die Konferenz der Kantonsregierungen und das Kontaktgremium Bund-Kantone schlossen sich in dieser Sache am 24. Juni 1994 der Meinung der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren an.

Auf parlamentarischer Ebene reichte Nationalrat Luzi Stamm am 17. Juni 1994 eine Motion ein, mit der er die Schaffung eines öffentlichen Bundesregisters verlangte, in welchem alle Personen aufgeführt werden sollten, die ein Anwaltspatent in einem Kanton erworben haben (vgl. Ziff. 18). Diese Motion ist vom Nationalrat am 20. Dezember 1995 angenommen¹¹⁰ und vom Ständerat am 3. Juni 1996 in ein Postulat umgewandelt worden¹¹¹.

Schliesslich hat der Abschluss der bilateralen Verträge mit der EU das Bedürfnis nach einem eidgenössischen Anwaltsgesetz gestärkt.

12 Komplementarität zum Binnenmarktgesetz

Da heute ein spezielles Bundesgesetz oder eine interkantonale Vereinbarung über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte fehlt, gilt für den Anwaltsberuf grundsätzlich das Binnenmarktgesetz. Dieses vermag jedoch die spezifischen Probleme (z.B. Disziplinaraufsicht, Berufsregeln, Berufsbezeichnung) nicht zu lösen. Der vorliegende Gesetzesentwurf schliesst folglich eine Lücke in der Bundesgesetzgebung.

In Artikel 3 sieht das Binnenmarktgesetz vor, dass der freie Zugang zum Markt anderer Kantone nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsorts eingeschränkt werden kann, wenn diese Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Damit fördert das neue Gesetz die tatsächliche Verwirklichung der Handels- und Gewerbefreiheit nach Artikel 31 BV. Es schliesst allerdings nicht aus, dass die Kantone für Zweifelsfälle ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Ausbildungen vorsehen (Art. 4 BGBM).

Die Eigentümlichkeit der Anwaltstätigkeit und die besondere Rolle der Anwältinnen und Anwälte im Justizverfahren haben zur Folge, dass die Kantone auf Grund ihrer

¹¹⁰ AB 1995 N 2658 f.

¹¹¹ AB 1996 S 292.

Kompetenz im Bereich der Gerichtsorganisation ein Verfahren vorsehen könnten, das gewährleistet, dass die Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen dieselben Voraussetzungen erfüllen wie die "einheimischen" Anwältinnen und Anwälte. Eine Überprüfung der Ausbildungsanforderungen wäre demnach theoretisch auf Grund von Artikel 4 Absatz 3 BGBM möglich; diese würde gegenüber der heutigen Situation allerdings einen Rückschritt bedeuten. Nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM darf der freie Zugang zum Markt für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter jedoch nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsorts eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind. Diese Beschränkungen dürfen darüber hinaus in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Gestützt auf das Binnenmarktgesetz hat das Bundesgericht deshalb einerseits entschieden, dass für Anwältinnen und Anwälte, die in einem Kanton zur Berufsausübung zugelassen sind, die Vermutung gilt, dass sie die Anforderungen für die Berufsausübung in einem anderen Kanton erfüllen. Andererseits hat es erklärt, dass die Bewilligung zur Berufsausübung künftig kostenlos zu erteilen ist¹¹². Das Binnenmarktgesetz hebt die Bewilligungsverfahren als solche allerdings nicht auf. Als Ergänzung zum Binnenmarktgesetz und zur definitiven Aufhebung der Bewilligungsverfahren sowie zur Konkretisierung der Modalitäten der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte muss deshalb festgelegt werden, welche fachlichen und persönlichen Voraussetzungen höchstens verlangt werden können, in welchem Zeitpunkt sie durch wen geprüft werden und schliesslich wie die Behörden die notwendigen Informationen über Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen einholen können.

13 Anwaltstätigkeit und Anwaltsmonopol

Alle Kantone mit Ausnahme des Kantons Solothurn behalten die Vertretung von Parteien vor Gericht ganz oder teilweise den Anwältinnen und Anwälten vor¹¹³. Es ist unmöglich, im vorliegenden Gesetzesentwurf eine Regelung zu diesem Monopol aufzustellen, das die kantonalen Besonderheiten in der Gerichtsorganisation widerspiegelt. Die Kompetenz der Kantone in diesem Bereich würde dies nicht zulassen.

Bei der Anwaltstätigkeit können drei Kategorien unterschieden werden¹¹⁴: die monopolisierte Anwaltstätigkeit, die nicht monopolisierte Anwaltstätigkeit und schliesslich die Tätigkeit ausserhalb des eigentlichen Anwaltsberufs. Der monopolisierte Anwaltstätigkeitsbereich lässt sich auf Grund des kantonalen Rechts relativ einfach abgrenzen. Schwieriger ist die Unterscheidung zwischen der nicht monopolisierten Anwaltstätigkeit und der Tätigkeit ausserhalb des Anwaltsberufs. Das Bundesgericht

¹¹² BGE 123 I 313 und Urteil 2P.17/1998 des Bundesgerichts vom 21.8.98.

¹¹³ Vgl. Wolffers, S. 79 ff.; Rothenbühler, S. 66 ff.

¹¹⁴ Albert-Louis Dupont-Willemin, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, in: Der Schweizer Anwalt, 101/1986, S. 9.

hat in seiner Rechtsprechung zum Umfang des Berufsgeheimnisses hierzu einige Grundsätze entwickelt, die weiter unten (Ziffer 233.22) dargestellt werden.

Noch vor wenigen Jahrzehnten betraf der grösste Teil der Anwaltstätigkeit die Vertretung von Parteien vor Gericht und somit das Anwaltsmonopol. Heutzutage gewinnt die aussergerichtliche Tätigkeit der Anwältinnen und Anwälte ständig an Bedeutung. Im Bereich der Rechtsberatung können die Anwältinnen und Anwälte vom Monopol, das ihnen im Allgemeinen für ihre gerichtliche Tätigkeit zugute kommt, nicht profitieren, obwohl sie auch hier den Aufsichtsbehörden unterstellt sind und die Berufsregeln in ihrer gesamten Berufstätigkeit, einschliesslich der Rechtsberatung, beachten müssen. Die unabhängigen Anwältinnen und Anwälte stehen somit im Bereich der Rechtsberatung in Konkurrenz mit juristisch gebildeten Personen, die oft selbst ein Anwaltspatent erworben haben, aber in Rechtsberatungsunternehmen, Treuhandgesellschaften, Banken usw. tätig sind und den Berufs- und Standesregeln (namentlich im Bereich der Werbung) und der Kontrolle der Aufsichtsbehörden nicht unterworfen sind. Ob für die Rechtsberatung die Berufsregeln und die disziplinarische Aufsicht zur Anwendung kommen, hängt demnach davon ab, ob die betreffenden Anwältinnen und Anwälte unabhängig tätig sind (zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. Ziff. 172.1 und 233.21).

Die Unterstellung unter die Berufsregeln und die disziplinarische Aufsicht sind die unmittelbaren Folgen des Anwaltsmonopols. Zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb ist es notwendig, erkennbar zu machen, ob eine Person, die den Anwaltstitel verwendet, einer Aufsichtsbehörde untersteht und gehalten ist, die Berufsregeln zu beachten. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der alte Artikel 5 des Genfer Anwaltsgesetzes, der das Führen des Anwaltstitels Anwältinnen und Anwälten verbot, die nicht im Verzeichnis der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte aufgeführt waren, gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip versties¹¹⁵. Eine Lösung könnte darin bestehen, das Führen des Anwaltstitels den unabhängigen Anwältinnen und Anwälten, die den kantonalen Aufsichtsbehörden unterstellt sind, vorzubehalten. Die in einem Unternehmen oder in der Verwaltung angestellten Anwältinnen und Anwälte könnten nur darauf hinweisen, dass sie ein Anwaltspatent erworben haben. Nun ist es aber üblich, dass Anwältinnen und Anwälte, die in der Verwaltung oder als Angestellte im privaten Sektor arbeiten, von ihrem Titel Gebrauch machen. Das Gleiche gilt auch für Anwältinnen und Anwälte, die altershalber verlangen, dass ihr Name im Verzeichnis der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte gestrichen wird. Mit dem vorliegenden Anwaltsgesetz wird folgende Lösung vorgeschlagen: Die unabhängigen Anwältinnen und Anwälte erwähnen ihren Eintrag in einem Anwaltsregister. Mit dieser Erwähnung wird ersichtlich, dass sie den Berufsregeln und den Aufsichtsbehörden unterstehen. Die in einem Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte haben folglich mit der Erwähnung ihres Registereintrags zu zeigen, dass sie sich von anderen Anwältinnen und Anwälten unterscheiden.

¹¹⁵ BGE 112 Ia 318.

Nach den Artikeln 3 und 5 des Gesetzesentwurfs müssen alle Anwältinnen und Anwälte, die im Rahmen des kantonalen Monopols zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen sind und die Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 erfüllen, in einem kantonalen Register eingetragen sein. Zudem wird die Angabe des Registereintrags, der den unabhängigen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten ist, durch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241, Art. 3 Bst. c und 23) geschützt. Der vorliegende Gesetzesentwurf schafft auf diese Weise ein einfaches und wirksames System, mit dem Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (monopolisierte Tätigkeit), von den übrigen Anwältinnen und Anwälten unterschieden werden können. Anwältinnen und Anwälte, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, können e contrario auf Grund dieses Gesetzes in anderen Kantonen von der monopolisierten Anwaltstätigkeit ausgeschlossen werden.

14 Die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Europäischen Union

Der Abschluss des Vertrags zwischen der Schweiz und der EU über die Liberalisierung des Personenverkehrs macht es notwendig, im Entwurf des Anwaltsgesetzes die Modalitäten des Zugangs zum Anwaltsberuf für Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, zu regeln.

Die Anerkennung von Berufsdiplomen, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU erworben worden sind, ist eine wesentliche Stützungsmassnahme, die für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr unerlässlich ist. Für die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU gelten drei Richtlinien, die insbesondere in Anwendung der Artikel 49, 57 und 66 des EG-Vertrags erlassen worden sind:

- Richtlinie 77/249/EWG vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte¹¹⁶;
- Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen¹¹⁷;
- Richtlinie 98/5/EG vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde¹¹⁸.

Die **Richtlinie 77/249/EWG**, welche die vorübergehende Ausübung der Anwaltstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat regelt, legt keine Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen fest. Sie verlangt bloss, dass jede im Herkunftsstaat unter einer der Bezeichnungen nach Artikel 1 Absatz 2 zur Ausübung des Anwaltsberufs

¹¹⁶ ABl. Nr. L 78 vom 26.3.1977, S. 17.

¹¹⁷ ABl. Nr. L 19 vom 24.1.1989, S. 16.

¹¹⁸ ABl. Nr. L 77 vom 14.3.1998, S. 36.

befähigte Person zur Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat ermächtigt ist (Rechtsberatung und gerichtliche Tätigkeit). Die Anwältinnen und Anwälte können nur dazu verpflichtet werden, ihre Eigenschaft als Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt nachzuweisen. Für die Ausübung der Tätigkeiten, die mit der Vertretung und Verteidigung von Parteien im Bereich der Rechtspflege verbunden sind, kann der Aufnahmestaat ausserdem verlangen, dass die auswärtigen Anwältinnen und Anwälte zusammen mit einer Anwältin oder einem Anwalt handeln, die oder der beim angerufenen Gericht zugelassen ist. Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verwenden die Berufsbezeichnung des Staats, in dem sie niedergelassen sind. Neben den im Herkunftsstaat obliegenden Verpflichtungen unterstehen sie zudem für die vorübergehend ausgeübten Tätigkeiten den Berufsregeln des Aufnahmestaats.

Die Anwendung dieser Richtlinie löste eine umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus. Unter den neueren Entscheiden ist vor allem das wichtige Urteil vom 30. November 1995 in Sachen Reinhard Gebhard gegen Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano hervorzuheben¹¹⁹. Zur Abgrenzung der Dienstleistungserbringung von der Niederlassung präziserte der EuGH, dass der vorübergehende Charakter der Dienstleistungen unter Berücksichtigung ihrer Dauer, ihrer Häufigkeit, ihrer regelmässigen Wiederkehr oder ihrer Dauerhaftigkeit zu beurteilen sei. Der vorübergehende Charakter der Leistung schliesst die Möglichkeit für Dienstleistungserbringer nicht aus, sich im Aufnahmestaat mit einer bestimmten Infrastruktur (Büro, Anwaltspraxis oder Anwaltskanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der Leistungen erforderlich ist. Übt ein Angehöriger eines Mitgliedstaats in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aus, indem er sich von einem Berufsdomizil aus u.a. an die Angehörigen dieses Staats wendet, fällt er unter das Niederlassungsrecht und nicht unter das Recht über die Dienstleistungen.

Die **Richtlinie 89/48/EWG** enthält ein allgemeines System zur Anerkennung der Hochschuldiplome. Sie stellt den allgemeinen Grundsatz auf, wonach jede Inhaberin und jeder Inhaber eines nach drei Jahren Studium erteilten Diploms den Beruf in den anderen Mitgliedstaaten der EU ausüben darf, soweit diese Ausbildung im Herkunftsstaat für die Zulassung zum betreffenden Beruf ausreicht. Unterscheidet sich die Ausbildung oder der Beruf im Staat, der das Diplom ausgestellt hat, wesentlich von den Anforderungen des Aufnahmestaats, kann dieser von der Antragstellerin oder dem Antragsteller zusätzliche Ausbildungsmassnahmen verlangen, die je nach Wunsch der Antragstellerin oder des Antragstellers in der Form einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrgangs absolviert werden können. Bei den Rechtsberufen kann der Aufnahmestaat einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung vorschreiben. In Bezug auf die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte haben sich alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark dazu entschlossen, von den Antragstellerinnen und Antragsteller, die sich niederlassen wollen, eine Eignungsprüfung im Landesrecht des Aufnahmestaats zu verlangen. Haben die auswärtigen Anwältinnen und Anwälte

¹¹⁹ Rs. C-55/94, Slg. 1996, S. I - 4165.

die Eignungsprüfung bestanden und nachgewiesen, dass sie die anderen allfällig geforderten persönlichen Voraussetzungen erfüllen, sind sie ihren Kolleginnen und Kollegen im Aufnahmestaat vollständig gleichgestellt, namentlich hinsichtlich der Zulassung zur Parteienvertretung vor Gericht, der Unterstellung unter die Berufsregeln und der Berufsbezeichnung.

Die Anwendung der Richtlinie 89/48/EWG auf Anwältinnen und Anwälte hat in der EU gewisse Probleme verursacht. Die Einführung der Eignungsprüfung liess grosse Unterschiede zwischen den Staaten sichtbar werden. Eine Eignungsprüfung kann sich zudem auch als protektionistische Massnahme erweisen. Für Anwältinnen und Anwälte mit Berufserfahrung ist die Prüfungspflicht häufig abschreckend, zumal nicht alle primär Parteien vor Gericht vertreten wollen oder Rechtsberatung im Recht des Aufnahmestaats erteilen wollen. Weil das allgemeine System zur Anerkennung der Hochschuldiplome die Situation der Anwältinnen und Anwälte nicht in befriedigender Weise regelt, sahen sich der Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (Conseil des barreaux de la Communauté Européenne, CCBE) und schliesslich die Europäische Kommission veranlasst, einen Vorschlag für eine spezielle Richtlinie über die Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte auszuarbeiten.

Die **Richtlinie 98/5/EG** erleichtert die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde. Sie soll die Niederlassungsmöglichkeiten erweitern. Die weltweite Ausdehnung des wirtschaftlichen Austausches und der Dienstleistungen hat einen neuen Kontext geschaffen, in dem Handel getrieben und Verträge abgeschlossen werden und Personen sich gegebenenfalls verteidigen müssen - eine Entwicklung, die nicht unterschätzt werden darf. Die Veränderungen des wirtschaftlichen und finanziellen Umfeldes hat bereits eine Vermehrung der grossen Anwaltskanzleien nach angelsächsischem Vorbild zur Folge, was in zahlreichen Ländern der EU zu einer grundlegenden Umwälzung der traditionellen Voraussetzungen für die Berufsausübung geführt hat. Die Richtlinie trägt diesen Veränderungen Rechnung und schafft einen Rahmen für die neuen Formen der Berufsausübung.

Die Richtlinie ermöglicht den Anwältinnen und Anwälten eines Mitgliedstaats, unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in jedem anderen Mitgliedstaat die gleichen beruflichen Tätigkeiten auszuüben wie die Anwältinnen und Anwälte, die mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats praktizieren. Voraussetzung für die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung ist, dass die zuwandernden Anwältinnen und Anwälte sich bei der zuständigen Stelle des Aufnahmestaats registrieren lassen. Neben den Berufs- und Standesregeln des Herkunftsstaats haben die zuwandernden Anwältinnen und Anwälte für die dort ausgeübten Tätigkeiten auch die Berufs- und Standesregeln des Aufnahmestaats zu beachten. Nach drei Jahren können die Anwältinnen und Anwälte ohne Eignungsprüfung nach der Richtlinie 89/48/EWG ihre Eingliederung in den Berufsstand im Aufnahmestaat beantragen, wenn sie nachweisen, dass sie während mindestens drei Jahren effektiv und regelmässig im Recht des Aufnahmestaats tätig gewesen sind. Schliesslich regelt die Richtlinie die Modalitäten, nach denen der

Anwaltsberuf gemeinsam in einer Gruppe ausgeübt werden kann und gewährleistet den Grundsatz der Unabhängigkeit der im Rahmen einer Gruppe tätigen Anwältinnen und Anwälte.

15 Rechtsvergleich

151 Deutschland

151.1 Freizügigkeit der deutschen Anwältinnen und Anwälte

Der Rechtsanwaltsberuf wird in Deutschland von der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vom 1. August 1959 und dem Deutschen Richtergesetz (DRiG) vom 19. April 1972 geregelt. Diese beiden Erlasse enthalten auch Bestimmungen über die Freizügigkeit. § 5 BRAO sieht vor, dass die Anwältinnen und Anwälte, die in einem deutschen Land die Befähigung zum Richteramt nach dem DRiG erlangt haben, auch in den anderen Ländern die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beantragen können. Das DRiG legt die fachlichen Voraussetzungen zur Erlangung der Befähigung zum Richteramt fest. Es bestimmt insbesondere die Dauer und den Inhalt des Studiums, den Ablauf des Vorbereitungsdienstes (obligatorisches Praktikum) und den Verlauf der Prüfungen. Mit dem Nachweis der fachlichen Voraussetzungen kann Antrag auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft gestellt werden. Die Zulassung darf nur verweigert werden, wenn ein Versagungsgrund nach § 7 BRAO besteht. Die Versagungsgründe sind persönliche Eigenschaften, die für eine Zulassung nicht vorliegen dürfen. Sie entsprechen grundsätzlich den persönlichen Voraussetzungen im vorliegenden Entwurf für ein Anwaltsgesetz.

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte müssen bei einem bestimmten Gericht zugelassen sein. Sie dürfen nur vor demjenigen Gericht auftreten, bei dem sie örtlich zugelassen sind. Dieses so genannte Lokalisationsprinzip gilt noch bis zum Jahre 2000. Das Verfahren für die Zulassung bei einem Gericht wird in den §§ 18-36 BRAO geregelt. Jedes Gericht führt eine Liste mit den bei ihm zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten (§ 31 BRAO).

151.2 Erbringung von Dienstleistungen durch Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Das Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz (RADG)¹²⁰ regelt die Stellung der Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staats sind. Diese können grundsätzlich sämtliche Anwaltstätigkeiten auf allen Rechtsgebieten, einschliesslich des deutschen Rechts, ausüben.

151.3 Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

¹²⁰ Gesetz vom 16. August 1980 zur Durchführung der Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staats sind, können unter einer der anwaltlichen Berufsbezeichnungen der EU-/EWR-Staaten (§ 1 RADG) Rechtsberatung und Parteivertretung auf dem Gebiet des ausländischen und des internationalen Rechts vornehmen, wenn sie in die für den Ort ihrer Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer aufgenommen worden sind und binnen dreier Monate nach ihrer Aufnahme eine Anwaltskanzlei eingerichtet haben (§§ 206 Absatz 1 und 207 BRAO).

Das Gesetz vom 6. Juli 1990 und die Verordnung vom 18. Dezember 1990 über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft regeln die Anforderungen für die Eignungsprüfung für Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staats, die bereits über ein Diplom im Sinne der Richtlinie 89/48/EWG verfügen. Bestehen diese die Eignungsprüfung, sind sie den deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gleichgestellt und können auch in deutschem Recht tätig sein. Sie müssen sich aber nicht notwendigerweise in Deutschland niederlassen. Sie können sich darauf beschränken, in ihrem Herkunftsstaat den Titel "Rechtsanwalt" zu tragen.

151.4 Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der Welthandelsorganisation (WTO)

Üben Anwältinnen und Anwälte aus einem Mitgliedstaat der WTO einen dem Rechtsanwalt nach BRAO entsprechenden Beruf aus, haben sie in Deutschland die Befugnis zur Rechtsberatung im Recht des Herkunftsstaats und des Völkerrechts (unter Ausschluss des EU-Rechts). Sie müssen jedoch in die örtliche Rechtsanwaltskammer aufgenommen werden und binnen dreier Monate nach ihrer Aufnahme eine Anwaltskanzlei einrichten (§§ 206 Absatz 2 und 207 BRAO).

151.5 Andere Anwältinnen und Anwälte

Anwältinnen und Anwälten, die Angehörige anderer Staaten sind, können nur im Recht ihres Herkunftsstaats tätig sein, vorausgesetzt, sie üben einen dem Rechtsanwalt nach BRAO entsprechenden Beruf aus und die Gegenseitigkeit mit dem Herkunftsstaat ist gewährleistet. Eine Verordnung wird die Staaten und Berufe festlegen, die das Gegenseitigkeitserfordernis erfüllen. Die Anwältinnen und Anwälte müssen in die örtliche Rechtsanwaltskammer aufgenommen werden und binnen dreier Monate nach Aufnahme eine Anwaltskanzlei einrichten (§§ 206 III und 207 BRAO).

152 Frankreich

152.1 Freizügigkeit der französischen Anwältinnen und Anwälte

Der wichtigste Erlass unter den zahlreichen Gesetzen, Verordnungen und Dekreten über den Anwaltsberuf ist das Gesetz Nr. 71-1130 vom 31. Dezember 1971¹²¹, welches

¹²¹ Journal officiel vom 5. Januar 1972.

durch das Gesetz Nr. 90-1259 vom 31. Dezember 1990¹²² geändert worden ist und eine Reform gewisser Gerichts- und Rechtsberufe mit sich gebracht hat.

Artikel 3^{bis} des Gesetzes Nr. 71-1130 erlaubt Anwältinnen und Anwälte, sich für die Ausübung ihres Berufs frei niederzulassen. Anwältinnen und Anwälte, welche die gesetzlichen Vorschriften erfüllen, können grundsätzlich auf dem gesamten Gebiet Frankreichs tätig sein. Das französische Gesetz unterscheidet zwischen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen, auch wenn es dies nicht ausdrücklich festhält. Die Artikel 8-1 und 8-2 des Gesetzes Nr. 71-1130 und die Artikel 165-169 des Dekrets Nr. 91-1197 vom 27. November 1991 über die Organisation des Anwaltsberufs¹²³ legen die zusätzlichen Voraussetzungen für die Berufsausübung fest. Die Anwältinnen und Anwälte sind verpflichtet, ihr Geschäftsdomizil im Bereich des Obergerichts zu errichten, bei dem sie zugelassen sind. Sie können ausserhalb des Bereichs ihrer Anwaltskammer ein zweites Büro einrichten. Treten sie vor einem Gericht ausserhalb des Bereichs ihrer Anwaltskammer auf, sind sie verpflichtet, sich dem Präsidenten oder der Präsidentin, der Magistratsperson von der Staatsanwaltschaft und der Gegenanwältin oder dem Gegenanwalt vorzustellen.

152.2 Dienstleistungserbringung durch Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Die Artikel 200-204 des Dekrets Nr. 91-1197 gelten für Anwältinnen und Anwälte aus einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR, die dauernd in einem dieser Staaten ausserhalb Frankreichs niedergelassen sind und die ihren Beruf gelegentlich in Frankreich ausüben. Sie können unter den gleichen Bedingungen wie die bei einer französischen Anwaltskammer eingetragenen Anwältinnen und Anwälte Parteien vor Gericht oder öffentlichen Behörden vertreten oder verteidigen. Ist die Vertretung vor einem Obergericht in Zivilsachen obligatorisch, müssen die Anwältinnen und Anwälte ein Domizil bei einer Anwältin oder einem Anwalt wählen, die oder der beim zuständigen Gericht zugelassen ist und der oder dem die Verfahrensakte rechtsgültig eröffnet werden können. Vor dem Appellationsgericht müssen sie zusammen mit einer Anwältin oder einem Anwalt dieses Appellationsgerichts oder einer zur Vertretung von Parteien vor diesem Appellationsgericht befähigten Person handeln.

Die Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten haben die französischen Berufsregeln zu beachten. Für die Ausübung von Tätigkeiten ausserhalb des oben erwähnten Bereichs gelten für sie die Berufsregeln desjenigen Staats, in dem sie niedergelassen sind.

¹²² Journal officiel vom 5. Januar 1991.

¹²³ Journal officiel vom 28. November 1991.

152.3 Eintragung der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU und des EWR bei der Anwaltskammer

Artikel 11 des Gesetzes Nr. 71-1130 über die Reform gewisser Gerichts- und Rechtsberufe umschreibt die Voraussetzungen für die Zulassung zum Anwaltsberuf. Artikel 99 des Dekrets Nr. 91-1197 über die Organisation des Anwaltsberufs präzisiert die besonderen Voraussetzungen für die Eintragung der Anwältinnen und Anwälte aus EU-Staaten bei einer Anwaltskammer. Die Kandidatinnen und Kandidaten müssen eine Fähigkeitsprüfung bestehen, deren Umfang entsprechend ihrer Ausbildung und praktischen Erfahrung variiert. Der nationale Rat der Anwaltskammern bestimmt die Gegenstände, zu denen die Kandidatinnen und Kandidaten befragt werden sollen, von Fall zu Fall. Diese Vorschriften gelten auf Grund des EWR-Abkommens auch für Anwältinnen und Anwälte aus den EWR-Staaten.

152.4 Anwältinnen und Anwälte aus Staaten, die nicht Mitglied der EU oder des EWR sind

Personen, die einen Anwaltstitel in einem Staat erworben haben, welcher nicht zur EU oder zum EWR gehört, können - neben den Möglichkeiten, die ihnen im Rahmen des GATS offen stehen - unter bestimmten Voraussetzungen eine Prüfung vor einer Jury ablegen, um das Recht auf Eintragung bei einer französischen Anwaltskammer zu erwerben. Artikel 11 des Gesetzes Nr. 71-1130 verlangt als Voraussetzung die Gegenseitigkeit. Artikel 93 desselben Gesetzes fordert den Erwerb eines Fähigkeitsausweises oder das Bestehen einer Prüfung über die Fachkenntnisse. Eine Verordnung vom 7. Januar 1993¹²⁴ regelt das Programm und die Modalitäten der Prüfung.

153 Italien

153.1 Allgemeines

In Italien wird zwischen "procuratore legale" und "avvocato" unterschieden. Diese Berufe sind im regio decreto-legge vom 27. November 1933, Nr. 1578 (legge professionale forense) und im regio decreto vom 22. Januar 1934, Nr. 37 geregelt.

Ein procuratore legale muss gewisse Anforderungen in Bezug auf seine theoretischen und praktischen Kenntnisse erfüllen (Lizenziat, Praktikum, Staatsexamen). Zudem hat er sich in einem Berufsregister (albo professionale) eintragen zu lassen. Der procuratore legale ist für die Vertretung von Parteien vor Gericht und für die aussergerichtliche Rechtsberatung zuständig.

Wer den Beruf des avvocato ausüben will, muss die Ausbildung eines procuratore legale absolvieren. Nach zweijähriger Berufsausübung kann der procuratore legale das

¹²⁴ Journal officiel vom 29. Januar 1993.

Staatsexamen für avvocati ablegen. Nach sechsjähriger Tätigkeit wird er auch ohne Staatsexamen direkt ins Register der avvocati eingetragen. Der avvocato übernimmt in einem Prozess nicht die Parteivertretung, sondern besorgt die "difesa tecnica", die eigentliche Planung des Prozesses. In der Praxis wird diese Unterscheidung dadurch abgeschwächt, dass jeder avvocato auch im Register der procuratori legali eingetragen sein muss und deshalb auch Parteivertretungen übernehmen kann.

Vor höheren Gerichtsinstanzen (Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti usw.) sind nur avvocati zugelassen, die in einem Spezialregister (albo speciale delle giurisdizioni superiori) eingetragen sind. Dieser Eintrag ist ohne Prüfung nach achtjähriger Berufsausübung oder mit Prüfung nach mindestens zweijähriger Berufsausübung möglich.

153.2 Freizügigkeit der italienischen Anwältinnen und Anwälte

Der procuratore legale darf seinen Beruf nur in dem Appellationsgerichtsbezirk ausüben, in dem er eingetragen ist. Er ist verpflichtet, Wohnsitz in diesem Bezirk und zwar am Hauptort dieses Bezirks zu nehmen. Der avvocato hingegen kann seinen Beruf in ganz Italien ausüben. Handelt er jedoch als procuratore legale, vertritt er also Parteien vor Gericht, ist er denselben Beschränkungen unterworfen wie der procuratore legale und muss folglich einen procuratore legale des betreffenden Bezirks beiziehen.

153.3 Dienstleistungserbringung durch Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Das Gesetz Nr. 31 vom 9. Februar 1982 regelt die Stellung der Anwältinnen und Anwälte aus den EU-Staaten. Haben diese ihr Diplom in einem EU-Staat erworben, dürfen sie ohne weitere Bewilligung in Italien arbeiten, vorausgesetzt, sie arbeiten dort nur vorübergehend. Artikel 2 des Gesetzes Nr. 31 verbietet Anwältinnen und Anwälten aus anderen EU-Staaten - und aufgrund des EWR-Abkommens auch denjenigen aus den EWR-Staaten - ausdrücklich, in Italien ein Anwaltsbüro oder auch nur eine zweite Kanzlei einzurichten. Diese Bestimmung muss jedoch in Zusammenhang mit dem EuGH-Urteil vom 30. November 1995 in Sachen Reinhard Gebhard gegen Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (vgl. Ziff. 142) relativiert werden. Im Rahmen von Dienstleistungen dürfen diese Anwältinnen und Anwälte gerichtlich und aussergerichtlich wie ein avvocato tätig sein. Für eine gerichtliche Tätigkeit müssen sie allerdings einen avvocato oder einen procuratore legale beiziehen. Zusätzlich müssen sie der Präsidentin oder dem Präsidenten der Anwaltskammer des Bezirks, in dem sie gerichtlich tätig sein wollen, den Sitz ihrer Anwaltskanzlei und den Namen ihrer italienischen Anwaltskollegin oder ihres italienischen Anwaltskollegen mitteilen.

153.4 Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Das Gesetz Nr. 115 vom 27. Januar 1992 regelt die Voraussetzungen für Anwältinnen und Anwälte aus EU-Staaten, die ins Register der avvocati und procuratori legali eingetragen werden wollen. Sie haben ein Diplom vorzuweisen, das gewissen Anforderungen zu genügen hat. Zudem haben sie eine Fähigkeitsprüfung zu bestehen. Mit der Registereintragung sind sie den avvocati und procuratori legali gleichgestellt. Auch wenn das Gesetz vom 27. Januar 1992 Anwältinnen und Anwälte aus den EWR-Staaten nicht ausdrücklich erwähnt, können sich diese auf Grund des EWR-Abkommens ebenfalls auf dieses Gesetz berufen.

153.5 Anwältinnen und Anwälte aus anderen Staaten

Unter Vorbehalt des GATS gibt es in Italien keine Regelung über die Anwaltstätigkeit von Angehörigen aus Staaten, die nicht zur EU oder zum EWR gehören. Auf Grund des bestehenden Rechts sind sie grundsätzlich von der Vertretung von Parteien vor Gericht ausgeschlossen. Sie dürfen aber Rechtsberatung vornehmen, soweit diese nicht den italienischen avvocati und procuratori legali vorbehalten ist. Anwältinnen und Anwälte aus Staaten, die nicht zur EU oder zum EWR gehören, dürfen in Italien keine Anwaltskanzlei (weder Hauptsitz noch Zweitsitz) einrichten.

16 Vorarbeiten für das Anwaltsgesetz

Am 7. November 1994 verschickte das Bundesamt für Justiz einen Fragebogen an die Justizdepartemente der Kantone, an die kantonalen Gerichte und an die juristischen Fakultäten der Universitäten. Mit diesem Fragebogen wurde erstens bezweckt, einen Überblick über die kantonalen Regelungen für die Erlangung des Anwaltspatents und die Berufsausübung zu erhalten; zweitens sollte in Erfahrung gebracht werden, wie sich die Adressaten des Fragebogens zu den Vorschlägen des SAV für ein Anwaltsgesetz im Einzelnen stellen.

Das Bundesamt für Justiz hat daraufhin zwei Varianten für ein Bundesgesetz geprüft. Die erste Variante sah die Schaffung eines zentralen Anwaltsregisters auf Bundesebene vor, während die zweite sich darauf beschränkte, die kantonalen Register auszubauen und zu harmonisieren. Es wurde schliesslich aus verschiedenen Gründen an der zweiten Variante festgehalten. Ein Bundesregister würde sich allenfalls rechtfertigen, wenn der Anwaltsberuf umfassend auf Bundesebene geregelt würde. Solange die Kantone für die Erteilung der Anwaltspatente zuständig sind und die Disziplinaufsicht ausüben, müssen die kantonalen Register unabhängig von einem zentralen Register weitergeführt werden. Ein Bundesregister wäre demnach nur ein Doppel der kantonalen Register. Zudem kann die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte auch ohne die Schaffung eines Bundesregisters garantiert werden. Der Informationsaustausch unter den Kantonen kann ebenso wirksam durch die

Harmonisierung und den Ausbau der kantonalen Register gewährleistet werden. Schliesslich hat der Rückgriff auf bestehende Register weniger Kosten und administrativen Aufwand zur Folge als die Schaffung eines zusätzlichen Instruments. Die doppelte Führung von Registern auf verschiedenen Ebenen wäre darüber hinaus einmalig in Europa. Das Modell eines Ausbaus der kantonalen Register trägt auch dem Grundsatz der Subsidiarität mehr Rechnung und führt zu einer weniger weit gehenden Intervention des Bundes.

Der SAV hat mit einer Ad hoc-Kommission an der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs mitgewirkt. Diese hat die Redaktionsarbeiten am Vorentwurf intensiv begleitet. Es war unerlässlich, die mit dem Gesetz direkt Angesprochenen frühzeitig in die Vorarbeiten einzubeziehen. Schliesslich sind auch Vertreter der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren vor der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens angehört worden.

17 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

171 Zusammenfassung

Am 16. April 1997 hat der Bundesrat den Entwurf für ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in die Vernehmlassung geschickt. Das Vernehmlassungsverfahren dauerte bis zum 31. August 1997. Hundert Vernehmlassungsadressaten (eidgenössische Gerichte, Bundesbehörden, Kantonsregierungen und Kantonsgerichte, politische Parteien und verschiedene Organisationen) waren eingeladen, zum Entwurf Stellung zu nehmen. In Anbetracht des Gegenstands des Gesetzesentwurfs wurden die Kantonsgerichte direkt begrüsst. Sie erteilen in der Regel die Anwaltspatente und sind für die Disziplinaufsicht über die Anwältinnen und Anwälte zuständig. Aus diesem Grunde waren sie besonders betroffen.

Dreiundsiebzig Stellungnahmen sind beim EJPD eingegangen. Davon stammen siebenundsechzig von offiziell konsultierten Kreisen, sechs Antworten erfolgten von nicht offiziell begrüsst Vernehmlassern. Von den kantonalen Behörden haben nur drei Regierungen und drei Gerichte nicht geantwortet. Vier politische Parteien (FDP, CVP, SP, LPS) haben geantwortet, während eine Partei (SVP) ausdrücklich auf eine Stellungnahme verzichtet hat.

Insgesamt ist der Gesetzesentwurf sehr positiv aufgenommen worden. Alle konsultierten Kreise haben den Vorschlag begrüsst, zur Verwirklichung der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz ein Bundesgesetz zu erlassen, mit Ausnahme einer einzigen Partei (LPS), die ein Konkordat vorgezogen hätte, ohne jedoch ein Eintreten auf den Gesetzesentwurf abzulehnen.

Gewisse Punkte des Gesetzesentwurfs wurden von den konsultierten Kreisen allerdings kritisiert, zum Teil auch verworfen. Dies betrifft zur Hauptsache das Verhältnis der eidgenössischen Berufsregeln zu den kantonalen Berufsregeln (der in

die Vernehmlassung gegebene Entwurf sah eine gewisse Anzahl eidgenössischer Berufsregeln vor, überliess aber den Kantonen die Möglichkeit, zusätzliche Berufsregeln zu erlassen), die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte (nur als Berufsregel vorgesehen) und schliesslich die Frage der Honorare (der Entwurf sah vor, dass die Kantone Empfehlungen abgeben). Auf diese drei Punkte wird weiter unten eingegangen (vgl. Ziff. 172).

Die Verfassungsmässigkeit des Teils des Gesetzesentwurfs über die Berufsregeln, die Disziplinaraufsicht und die Honorare ist von der LPS und der CVP bezweifelt worden. Ihrer Auffassung nach bietet Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV hierfür keine genügende Verfassungsgrundlage. Dieser Frage wird unter Ziffer 6 nachgegangen.

Bundesgericht

Das Bundesgericht begrüsste eine Regelung der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in einem Bundesgesetz sowie die eidgenössische Rahmengesetzgebung betreffend Berufsregeln, Disziplinaraufsicht und Honorare grundsätzlich. Es wies indessen darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen kantonalen und eidgenössischen Berufsregeln sowie die fehlenden Bestimmungen über den Rechtsschutz verschiedene heikle Fragen aufwerfen und zu Auslegungsproblemen führen könnten.

Kantone

Mit Ausnahme des Kantonsgerichts des Kantons Zürich begrüsszen sämtliche Kantonsregierungen und Kantonsgerichte eine Normierung der Berufsregeln und der Disziplinaraufsicht. Zwei Kantonsregierungen (BE, BS) und zwei Kantonsgerichte (FR, GL) vertraten jedoch die Meinung, dass das Verhältnis zwischen den eidgenössischen und den kantonalen Berufsregeln geklärt werden sollte, da ihre gleichzeitige Anwendbarkeit problematisch sei. In Bezug auf die kantonalen Empfehlungen für die Honorare wünschten vier Kantonsregierungen (LU, TG, UR, OW) und vier Kantonsgerichte (BS, OW, SG, TG), dass die Lösung mit staatlichen Tarifen beibehalten wird, während vier andere Kantonsgerichte (AG, GL, BL, SO) sich gegen den Erlass staatlicher Tarife und auch gegen Empfehlungen für die Honorare aussprachen.

Politische Parteien

Von den politischen Parteien ist der Gesetzesentwurf bezüglich der Berufsregeln, der Disziplinaraufsicht und der Honorare deutlich weniger gut aufgenommen worden. Zwei Parteien (LPS und CVP) zweifelten an der Verfassungsmässigkeit dieses Teils des Entwurfs. Für die CVP schafft die halbherzige Zentralisierung nur Unklarheiten und Verwirrungen. Zwei Parteien (SP und FDP) befürworteten das Gesetz vollumfänglich; für die SP gilt dies indessen nur, wenn dieses Gesetz den ersten Schritt in Richtung einer abschliessenden gesetzlichen Regelung des Anwaltsberufs bildet.

Organisationen

Bei den Organisationen schliesslich begrüsst den Schweizerische Gewerbeverband (SGV), der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SBG), die Vereinigung Rechtsstaat, der Schweizerische Anwaltsverband (SAV), die Vereinigung Schweizerischer Unternehmensjuristen (VSUJ), die Treuhänder-Kammer, der Schweizerische Verband freier Berufe (SVFB), die Wettbewerbskommission, der Schweizerische Versicherungsverband (SVV), die Schweizerische Bankiervereinigung (SBV) und der Vorort die vorgenommenen Harmonisierungsbestrebungen grundsätzlich. Ihre wichtigsten Bemerkungen betrafen ebenfalls die drei bereits erwähnten Punkte: Unabhängigkeit, Berufsregeln und Honorare.

Im Herbst 1998 wurden die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren, die Wettbewerbskommission, der Schweizerische Anwaltsverband und die Vereinigung Schweizerischer Unternehmensjuristen eingeladen, um über mögliche Lösungen für drei im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens relativ umstrittene Punkte zu diskutieren: die Unabhängigkeit, das gleichzeitige Bestehen eidgenössischer und kantonalen Berufsregeln sowie das Bestehen kantonalen Tarife im Bereich der Honorare.

172 Wesentliche Punkte

172.1 Unabhängigkeit

172.11 Problemstellung

Der umstrittenste Punkt des Vernehmlassungsentwurfs war der Umfang der Unabhängigkeit, der von den Anwältinnen und Anwälten nach Bundesrecht verlangt werden soll, damit sie sich im Register eintragen und folglich ohne weitere Formalitäten in der ganzen Schweiz Parteien vor Gericht vertreten können. Da die Anforderungen an die Unabhängigkeit von Kanton zu Kanton verschieden sind, befürchten verschiedene konsultierte Kreise, dass angestellte Anwältinnen und Anwälte, die in einigen "liberalen" Kantonen Parteien vor Gericht vertreten dürfen, dies dann mittels des Registereintrags in der ganzen Schweiz tun können. Diese Frage stellt sich allerdings bereits heute auf Grund des Binnenmarktgesetzes. Danach gilt die Vermutung, dass Anwältinnen und Anwälte, die in einem Kanton Parteien vor Gericht vertreten dürfen, die Voraussetzungen erfüllen, um den Beruf auch in einem anderen Kanton auszuüben (BGE 123 I 313). Wenn Anwältinnen und Anwälte, die in einem Kanton mit liberaler Praxis (beispielsweise ZH) zur Vertretung von Parteien vor Gericht zugelassen sind, in einem anderen Kanton mit einem engeren Unabhängigkeitsbegriff (beispielsweise GE) keine entsprechende Bewilligung erhalten, können sie bereits heute Beschwerde einreichen wegen Verletzung des Binnenmarktgesetzes. Das Problem der verschiedenen kantonalen Auffassungen der Unabhängigkeit stellt sich deshalb unabhängig vom Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes.

172.12 Der Grundsatz der Unabhängigkeit

Es ist allseits unbestritten, dass die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Anwaltsberufs ist. Sie ist in den Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE, Ziff. 2.1), in den Richtlinien des SAV (Art. 1), dem Ethik-Kode der "International Bar Association" (Art. 3) und in den Grundsätzen für den Anwaltsberuf der "Union internationale des avocats" ausdrücklich vorgesehen. Auch in den Anwaltsgesetzen der welschen Kantone sowie der Kantone Bern, St. Gallen, Thurgau und Tessin wird die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte erwähnt. Sie wird aber auch in den übrigen Kantonen vermutet und aus anderen Berufsregeln, namentlich im Zusammenhang mit Interessenkollisionen, abgeleitet.

172.13 Kantonale Praxis

In der Praxis hat die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte zahlreiche Diskussionen ausgelöst, insbesondere in Zusammenhang mit der Frage der Vereinbarkeit mit einer Anstellung. Die Kantone haben hierfür unterschiedliche Lösungen gefunden. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Anwältinnen und Anwälte in sämtlichen Kantonen neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit in einem Unternehmen angestellt sein. Es ist jedoch nur in drei Kantonen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, dass angestellte Anwältinnen und Anwälte Klientinnen und Klienten ihres Arbeitgebers vor Gericht vertreten: Thurgau¹²⁵, St. Gallen¹²⁶ und Zürich¹²⁷. Diese Kantone mit "liberaler" Praxis gehen allerdings ebenfalls vom Grundsatz aus, dass die Anwältinnen und Anwälte unabhängig sind und bleiben. Ihrer Meinung nach bleibt diese Unabhängigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses möglich, wenn gewisse Garantien im Arbeitsvertrag geregelt sind. Nach Ansicht der Kantone BL und LU ist dies hingegen ausgeschlossen (vgl. BGE 123 I 197). LU vertritt sogar die Auffassung, dass es auf Grund des für den Arbeitsvertrag begriffswesentlichen Abhängigkeitsverhältnisses eine tatsächliche Unabhängigkeit einer angestellten Anwältin oder eines angestellten Anwalts gar nicht geben könne¹²⁸.

¹²⁵ Ein bei einer Treuhandgesellschaft angestellter Anwalt darf Dritte vor den Gerichten vertreten (Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau, 1982, Nr. 10: Entscheid der Rekurskommission vom 26. April 1982).

¹²⁶ Das Kantonsgericht St. Gallen erachtet es als zulässig, dass ein bei einer Treuhandfirma angestellter Anwalt Mandate für die Klientschaft des Arbeitgebers übernimmt (Entscheid vom 27. Februar 1994, zitiert bei Wolffers, S. 59). Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens hat sich die Regierung des Kantons St. Gallen allerdings für eine enge Definition des Begriffs der Unabhängigkeit ausgesprochen im Sinne von Artikel 21 des st.gallischen Anwaltsgesetzes vom 11. November 1993. Derzeit ist eine Beschwerde beim Kantonsgericht St. Gallen hängig gegen einen Entscheid der Anwaltskammer, wonach einem bei einer Treuhandfirma angestellten Anwalt die Berufsausübungsbewilligung verweigert worden ist.

¹²⁷ Im Kanton Zürich verlangt die Aufsichtsbehörde, dass angestellte Anwältinnen und Anwälte einem Arbeitsvertrag unterstellt sind, der eine Reihe von Anforderungen zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit enthält (die Standesregeln der Anwaltskammer müssen respektiert werden; die Treuepflicht gegenüber der Klientschaft hat Vorrang vor der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber; der Arbeitgeber hat kein Recht, Abrechnungen von den Angestellten zu verlangen oder ihre Unterlagen zu prüfen usw.).

¹²⁸ Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1985 I Nr. 33; Dominique Dreyer, L'avocat dans la société actuelle, ZSR 115/1996, S. 416.

172.14 Internationale Aspekte

Auf internationaler Ebene kann ein Unterschied festgestellt werden zwischen den angelsächsischen Ländern, in denen die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ein Anstellungsverhältnis nicht ausschliesst, und den Ländern, deren Gesetzgebung sich aus dem französischen Recht herleitet, die den Begriff der Unabhängigkeit sehr eng auslegen. In Frankreich beispielsweise können Anwältinnen und Anwälte von anderen Anwältinnen und Anwälten oder von einer Anwaltsgemeinschaft angestellt sein¹²⁹. Angestellte Anwältinnen und Anwälte können keine persönlichen Klientinnen und Klienten haben. Bei der Erfüllung der ihnen anvertrauten Mandate sind sie gemäss ihrem Eid unabhängig und stehen nur bezüglich der Arbeitsbedingungen in einem Unterordnungsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber¹³⁰. Der Arbeitsvertrag einer Anwältin oder eines Anwalts bedarf in jedem Fall der Schriftlichkeit und hat die Modalitäten der Entlohnung aufzuführen¹³¹.

In Deutschland sind die Anwältinnen und Anwälte unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO). Angestellte Anwältinnen und Anwälte sind von der monopolisierten Tätigkeit grundsätzlich ausgeschlossen. Angestellte Anwältinnen und Anwälte ("Syndikusanwältinnen und -anwälte") können ihren Arbeitgeber auch nicht in ihrer Eigenschaft als Anwältin oder Anwalt vor Gericht vertreten (§ 46 Abs. 1 BRAO). § 43 Absatz 1 BRAO präzisiert, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte keine Bindungen eingehen dürfen, die ihre berufliche Unabhängigkeit gefährden¹³².

In Dänemark hingegen ist 1996 ein Abkommen zwischen der Regierung, der Vereinigung der Unternehmensjuristinnen und -juristen sowie der Anwaltskammer zu Stande gekommen. Dieses Abkommen erlaubt den Unternehmensjuristinnen und -juristen, sich bei der Anwaltskammer eintragen zu lassen und damit wie unabhängige Anwältinnen und Anwälte behandelt zu werden¹³³.

Wegen der Verschiedenheit der nationalen Regelungen in den EU-Staaten behält das europäische Recht den Mitgliedstaaten die Möglichkeit vor, ihren - sogar bei privaten Unternehmen - angestellten Anwältinnen und Anwälten die Vertretung von Parteien vor Gericht zu erlauben. Nach Artikel 8 der Richtlinie 98/5/EG über die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat können Anwältinnen und Anwälte im Aufnahmestaat unter ihrer ursprünglichen

¹²⁹ Art. 136 des Dekrets Nr. 91-1197 vom 27. November 1991 über den Anwaltsberuf; vgl. Jacques Hamelin/André Damien, *Les règles de la profession d'avocat*, Paris 1995, S. 69ff.

¹³⁰ Artikel 7 des Gesetzes Nr. 71-1130 vom 31. Dezember 1971 über die Reform gewisser juristischer Berufe.

¹³¹ Vgl. Hamelin/Damien, S. 69.

¹³² Jessnitzer/Blumberg, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, Rz.16 ff. zu § 7, der lautet: "Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu versagen, [...] wenn der Bewerber eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann; [...]".

¹³³ *European Counsel*, September 1996, S. 29.

Berufsbezeichnung als Angestellte einer anderen Anwältin oder eines anderen Anwalts, eines Zusammenschlusses von Anwältinnen und Anwälten, einer Anwaltssozietät oder eines öffentlichen oder privaten Unternehmens tätig sein, wenn der Aufnahmestaat dies für die unter der Berufsbezeichnung dieses Mitgliedstaats eingetragenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gestattet.

Die Frage, ob im Herkunftsstaat angestellte Anwältinnen und Anwälte im freien Dienstleistungsverkehr Parteien vor Gericht eines anderen Mitgliedstaats vertreten dürfen, wird in Artikel 6 der Richtlinie 77/249/EWG geregelt. Danach kann jeder Mitgliedstaat "die im Gehaltsverhältnis stehenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die durch einen Arbeitsvertrag an ein staatliches oder privates Unternehmen gebunden sind, von der Ausübung der Tätigkeiten der Vertretung und Verteidigung im Bereich der Rechtspflege für dieses Unternehmen insoweit ausschliessen, als die in diesem Staat ansässigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte diese Tätigkeit nicht ausüben dürfen".

172.15 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Der in die Vernehmlassung gegebene Gesetzesentwurf beschränkte sich auf den als Berufsregel ausgestalteten Grundsatz, wonach Anwältinnen und Anwälte zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, sobald sie nach kantonalem Recht zur Parteienvertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen sind. Wie die kantonalen Anwaltsgesetze umschrieb er den Begriff der Unabhängigkeit nicht näher. Nach dem Vernehmlassungsentwurf war es für angestellte Anwältinnen und Anwälte nicht ausdrücklich ausgeschlossen, sich ins Anwaltsregister eintragen zu lassen. Angestellte Anwältinnen und Anwälte waren ebenfalls zur Unabhängigkeit verpflichtet und handelten in ihrem eigenen Namen und auf ihre eigene Verantwortung. Wären aber angestellte Anwältinnen und Anwälte auf Grund der "liberalen" Praxis eines Kantons im Anwaltsregister eingetragen worden, hätten Kantone mit einer strengeren Praxis ihnen das Recht, auf ihrem Gebiet Parteien vor Gericht zu vertreten, nicht auf Grund der Tatsache, dass sie angestellt sind, verweigern können. Sie hätten gegen diese angestellten Anwältinnen und Anwälte allerhöchstens ein Disziplinarverfahren einleiten können wegen Verletzung der (eidgenössischen) Berufsregel der Unabhängigkeit. Im Falle einer Beschwerde hätte schliesslich das Bundesgericht die Frage entscheiden müssen

Sämtliche Kreise, die sich zur Unabhängigkeit geäussert haben, forderten eine präzisere Umschreibung der Unabhängigkeit auf Bundesebene und demnach eine einheitliche Lösung für die ganze Schweiz. Im Übrigen waren die Meinungen unterschiedlich und können in drei Kategorien eingeteilt werden:

- Vernehmlasser, die ohne weitere Präzisierung eine einheitliche Lösung befürworteten [zwei Kantonsregierungen (SH und TG), fünf Kantonsgerichte (GL, LU, SO, UR, TG), eine politische Partei (FDP)];
- Vernehmlasser, die angestellten Anwältinnen und Anwälten die Vertretung von Parteien vor Gericht verbieten wollten, wenigstens, wenn ihr Arbeitgeber nicht

selber im Register eingetragen ist [zehn Kantonsregierungen (AR, BE, BL, FR, GE, NE, SG, SO, UR, VD), vier Kantonsgerichte (JU, BL, VD und ZG), zwei politische Parteien (SP und CVP), der SAV, der SVFB, die SVR und die ACSI]; sie befürchteten, dass die in Kantonen mit "liberaler" Praxis angestellten Anwältinnen und Anwälte auf Grund des Reistereintrags auch in Kantonen Parteien vor Gericht hätten vertreten können, in denen ein Anstellungsverhältnis mit der monopolisierten Tätigkeit unvereinbar ist;

- und schliesslich Vernehmlasser, die für eine liberale Lösung eintraten [die Kantonsregierung ZH, die VSUJ, der SVV, der Vorort, die SBV, die Wettbewerbskommission].

172.16 Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, sich zu verschiedenen Anforderungen im Bereich der Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte zu äussern.

1. Parallele Ausübung einer Tätigkeit im Angestelltenverhältnis und in unabhängiger Stellung, ohne dass zwischen diesen beiden Tätigkeiten eine Beziehung besteht

Im Entscheid Sauvin vom 18. Oktober 1985 (RDAF 1986, S. 157ff.) sowie im Urteil vom 12. Dezember 1996 in Sachen G. hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass ein angestellter Anwalt unabhängig von seinem Arbeitsverhältnis Parteien vor Gericht vertreten kann. Die Ausübung einer parallelen Erwerbstätigkeit tangiere die Qualität der als Anwalt erbrachten Leistungen und die Unabhängigkeit des Anwalts nicht, auch wenn diese zusätzliche Erwerbstätigkeit die Anwaltstätigkeit überwiege. Ein lohnabhängiger Zweitberuf neben der Anwaltstätigkeit sei verfassungsrechtlich gestattet (BGE 123 I 193)¹³⁴. Im Kanton Bern werden Beamtinnen und Beamte, die sich nebenberuflich als Fürsprecherinnen und Fürsprecher betätigen, auch zur Prozessführung zugelassen, obwohl das Berner Gesetz formell die Unabhängigkeit fordert¹³⁵.

2. *Vertretung der Klientschaft eines Arbeitgebers durch Anwältinnen und Anwälte, die bei diesem Arbeitgeber angestellt sind*

Dieser Fall ist heikler und stellt den wirklichen Kern der Diskussion über die Unabhängigkeit dar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage ist differenziert. In den Entscheiden Ilg und Clivaz hat das Bundesgericht festgehalten, dass Anwältinnen und Anwälte, die bei einer juristischen Person angestellt sind, rechtsgültig Parteien vor Gericht vertreten können, während es im bisher letzten Entscheid (BGE 123 I 193) einem von einer Rechtsschutzversicherung angestellten

¹³⁴ Da die im Anwaltsgesetz enthaltene Aufzählung der Voraussetzungen für den Registereintrag erschöpfend ist, braucht dieser Punkt im Gesetz nicht präzisiert zu werden.

¹³⁵ Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichts vom 15. April 1985; vgl. Wolffers, S. 59.

Anwalt das Recht absprach, die Klientschaft der Versicherung vor Gericht zu vertreten.

- Entscheid Ilg vom 17. Oktober 1980 (nicht publiziert)

In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob das Unabhängigkeitsgebot bei einem Anwalt gewahrt ist, der von einer Gewerkschaft angestellt ist und im Rahmen dieser Tätigkeit die rechtliche Beratung und Vertretung der Gewerkschaftsmitglieder ausübt. Das Bundesgericht hielt fest, dass die finanzielle Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber seiner Klientschaft gewahrt war, da die Entschädigung durch die Gewerkschaft und nicht durch die vertretenen Klientinnen und Klienten erfolgte.

- Entscheid Clivaz vom 22. Oktober 1987 (BGE 113 Ia 279)

Im Fall eines Anwalts, der bei einer sozialen Institution tätig war (Gewährung unentgeltlicher Rechtsberatung für Bedürftige und Vertretung im Prozess bei der Durchführung von Alimenteninkassi), vertrat die Anwaltskammer des Kantons Bern die Auffassung, dass das Unabhängigkeitsgebot des bernischen Fürsprechergesetzes verletzt war. Das Bundesgericht kritisierte, dass eine Verletzung der Unabhängigkeit des Anwalts vorgeschoben wurde, um rein standespolitische Interessen zu verteidigen, die mit der Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbar sind. Das Bundesgericht hob somit den Entscheid der Anwaltskammer des Kantons Bern auf.

- Entscheid I. vom 18. April 1997 (BGE 123 I 193)

In seinem jüngsten Entscheid zur Unabhängigkeit hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung präzisiert. Im Fall eines Anwalts, der bei einer Rechtsschutzversicherung angestellt war und die Kundinnen und Kunden dieser Versicherung vor Gericht vertreten wollte, hielt das Bundesgericht die erforderliche Unabhängigkeit des Anwalts für gefährdet, obwohl ihm im Arbeitsvertrag bei der Mandatsausübung vollständige Unabhängigkeit gewährt wurde. Zwischen den Interessen der Rechtsschutzversicherung und denjenigen ihrer Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer könnten Kollisionen entstehen. Dem Interesse der Rechtsschutzversicherung, den finanziellen Aufwand für die gerichtliche Vertretung in Grenzen zu halten, kann das Interesse der Kundinnen und Kunden gegenüber stehen, optimalen Rechtsschutz zu erhalten.

3. Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Es lassen sich folgende Thesen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ableiten:

- Die Anwaltstätigkeit muss nicht vollzeitlich sein; eine zusätzliche Erwerbstätigkeit im Angestelltenverhältnis ist zulässig.

- Grundsätzlich ist es angestellten Anwältinnen und Anwälten nicht verboten, Klientinnen und Klienten ihres Arbeitgebers vor Gericht zu vertreten.
- Angestellte Anwältinnen und Anwälte dürfen Klientinnen und Klienten ihres Arbeitgebers vor Gericht vertreten, solange keine Interessenkollision zwischen der Klientschaft und dem Arbeitgeber möglich ist.
- Ein Interessenkonflikt ist im Fall von Anwältinnen und Anwälten, die bei einer Rechtsschutzversicherung angestellt sind, ausreichend wahrscheinlich, um ihnen die Berufsausübung im Rahmen des Monopols zu untersagen.

172.17 Kriterien für eine Regelung der Frage der Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte muss sowohl im Moment des Registereintrags als auch bei der Berufsausübung garantiert sein. Wie vorne erläutert, stellt sich das Problem der verschiedenen Auslegungen des Begriffs der Unabhängigkeit durch die kantonalen Behörden bereits heute auf Grund des Binnenmarktgesetzes. Es ist ziemlich schwierig, zwischen dem allgemeinen Ausschluss von angestellten Anwältinnen und Anwälten vom Registereintrag und ihrer allgemeinen Zulassung zum Registereintrag eine differenziertere Lösung zu finden, die den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen entspricht. Es gibt auch kein kantonales Gesetz, das heute eine genaue Definition der Unabhängigkeit enthält.

Das Anwaltsgesetz strebt vor allem die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte an. Die Lösung im Anwaltsgesetz sollte insbesondere:

- eine mögliche Entwicklung in diesem Bereich nicht blockieren¹³⁶;
- die Kasuistik des Bundesgerichts berücksichtigen;
- in der Frage der angestellten Anwältinnen und Anwälte im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU eurokompatibel, ja europafreundlich sein (einfach, transparent)¹³⁷;
- im Interesse der Rechtssuchenden sein;
- und schliesslich eine Umschreibung der Unabhängigkeit ermöglichen, die in der ganzen Schweiz gültig ist.

Die Beachtung dieser Kriterien führt zu einer relativ einfachen und offenen Lösung. Ohne ausdrücklich auf den Begriff "angestellte Anwältinnen und Anwälte" abzustellen, beschränkt sich der vorliegende Gesetzesentwurf darauf vorzusehen, dass die Behörde, die das Register führt, im Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung im Register bereits prüft, ob die Anwältin oder der Anwalt in der Lage ist, den Beruf unabhängig auszuüben. Im Unterschied zum Vernehmlassungsentwurf wird folglich

¹³⁶ Die Frage der Organisation von Anwaltskanzleien (beispielsweise in Form einer Aktiengesellschaft) wird sich - wie bereits in zahlreichen anderen Staaten - wahrscheinlich bald auch in der Schweiz stellen (vgl. Dreyer, S. 514).

¹³⁷ Vgl. Ziffer 2.13; nach Artikel 6 der Richtlinie 77/249/EWG, die im Rahmen eines bilateralen Vertrags zwischen der EU und der Schweiz übernommen wird, wird sich die Frage der Berufsausübung von Anwältinnen und Anwälte in einem Angestelltenverhältnis erneut stellen.

bereits eine erste Prüfung der Unabhängigkeit im Zeitpunkt des Antrags auf Registereintrag eingeführt. Die kantonalen Aufsichtsbehörden haben im Einzelfall zu prüfen, ob eine Anwältin oder ein Anwalt "unabhängig" ist, insbesondere im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die Unabhängigkeit bleibt selbstverständlich eine Berufsregel, der die Anwältinnen und Anwälte während ihrer gesamten beruflichen Tätigkeit unterstehen.

Diese Lösung überlässt es den Aufsichtsbehörden und den Gerichten, die Konturen der Unabhängigkeit zu bestimmen und vor allem auch dem Problem der Interessenkollision Rechnung zu tragen. Sie beeinträchtigt die Entwicklung der kantonalen Praxis in diesem Bereich nicht. Sie begünstigt auf dem Weg der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Entstehung eines in der Schweiz einheitlichen Begriffs der Unabhängigkeit und führt damit zu einer fortschreitenden Harmonisierung der kantonalen Praxis. Schliesslich trägt diese Lösung auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts vollumfänglich Rechnung.

172.2 Berufsregeln

Im Vernehmlassungsverfahren haben mehrere Vernehmlasser kritisiert, dass der Gesetzesentwurf direkt anwendbare eidgenössische Berufsregeln aufstellte und den Kantonen die Möglichkeit vorbehielt, zusätzliche kantonale Berufsregeln zu erlassen. Diese doppelte Reglementierung könne praktische Probleme hervorrufen. Im Falle einer Beschwerde beispielsweise müsse eine Anwältin oder ein Anwalt, die oder der wegen Verletzung einer eidgenössischen und einer kantonalen Berufsregel gleichzeitig disziplinarisch bestraft worden ist, zwei Beschwerden ans Bundesgericht richten: Eine Verwaltungsbeschwerde wegen Verletzung der eidgenössischen Berufsregel und eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der kantonalen Berufsregel.

Um dieses doppelte System von Berufsregeln zu vermeiden, regelt der vorliegende Gesetzesentwurf die Berufsregeln für Anwältinnen und Anwälte abschliessend. Damit können Anwältinnen und Anwälte aus der Schweiz und der EU, die in einem anderen Kanton Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, sicher sein, dass sie sich im Bereich der Berufsregeln nicht mehr um kantonale Besonderheiten kümmern müssen. Ein Nebeneinander von 26 verschiedenen Berufsregelungen für den Anwaltsberuf in der Schweiz ist auch mit Blick auf die Freizügigkeit nicht mehr gerechtfertigt. Bemerkenswerterweise ist der Anwaltsberuf in allen Nachbarstaaten auf nationaler Ebene geregelt.

Eine Vereinheitlichung der Berufsregeln wird auch die Mobilität der Anwältinnen und Anwälte begünstigen und eine transparentere Praxis der Aufsichtsbehörden in Beschwerdefällen ermöglichen. Diese Lösung würde zudem die Bedeutung der Standesregeln begrenzen, die von den Berufsverbänden erlassen werden und die vor allem der allenfalls notwendigen Auslegung der Berufsregeln dienen würden. Gegen diese Standesregeln ist Kritik aufgekommen, da es manchmal fraglich ist, ob sie im öffentlichen Interesse liegen. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) hat im

Übrigen die Fragwürdigkeit von Standesregeln noch vermehrt zu Tage gebracht¹³⁸. Durch die bundesrechtliche Vereinheitlichung der Berufsregeln, die alle Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz beachten müssen, verhindert das Anwaltsgesetz nicht nur Konkurrenzprobleme zwischen kantonalen Berufsregeln, sondern schafft auch eine klare Unterscheidung zwischen (staatlichen) Berufsregeln und Standesregeln.

172.3 Honorare

Im Bereich der Honorare sah der Vernehmlassungsentwurf vor, dass die Kantone nur Empfehlungen hätten erlassen können. Staatliche Tarife wären abgeschafft worden. Einige Vernehmlasser vertraten die Meinung, dass staatliche Tarife notwendig seien, um eine gewisse Transparenz zu gewährleisten, andere wiederum hielten Empfehlungen für unnötig oder sogar kontraproduktiv¹³⁹. Die Mehrheit der Vernehmlasser, die sich zu dieser Frage geäußert haben, waren für eine Liberalisierung der Honorare, auch wenn die Meinungen über das zu bevorzugende System auseinander gingen¹⁴⁰.

In der Praxis besteht heute schon ein Wettbewerb. Selbst wenn staatliche Tarife existieren, können im gleichen Kanton bemerkenswerte Unterschiede in der Berechnung der Honorare festgestellt werden, da diese Tarife flexibel sind und grosses Ermessen bei der Art und Weise der Berechnung der Honorare zulassen. Dies relativiert die Bedeutung solcher staatlicher Tarife.

Auf Grund der unterschiedlichen Meinungen der Vernehmlasser und der geringen Beziehung zwischen Freizügigkeit und Honorare, wird darauf verzichtet, im vorliegenden Gesetzesentwurf den Kantonen eine einheitliche Regelung im Bereich der Honorare zu auferlegen. Jeder Kanton kann bei der Revision seines

¹³⁸ Benoît Chappuis, Signification et fonction des règles déontologiques, in *Droit suisse des avocats*, Walter Fellmann éd., Bern 1998, S. 140.

¹³⁹ Vier Kantonsregierungen (LU, TG, UR, OW) finden, dass die Rechtssuchenden aus Transparenzgründen zum Voraus abschätzen können sollen, was sie die anwaltliche Vertretung ungefähr kosten wird. Es brauche deshalb staatliche Tarife und keine unverbindlichen Empfehlungen. Die Regierungen der Kantone TG und UR sprachen sich ebenfalls dafür aus, dass die Kantone weiterhin Tarife erlassen können. Die Kantonsregierung NE findet demgegenüber, dass die Kantone nur die Möglichkeit und nicht die Verpflichtung zum Erlass von Empfehlungen haben sollten. Die Regierung des Kantons BE hält die staatlichen Tarife für die unentgeltliche Prozessführung und die amtliche Verteidigung für notwendig. Vier Kantonsgerichte (BS, OW, SG, TG) ziehen ebenfalls eine Lösung mit staatlichen Tarifen vor (vorbehältlich jedoch der Vereinbarung eines tieferen Honorars zwischen Anwältin oder Anwalt und der Klientschaft).

¹⁴⁰ Obwohl der Kanton AG noch Zwangstarife kennt, findet die Regierung AG, dass eine staatliche Intervention in diesem Bereich kontraproduktiv ist. Sie ist deshalb gegen eine Regelung, auch wenn sie unverbindlich ist. Für die Kantonsregierung SO soll es Sache der Berufsorganisationen bleiben, Tarife im Rahmen des Kartellgesetzes aufzustellen; ob der Tarif "richtig" ist, soll der Markt entscheiden. Vier Kantonsgerichte (AG, BL, GL, SO) sind gegen Empfehlungen für die Honorare. Nach Ansicht des Kantonsgerichts AG stehen staatliche Honorarempfehlungen dem freien Wettbewerb entgegen. Das Kantonsgericht GL vertritt dieselbe Ansicht und ist sowohl gegen staatliche Tarife als auch gegen Empfehlungen. Das Kantonsgericht BL hält staatliche Tarife hingegen für notwendig für die unentgeltliche Prozessführung und die Pflichtverteidigung. Das Kantonsgericht GL wünscht zudem für den Fall, dass staatliche Empfehlungen vorgesehen werden, dass die Funktion im Gesetz klarer herausgearbeitet wird. Eine politische Partei (CVP) schlägt vor, diese Bestimmung zu streichen, da ihr das System wenig klar erscheint.

Anwaltsgesetzes das Problem der Honoare prüfen und das System wählen, das ihm am besten erscheint.

18 Abschreibung eines parlamentarischen Vorstosses

Das Postulat 94.335 Stamm Luzi "Interkantonale Freizügigkeit beim Rechtsanwaltsberuf", das vom Nationalrat am 20. Dezember 1995 als Motion angenommen und vom Ständerat am 3. Juni 1996 in ein Postulat umgewandelt worden ist, kann abgeschrieben werden. Der vorliegende Gesetzesentwurf erfüllt die Anliegen des Postulats vollumfänglich, indem es allen Anwältinnen und Anwälten, die in einem Anwaltsregister eingetragen sind, erlaubt, den Anwaltsberuf in irgendeinem Kanton ohne Kosten oder Formalitäten auszuüben. Aus den unter Ziffer 16 dargelegten Gründen verzichtet das Anwaltsgesetz allerdings darauf, ein eidgenössisches Register einzurichten, um dieses Ziel zu erreichen.

2 Besonderer Teil

21 Bemerkungen zur Terminologie

Die Begriffe "Fähigkeitsausweis", "Patent" und "Berufsausübungsbewilligung" können in den kantonalen Gesetzgebungen verschiedene Bedeutungen haben. Es muss deshalb präzisiert werden, welchen Sinn sie im vorliegenden Gesetz haben. Die folgenden Definitionen sind von der Lehre¹⁴¹ und der Mehrheit der Kantone entwickelt worden.

Unter "Fähigkeitsausweis", dem in Artikel 33 BV verwendeten Begriff, wird der Ausweis verstanden, mit dem das theoretische und praktische Fachwissen bestätigt wird. Das "Patent" dagegen wird nach Prüfung der fachlichen Kenntnisse und gewisser persönlicher Voraussetzungen (guter Ruf, Zahlungsfähigkeit usw.) erteilt. Der Begriff "Berufsausübungsbewilligung" schliesslich bezeichnet die Ermächtigung einer Anwältin oder eines Anwalts, in einem anderen Kanton als dem, in welchem sie oder er das Anwaltspatent erhalten hat, Parteien vor Gericht vertreten zu dürfen¹⁴².

22 Konzept des Gesetzes

Das Anwaltsgesetz gewährleistet die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz und legt gewisse Grundsätze und Mindestanforderungen für die Ausübung des Anwaltsberufs fest. Das allgemeine Konzept des Gesetzes geht von den Umstrukturierungen aus, die für die Verwirklichung des Grundsatzes der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und die Aufhebung der kantonalen Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung notwendig sind. Wenn die in einem kantonalen Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte ohne vorgängige Kontrolle

¹⁴¹ Vgl. Wolffers, S. 63; vgl. auch Rothenbühler, S. 59.

¹⁴² Einige Kantone erteilen diese Berufsausübungsbewilligung in Form des eigentlichen kantonalen Patents (vgl. beispielsweise Art. 36 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24. September 1978 des Kantons Graubünden).

durch die andern kantonalen Behörden ihren Beruf auf dem ganzen Gebiet der Schweiz frei ausüben können und Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU unter gewissen Bedingungen in der Schweiz tätig sein können, sollten gewisse Punkte auf Bundesebene vereinheitlicht werden:

- die Voraussetzungen der interkantonalen Freizügigkeit für Inhaberinnen und Inhaber von kantonalen Anwaltspatenten;
- die kantonalen Anwaltsregister;
- die Berufsregeln;
- die Disziplinaraufsicht;
- die Regelung der Berufsbezeichnung;
- Zugang zum Anwaltsberuf für Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind.

Da kein eidgenössisches Anwaltspatent vorgesehen ist, müssen die kantonalen Strukturen für die Disziplinaraufsicht beibehalten und harmonisiert werden. Das Anwaltsgesetz geht von kantonalen Aufsichtsbehörden aus. An Stelle des Systems mit den Berufsausübungsbewilligungen sieht das Anwaltsgesetz einen Ausbau der kantonalen Anwaltsregister vor sowie den Austausch von Informationen über die im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte. Diese Register werden von den Behörden geführt, die mit der Disziplinaraufsicht betraut sind.

23 Kommentar zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen

231 Gegenstand und Geltungsbereich (1. Abschnitt)

231.1 Gegenstand (Art. 1)

Die interkantonale Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird heute in Artikel 5 UeB BV und im Binnenmarktgesetz gewährleistet. Künftig soll das Anwaltsgesetz diese Freizügigkeit für Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, in der ganzen Schweiz garantieren (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3). Es legt zudem die wichtigsten Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest.

Das Anwaltsgesetz will die kantonalen Anwaltsgesetzgebungen nicht vollständig ersetzen. Diese bleiben weiterhin notwendig. Mit dem neuen Gesetz sollen gewisse Punkte vereinheitlicht werden, weil die bis heute im Zeitpunkt der Ausstellung der Berufsausübungsbewilligungen durch die Kantone ausgeübte Kontrolle der Anwältinnen und Anwälte wegfällt.

Der Abschluss der Vertragsverhandlungen mit der EU, namentlich das Abkommen über den freien Personenverkehr hat zur Folge, dass das relevante Gemeinschaftsrecht (Richtlinien 77/249/EWG, 89/48/EWG und 98/5/EG, vgl. Ziff. 14) im schweizerischen Recht umgesetzt werden muss. Diese Umsetzung hat im Wesentlichen auf Bundesebene zu erfolgen. Deshalb bestimmt der vorliegende Gesetzesentwurf nach

Artikel 1 Absatz 2 die Modalitäten für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden durch Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind.

231.2 Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2)

Das Anwaltsgesetz gilt nur für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und im Rahmen des vom kantonalen Recht definierten Monopols tatsächlich Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten¹⁴³. Es handelt sich um Anwältinnen und Anwälte, die unabhängig arbeiten (zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. Ziff. 172.1). Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes umfasst folglich nicht alle Personen mit einem Anwaltspatent. In zahlreichen Fällen üben Anwältinnen und Anwälte eine Tätigkeit als Richter oder Gerichtsschreiber aus, arbeiten in Verwaltungen oder sind Angestellte von Banken, Treuhandgesellschaften usw.; diese werden sich demnach nicht ins Register eintragen lassen und nicht der Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterstehen. Dieses Gesetz findet auch keine Anwendung für Anwältinnen und Anwälte, die keine Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, sondern nur rechtsberatend tätig sein wollen, und die sich nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eintragen lassen. Diese können folglich in ihrem Titel auch nicht erwähnen, dass sie im Register eingetragen sind; dies wird sie in den Augen der Öffentlichkeit von den Anwältinnen und Anwälten unterscheiden, die im Register eingetragen sind.

Die Kompetenz zur Festlegung des Tätigkeitsbereichs vor den kantonalen Gerichtsbehörden, der zum "Anwaltsmonopol" gehört, liegt nach wie vor bei den Kantonen. Ermächtigen gewisse Kantone Anwältinnen und Anwälte, die beispielsweise von Banken, Treuhandgesellschaften oder Rechtsschutzversicherungen angestellt sind, zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden, sind diese Anwältinnen und Anwälte dem vorliegenden Gesetz unterstellt und müssen sich in ein kantonales Register eintragen lassen. In diesem Fall unterstehen sie den Berufsregeln und der Kontrolle durch die kantonalen Aufsichtsbehörden.

Das Gesetz kann auch für Personen gelten, die kein schweizerisches Bürgerrecht besitzen, da ein kantonales Anwaltspatent auch Ausländerinnen und Ausländern erteilt werden kann. Vor einigen Jahren hielt das Bundesgericht kantonale Gesetzgebungen, die das Recht zur Ausübung des Anwaltsberufs nur Schweizer Bürgerinnen und Bürger vorbehielten, noch für verfassungsmässig. Im Jahre 1993 fand jedoch eine Umkehr der Rechtsprechung statt¹⁴⁴. Nach der neuen Auffassung des Bundesgerichts liegt es zwar im öffentlichen Interesse, dass Anwältinnen und Anwälte mit den politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen des Landes vertraut sind. Es geht aber davon aus, dass

¹⁴³ Der Kanton Solothurn kennt kein Monopol für die Parteienvertretung vor Gericht. Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und im Kanton Solothurn Parteien vertreten, werden sich ebenfalls im kantonalen Register eintragen müssen, wenn sie von der interkantonalen Freizügigkeit profitieren wollen.

¹⁴⁴ BGE 119 Ia 35 und Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 1993 in der Rechtssache Tim Brockmann gegen den Staatsrat des Kantons Genf.

Ausländerinnen und Ausländer zum Nachweis zugelassen werden müssten, dass sie die Schweiz wie Schweizer Bürgerinnen und Bürger kennen und ihnen die politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse des Landes ebenso vertraut sind. Das Festhalten am Erfordernis des Schweizerbürgerrechts sei mit der in Artikel 31 BV garantierten Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbar. Im Rahmen dieser Rechtsprechung bleiben die Kantone frei, die übrigen Voraussetzungen zu bestimmen, die für die Erteilung des Anwaltspatents erfüllt sein müssen.

Das Anwaltsgesetz gilt selbstverständlich auch für Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die auf Grund dieses Gesetzes zur gerichtlichen Vertretung von Parteien in der Schweiz zugelassen werden. Zudem gelten die relevanten Bestimmungen des Anwaltsgesetzes (Berufsregeln, Disziplinaraufsicht und -massnahmen) auch für ausländische Anwältinnen und Anwälte, die nicht aus Mitgliedstaaten der EU kommen und die von einem kantonalen Gericht ausnahmsweise zur Parteienvertretung in einer bestimmten Sache zugelassen werden.

232 Interkantonale Freizügigkeit und kantonales Anwaltsregister (2. Abschnitt)

232.1 Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit (Art. 3)

Artikel 3 garantiert Anwältinnen und Anwälten, die in einem kantonalen Register eingetragen sind, die Möglichkeit, in der Schweiz ohne Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Die Kantone können von Anwältinnen und Anwälten, die bereits in einem kantonalen Register eingetragen sind, nicht mehr verlangen, dass sie andere fachliche oder persönliche Voraussetzungen erfüllen als diejenigen, die im Anwaltsgesetz vorgesehen sind. Diese Voraussetzungen werden bei der Eintragung ins kantonale Register geprüft. Sind Anwältinnen und Anwälte einmal eingetragen, können sie ohne weitere Formalitäten in der ganzen Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Will eine Behörde im Zweifelsfall überprüfen, ob eine Person zur Ausübung des Anwaltsberufs zugelassen ist, kann sie sich darüber informieren, indem sie das Register des Kantons konsultiert, in welchem diese Person eingetragen ist (Art. 9 BGFA). Erhalten beispielsweise die Gerichtsbehörden des Kantons X eine Rechtsschrift eines Anwalts, der im Register des Kantons Y eingetragen ist, können sie sich bei der Aufsichtsbehörde des Kantons Y erkundigen, ob der Anwalt dort eingetragen ist und die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind. Die Gerichtsbehörden können sich auch vergewissern, ob der Anwalt nicht disziplinarisch bestraft worden ist. Als Konsequenz dieses Freizügigkeitsgrundsatzes ergibt sich, dass die Kantone berechtigt sind, Anwältinnen und Anwälten, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, die Berechtigung zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu verweigern.

Zwei Vernehmlasser (Kantonsgericht BS und VD) sprachen sich dafür aus, dass Anwältinnen und Anwälte ihren Eintrag in einem kantonalen Register nachweisen sollten, wenn sie das erste Mal vor einer Gerichtsbehörde auftreten. Auf die Verankerung einer solchen Verpflichtung im Gesetz wird jedoch verzichtet. Wenn nötig und im Zweifelsfall können die Gerichtsbehörden verlangen, dass eine Anwältin

oder ein Anwalt den Registereintrag nachweist oder sie können sich direkt bei der Aufsichtsbehörde des Kantons, in dem sie oder er eingetragen ist, darüber informieren.

232.2 Kantonales Anwaltsregister (Art. 4)

Aus den oben dargelegten Gründen (vgl. Ziff. 16) ist auf die Schaffung eines eidgenössischen Anwaltsregisters verzichtet worden; dafür sollen die kantonalen Register gesamtschweizerisch ausgebaut werden. Wegen der Aufhebung der Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung werden die Kantone in Zukunft nicht mehr über Unterlagen verfügen, die nachweisen, dass Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen. Es ist jedoch unerlässlich, dass die kantonalen Behörden nach Artikel 9 nötigenfalls schnell überprüfen können, ob eine Anwältin oder ein Anwalt diese Voraussetzungen erfüllt. Der Aufbau des Anwaltsregisters soll deshalb in allen Kantonen identisch sein.

Jeder Kanton hat ein Register der Anwältinnen und Anwälte zu führen, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, auf dem Kantonsgebiet eine Geschäftsadresse haben und die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 erfüllen. Anwältinnen und Anwälte, die gelegentlich oder regelmässig in einem Kanton gerichtlich tätig sind, dort aber kein Anwaltsbüro haben, müssen nicht im Register eingetragen sein. Personen mit einem Anwaltspatent, die nicht unabhängig sind - und die deshalb nicht zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen sind - werden ebenfalls nicht im Register aufgeführt und auch nicht der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellt. Lassen hingegen gewisse Kantone unter bestimmten Voraussetzungen angestellte Anwältinnen und Anwälte zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu, müssen sich diese im Register eintragen lassen und unterstehen dann auch der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde.

Artikel 4 Absatz 2 BGFA präzisiert den Inhalt des Registers. Es handelt sich um gewisse persönliche Daten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe a des Datenschutzgesetzes (DSG, SR 235.1): den Namen, den Vornamen, das Geburtsdatum, den Heimatort für Schweizer Anwältinnen und Anwälte oder die Staatsangehörigkeit für Anwältinnen und Anwälte, die das Schweizer Bürgerrecht nicht besitzen, eine Kopie des Anwaltspatents (aus welcher die Berufsbezeichnung der Anwältin oder des Anwalts ersichtlich ist), die Bescheinigungen, welche belegen, dass die Voraussetzungen nach Artikel 7 erfüllt sind, die Geschäftsadressen sowie gegebenenfalls den Namen des Anwaltsbüros, in dem sie arbeiten (verfügen die Anwältinnen und Anwälte auch in einem anderen Kanton über ein Anwaltsbüro, muss dieses ebenfalls angegeben werden) und schliesslich die nicht gelöschten Disziplinar massnahmen. Nach Artikel 14 Absatz 3 wird die Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register eine Anwältin oder ein Anwalt eingetragen ist, über die in einem anderen Kanton ausgesprochenen Disziplinar massnahmen informiert und trägt diese, sobald sie in Kraft getreten sind, ins Register ein.

Schliesslich bestimmt Artikel 4 Absatz 3 BGFA, dass das Anwaltsregister von der Aufsichtsbehörde geführt wird. Damit sowohl die Aufsicht über die Anwältinnen und

Anwälte als auch die Mitteilung von Informationen über sie möglichst einfach durchgeführt werden können, ist es wünschbar, dass eine einzige kantonale Behörde mit der Aufsicht und der Führung des Registers betraut ist.

232.3 Eintragung ins Register (Art. 5)

Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, müssen sich ins Register eintragen lassen, sobald sie über eine Geschäftsadresse (Anwaltsbüro) in einem Kanton verfügen. Das Kriterium für die Eintragung in ein kantonales Register ist demnach die geografische Lage des Anwaltsbüros und nicht der Herkunftsort des Anwaltspatents. Eine Person, die im Kanton X ihr Anwaltspatent erworben hat und ein Anwaltsbüro im Kanton Y einrichtet, wird nur im Kanton Y eingetragen. Hat sie mehrere Anwaltsbüros, so hat sie sich in dem Kanton eintragen zu lassen, in dem sie ihr Hauptbüro hat.

Der Vernehmlassungsentwurf sah vor, dass die Anwältinnen und Anwälte sich in jedem Kanton eintragen lassen mussten, in dem sie eine Geschäftsadresse haben. Die Anwältinnen und Anwälte, die in mehreren Kantonen eine Geschäftsadresse haben¹⁴⁵, hätten sich in all diesen Kantonen eintragen lassen müssen, damit es nicht zwei Anwaltskategorien innerhalb desselben Kantons gegeben hätte: diejenigen, die in diesem Kanton ihre Hauptkanzlei führen und diejenigen, die hier eine "Zweitadresse" haben. Der vorliegende Gesetzesentwurf verzichtet auf diese Lösung, da er gegenüber dem Vernehmlassungsentwurf in zwei Punkten geändert worden ist: Einerseits werden die Berufsregeln nun auf eidgenössischer Ebene vereinheitlicht (Art. 11); andererseits gilt ein Berufsausübungsverbot, das eine Aufsichtsbehörde eines Kantons angeordnet hat, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt nicht eingetragen ist, nun auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (Art. 16).

Das Gesetz sieht keine ausdrückliche Strafe vor für Anwältinnen und Anwälte, die sich in keinem Register eintragen lassen: Diese Anwältinnen und Anwälte würden sich selbst bestrafen, da ihnen die Möglichkeit verweigert werden könnte, Parteien vor Gerichtsbehörden anderer Kantone zu vertreten.

Es ist denkbar, wenn auch unwahrscheinlich, dass ein Kanton weiterhin Anwaltspatente erteilt, die den Anforderungen nach den Artikeln 6 und 7 BGFA nicht genügen. Ein Kanton könnte Anwältinnen und Anwälte mit einem solchen Anwaltspatent zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zulassen, ohne dass diese das Recht auf Eintragung in ein Anwaltsregister hätten.

Nach Artikel 11 Buchstabe i haben die in einem Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte der registerführenden Behörde - der Aufsichtsbehörde - jede Änderung der sie betreffenden Daten im Register mitzuteilen (Adressänderung, Eröffnung oder

¹⁴⁵ Nach der Statistik des SAV gab es 1998 160 Anwältinnen/Anwälte in der Schweiz, die bei zwei kantonalen Anwaltskammern eingetragen waren und nur drei Anwältinnen/Anwälte, die in drei Kantonen eingetragen waren.

Schliessung eines Anwaltsbüros in einem anderen Kanton usw.). Unterlassen sie diese Mitteilung, haben sie mit einer Disziplinar massnahme zu rechnen, die von der Aufsichtsbehörde ausgesprochen wird.

Die Aufsichtsbehörde prüft, ob die Anwältinnen und Anwälte die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen (Art. 6 und 7 BGFA) erfüllen. Die Verweigerung eines Eintrags wird mit einer Verfügung mitgeteilt. Diese Verfügung kann Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht sein, da sie in Anwendung von Bundesrecht ergeht.

Schliesslich können Kantone, die bereits über Register oder Verzeichnisse mit den notwendigen Angaben über die Anwältinnen und Anwälte mit Geschäftsadresse auf ihrem Gebiet verfügen, darauf verzichten, von den bereits eingetragenen Anwältinnen und Anwälte nochmals Bescheinigungen im Sinne von Artikel 4 zu verlangen.

232.4 Fachliche Voraussetzungen (Art. 6)

Für die Freizügigkeit müssen zwei Arten von Voraussetzungen erfüllt sein: fachliche Voraussetzungen und persönliche Voraussetzungen. Das Anwaltsgesetz legt nur diejenigen Anforderungen fest, welche die Kantone für die Anerkennung der Anwaltspatente anderer Kantone höchstens verlangen können. Für den Erwerb ihres eigenen Anwaltspatents steht es den Kantonen hingegen frei, strengere Anforderungen aufzustellen, da die Ausbildung der Anwältinnen und Anwälte weiterhin in der Zuständigkeit der Kantone bleibt. Damit ein kantonales Anwaltspatent jedoch in anderen Kantonen anerkannt wird, muss es den Voraussetzungen nach Artikel 6 genügen.

232.41 Juristisches Hochschulstudium (Art. 6 Bst. a)

Heute schreiben die meisten Kantone keine Mindestdauer des Studiums vor, sondern verlangen einen Hochschulabschluss (Lizenziat der Rechte), um das für den Erhalt eines Anwaltspatents erforderliche Praktikum antreten zu können¹⁴⁶. Die Dauer der Ausbildung ist somit diejenige, die für die Erwerbung eines Lizenziats der Rechte an einer schweizerischen Hochschule erforderlich ist; sie ist in keinem Fall kürzer als drei Jahre und dauert oft sogar vier Jahre. Der Kanton Graubünden¹⁴⁷ verlangt eine Studiendauer von mindestens drei Jahren, während der Kanton Schwyz eine ausreichende juristische Ausbildung verlangt, "wovon wenigstens vier Semester an schweizerischen Universitäten"¹⁴⁸. Der Kanton Waadt fordert neben dem Lizenziat der Rechte, dass die Anwaltskandidatin oder der Anwaltskandidat eine der drei folgenden Voraussetzungen erfüllt: Ermächtigung zur Verfassung einer Dissertation an einer

¹⁴⁶ AR, OW, SZ und TG verlangen hingegen kein Hochschuldiplom im formellen Sinn.

¹⁴⁷ Art. 3 Ziff. 3 der Verordnung vom 1. Dezember 1955 über den Fähigkeitsausweis und die Berufsausübung der Anwälte.

¹⁴⁸ § 4 Bst. d des Reglements vom 28. Oktober 1952 für die Erteilung und den Entzug des Rechtsanwaltspatentes (GS des Kantons Schwyz 238).

schweizerischen oder ausländischen Rechtsfakultät, ein nach mindestens zwei Semestern abgeschlossenes juristisches Nachdiplomstudium an einer schweizerischen oder ausländischen Hochschule oder eine mindestens zweijährige anerkannte juristische Praxis¹⁴⁹. Die Voraussetzung einer juristischen Ausbildung von mindestens drei Jahren, die mit einem Hochschuldiplom abgeschlossen wird, sollte folglich in den meisten Kantonen keine praktischen Probleme bieten. Sie entspricht den Anforderungen der Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen (vgl. Ziff. 14). Um dieser Richtlinie Rechnung zu tragen, müssen die Kantone auch Angehörige von Mitgliedstaaten der EU zum Praktikum zulassen, wenn diese über ein Hochschuldiplom eines Mitgliedstaats der EU auf Grund eines mindestens dreijährigen Studiums verfügen.

232.42 Praktikum (Art. 6 Bst. b)

In den deutschschweizerischen Kantonen beträgt die Minstdauer des Praktikums in der Regel ein Jahr. Die Kantone Bern und Thurgau schreiben eine Dauer von 18 Monaten vor. Die welschen Kantone und der Kanton Tessin fordern hingegen eine Dauer von zwei Jahren. Ein einziger Kanton, nämlich Obwalden, begnügt sich mit einem sechsmonatigen Praktikum, auch wenn die Kandidatinnen und Kandidaten in der Praxis oft ein einjähriges Praktikum absolvieren. Das Anwaltsgesetz sieht deshalb ein mindestens einjähriges Praktikum vor. Folglich muss nur der Kanton Obwalden seine Gesetzgebung in diesem Punkt anpassen, damit sein Anwaltspatent den Anforderungen des Anwaltsgesetzes entspricht.

Die welschen Kantone und der Kanton Tessin sind der Auffassung, dass diese Praktikumsdauer zu kurz ist, während die deutschschweizerischen Kantone eine länger dauernde Hochschulausbildung vorziehen würden (vgl. Ziff. 16). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Anwaltsgesetz nur die Anforderungen festlegt, die ein Kanton von den Anwältinnen und Anwälten, die ihr Patent in einem anderen Kanton erworben haben, höchstens verlangen kann. Bereits heute erteilen die welschen Kantone Anwältinnen und Anwälten aus Kantonen, in denen die Dauer des Praktikums nur ein Jahr beträgt, die Bewilligung zur Berufsausübung. Da die welschen Kantone und der Kanton Tessin zudem frei bleiben, für den Erwerb ihres eigenen Anwaltspatents eine längere Praktikumsdauer vorzuschreiben, brauchen die Anforderungen an das Praktikum für die interkantonale Anerkennung des Anwaltspatents nicht erhöht zu werden. Dies hätte zudem zur Folge, dass die Praktikumsdauer für die Mehrheit der Kantone verlängert würde. Dieselben Überlegungen können den deutschschweizerischen Kantonen, die eine längere Studiendauer als drei Jahre bevorzugen würden, entgegengehalten werden. Im Übrigen wäre die Voraussetzung eines Studiums von mehr als drei Jahren nicht mit der Richtlinie 89/48/EWG vereinbar.

¹⁴⁹ Art. 20 des waadtländischen Anwaltsgesetzes vom 22. November 1944.

Der Vernehmlassungsentwurf sah vor, dass Kantone, in denen Italienisch Amtssprache ist (Tessin und Graubünden), ausnahmsweise ein dem Lizenziat gleichwertiges Diplom einer italienischen Hochschule hätten anerkennen können. Es ist in der Tat wünschbar, dass Personen mit italienischer Muttersprache ihre Ausbildung in ihrer Sprache absolvieren können. Dies ist in der Schweiz zurzeit nicht möglich. Der Kanton Tessin lässt zum Anwaltspraktikum bereits heute Personen zu, die ihr juristisches Diplom in Italien erworben haben. Auf Grund des bilateralen Vertrags über die Personenfreizügigkeit mit der EU und der neuen Formulierung von Artikel 6 des vorliegenden Gesetzesentwurfs ist es nicht mehr nötig, eine spezielle Ausnahme für Kantone vorzusehen, in denen Italienisch Amtssprache ist.

Das Praktikum, das in der Schweiz zu absolvieren ist, muss mit einem Examen über die theoretischen und praktischen Rechtskenntnisse abgeschlossen werden.

232.5 Persönliche Voraussetzungen (Art. 7)

Wie bei den fachlichen Voraussetzungen bleiben die Kantone grundsätzlich frei, eine Reihe von persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Anwaltpatents zu verlangen. Im Zusammenhang mit der interkantonalen Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und im Zeitpunkt der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister sind jedoch einzig die persönlichen Voraussetzungen nach Artikel 7 des Anwaltsgesetzes massgebend. Diese entsprechen jedoch praktisch weitgehend den persönlichen Voraussetzungen, die von den Kantonen heute schon verlangt werden¹⁵⁰.

232.51 Handlungsfähigkeit (Art. 7 Bst. a)

Mehrere kantonale Gesetze schreiben ausdrücklich vor, dass die Anwältinnen und Anwälte handlungsfähig sein müssen. Die einhellige Lehre ist der Auffassung, dass das Erfordernis der Handlungsfähigkeit selbst dann gefordert werden kann, wenn es in der kantonalen Gesetzgebung nicht ausdrücklich erwähnt wird¹⁵¹. Es wäre in der Tat unverständlich, dass eine Person eine andere vertreten könnte, wenn sie nicht einmal in der Lage wäre, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu besorgen. Da es theoretisch möglich ist, dass eine Anwältin oder ein Anwalt die übrigen persönlichen Voraussetzungen erfüllt, aber für handlungsunfähig erklärt worden ist, muss die Voraussetzung der Handlungsfähigkeit in das Gesetz aufgenommen werden. Die Handlungsfähigkeit muss jedoch nicht bewiesen werden; sie wird vielmehr vermutet.

232.52 Keine strafrechtliche Verurteilung, wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind (Art. 7 Bst. b)

Das Vertrauensverhältnis, das zwischen einer Anwältin oder einem Anwalt und der Klientschaft bestehen muss, kann gestört sein, wenn die Anwältin oder der Anwalt nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit bürgt. Allerdings ist nicht jede

¹⁵⁰ Vgl. Rothenbühler, S. 60 f.

¹⁵¹ Vgl. Wolffers, S. 67 und die dort zitierten Hinweise.

strafrechtliche Verurteilung geeignet, dieses Vertrauensverhältnis zu beeinträchtigen. Anwältinnen und Anwälte, die wegen Geschwindigkeitsüberschreitungen gebüsst worden sind, kann das Recht zur Berufsausübung in einem Kanton nicht aus diesem Grund verweigert werden. Es können nur solche Verurteilungen Auswirkungen auf die Ausübung des Anwaltsberufs haben, die mit der Würde dieses Berufs nicht vereinbar sind (zum Beispiel Vermögensdelikte). Das Gesetz bestimmt zudem, dass ein gelöschter Strafregistereintrag einer Anwältin oder einem Anwalt nicht entgegeng gehalten werden kann.

232.53 Guter Leumund (Art. 7 Bst. c)

Es gibt keinen bundesrechtlichen Begriff des "guten Leumunds". Ein guter Leumund ist allerdings eine Bedingung, welche die meisten Kantone für die Ausübung des Anwaltsberufs verlangen¹⁵². Das Bundesgericht erklärte, dass bei der Frage, ob eine Person mit Rücksicht auf ihren Leumund zu einem bestimmten Beruf zuzulassen ist, geprüft werden muss, ob die Lebensführung dieser Person mit einem Makel behaftet ist, der sie für die Ausübung des betreffenden Berufs ungeeignet erscheinen lässt. Diese Prüfung habe auf Grund des aus Artikel 4 BV abgeleiteten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu erfolgen¹⁵³. Der gute Leumund muss somit im Hinblick auf die Natur der Anwaltstätigkeit beurteilt werden. Sind die vorgeworfenen Tatsachen strafrechtlich nicht relevant, muss aber grosse Zurückhaltung geübt werden. Das Bundesgericht ist beispielsweise der Auffassung, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Behörden und einer Anwältin oder einem Anwalt beeinträchtigt ist, wenn die Anwältin oder der Anwalt nicht zögert, sich gewaltsam gegen die verfassungsmässige Ordnung zu stellen¹⁵⁴.

Erteilt ein Kanton kein "Leumundszeugnis" mehr - wie beispielsweise der Kanton Graubünden - ist das Vorhandensein des guten Leumunds zu vermuten, da die Anwältinnen und Anwälte, die sich ins Register eintragen lassen wollen, keine Möglichkeit haben, mit einem Dokument nachzuweisen, dass sie diese Voraussetzung erfüllen.

232.54 Keine gegen sie bestehenden Verlustscheine und kein Konkurs in den vergangenen zehn Jahren (Art. 7 Bst. d und e)

Die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit der Anwältinnen und Anwälte findet sich ebenfalls in mehreren kantonalen Gesetzgebungen. Vertrauen Klientinnen und Klienten ihren Anwältinnen und Anwälten ihr Vermögen an, sollten diese selber zahlungsfähig sein. Anwältinnen und Anwälte sollten in finanzieller Hinsicht alle wünschbaren Garantien geben können. Artikel 26 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁵⁵ sieht ausdrücklich vor, dass die fruchtlose Pfändung

¹⁵² Vgl. Wolfers, S. 72 f.

¹⁵³ BGE 104 Ia 189.

¹⁵⁴ BGE 106 Ia 105.

¹⁵⁵ SR 281.1; AS 1995 1233.

und die Konkurseröffnung öffentlichrechtliche Folgen haben können, wie beispielsweise die Unfähigkeit, einen bewilligungspflichtigen Beruf oder bewilligungspflichtige Tätigkeiten auszuüben. Nach Artikel 7 Buchstabe d BGFA dürfen gegen Anwältinnen und Anwälte weder provisorische noch definitive Verlustscheine bestehen. Nach Artikel 7 Buchstabe e BGFA dürfen diese zudem in den vergangenen zehn Jahren nicht persönlichen Konkurs gemacht haben, auch wenn gegen sie (beispielsweise im Falle eines Nachlassvertrags) keine Verlustscheine ausgestellt worden sind.

232.55 Unabhängigkeit (Art. 7 Bst. f)

Die Aufsichtsbehörde prüft bereits im Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung in das kantonale Anwaltsregister, ob die Anwältin oder der Anwalt in der Lage ist, den Anwaltsberuf völlig unabhängig auszuüben (vgl. Ziff. 172.1).

232.6 Löschung des Registereintrags (Art. 8)

Stellt die Behörde fest, dass eine Anwältin oder ein Anwalt eine der Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllt, hat sie die Löschung des Eintrags von Amtes wegen vorzunehmen. Da die Löschung auf Grund von Bundesrecht vollzogen wird, steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht offen. Die Löschung hat demnach in Form einer Verfügung zu ergehen, gegen welche auf kantonaler Ebene Gerichtsbeschwerde eingereicht werden kann.

232.7 Einsicht in das Register (Art. 9)

Nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b ist die Einsicht in das Anwaltsregister den eidgenössischen und kantonalen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden (im Bundesrecht sind die Gemeindebehörden im Begriff "kantonale Behörden" miteingeschlossen) sowie den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden der Mitgliedstaaten der EU vorbehalten, vor denen eine Anwältin oder ein Anwalt auftritt. Eine Behörde kann folglich nicht grundlos Registereinsicht verlangen. Die Anwältin oder der Anwalt muss sich im Zusammenhang mit der Ausübung des Anwaltsberufs an diese Behörde gewendet haben. Handelt eine Anwältin oder ein Anwalt ausserhalb des Anwaltsberufs als Privatperson, hat die Behörde kein Recht auf Einsicht in das Register. Die kantonalen Aufsichtsbehörden hingegen können uneingeschränkt Registereinsicht verlangen (Art. 9 Bst. c BGFA).

Im Anwaltsgesetz muss vorgesehen werden, dass die betroffenen Personen - die Anwältinnen und Anwälte - in Bezug auf ihren Eintrag im Register Einsicht verlangen können (Art. 9 Bst. d BGFA, analog zu Art. 8 Abs. 1 DSG). Da die kantonalen Register nicht von Bundesstellen geführt werden, gilt das Datenschutzgesetz für die Behandlung der Daten in den kantonalen Register grundsätzlich nicht, es sei denn, die Kantone hätten noch keine Datenschutzbestimmungen erlassen. Nach Artikel 37 Datenschutzgesetz gelten nämlich für das Bearbeiten von Personendaten durch kantonale Organe beim Vollzug von Bundesrecht, soweit keine kantonalen

Datenschutzvorschriften bestehen, die Artikel 1-11, 16-23 und 25 Absätze 1-3 Datenschutzgesetz. Gegenwärtig verfügen sechzehn Kantone¹⁵⁶ über eigene Datenschutzgesetze. Ein Kanton¹⁵⁷ hat einige Mindestbestimmungen in sein Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen. Vier Kantone¹⁵⁸ haben hingegen nur Richtlinien erlassen und fünf Kantone¹⁵⁹ haben überhaupt keine Regelung. Nach Artikel 37 Datenschutzgesetz gilt in diesen neun Kantonen folglich derzeit¹⁶⁰ das Datenschutzgesetz.

Auch wenn der Inhalt des Registers nicht öffentlich ist, sollte jede Person bei der Aufsichtsbehörde anfragen können, ob eine Anwältin oder ein Anwalt im Register eingetragen ist und ob gegen sie oder ihn ein Berufsausübungsverbot verhängt ist. Eine Klientschaft, selbst eine potenzielle, muss sich vergewissern können, ob die Anwältin oder der Anwalt, die oder den sie konsultiert, befähigt ist, den Beruf auszuüben. Ein Berufsausübungsverbot muss im Zeitpunkt der Antwort allerdings wirksam sein; ein früher ergangenes provisorisches Verbot darf nicht mitgeteilt werden.

Die Aufsichtsbehörde kann zudem eine Liste mit den im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte veröffentlichen. Mehrere Kantone veröffentlichen bereits heute auf unterschiedliche Arten Listen mit den Anwältinnen und Anwälten, die zur Berufsausübung zugelassen sind¹⁶¹. Jede Person kann sich folglich bei der Aufsichtsbehörde vergewissern, dass eine Anwältin oder ein Anwalt, die oder der vorgibt, im Register eingetragen zu sein, es tatsächlich auch ist.

232.8 Berufsbezeichnung (Art. 10)

Während in der welschen Schweiz die Anwältinnen und Anwälte alle dieselbe Berufsbezeichnung haben, findet man in der deutschen Schweiz je nach Kanton unterschiedliche Titel: "Rechtsanwalt", "Anwalt", "Fürsprecher", "Fürsprech" oder "Advokat". Will sich beispielsweise eine Person, welche die Berufsbezeichnung "Fürsprecher" erhalten hat, ins Register eines Kantons eintragen lassen, in dem die Berufsbezeichnung "Rechtsanwalt" lautet, sollte sie die Möglichkeit haben, den gleichwertigen Titel dieses Kantons zu verwenden. Nach dem Anwaltsgesetz ist das Recht, die Berufsbezeichnung eines Kantons zu verwenden, vom Registereintrag abhängig. Anwältinnen und Anwälte, die nur gelegentlich in einem anderen Kanton Parteien vor Gericht vertreten, in dem sie nicht eingetragen sind, dürfen die Berufsbezeichnung dieses Kantons nicht verwenden.

¹⁵⁶ BBl 1997 I 723.

¹⁵⁷ St. Gallen.

¹⁵⁸ Solothurn, Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Aargau.

¹⁵⁹ Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell Innerrhoden.

¹⁶⁰ In Nidwalden, Glarus, Zug, Solothurn und Graubünden wird ein Gesetz ausgearbeitet.

¹⁶¹ Beispielsweise veröffentlicht der Kanton Neuenburg jedes Jahr im offiziellen Jahrbuch der Republik und des Kantons Neuenburg die Liste der offiziell beim rôle officiel du barreau eingetragenen Anwältinnen und Anwälte. Die Liste der Anwältinnen und Anwälte anderer Kantone, die zur Parteienvertretung zugelassen sind, können beim Kantonsgericht angefordert werden.

Damit erkennbar ist, dass eine Anwältin oder ein Anwalt in einem Register eingetragen ist und dass sie oder er folglich die Berufsregeln einzuhalten hat, muss sie oder er im Geschäftsverkehr den Registereintrag angeben. Um den Gewohnheiten und der Praxis in den welschen Kantonen Rechnung zu tragen, sollen Anwältinnen und Anwälte auch die Zugehörigkeit zu einem "barreau" statt dem Registereintrag erwähnen dürfen. Diese Möglichkeit bezieht sich demnach nur auf den französischen Text des Anwaltsgesetzes.

Die Berufsbezeichnung für Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU sind in den Artikeln 22 (im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs), 27 (im Rahmen der ständigen Ausübung des Anwaltsberufs unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung) und 32 (nach dem Registereintrag) geregelt.

Eine Regelung der Berufsbezeichnung für ausländische Anwältinnen und Anwälte, die nicht aus Mitgliedstaaten der EU kommen, ist nicht nötig. Es gibt zurzeit zwei mögliche Fallbeispiele: Sind erstens ausländische Anwältinnen und Anwälte im Rahmen des GATS tätig, sind sie von der monopolisierten Anwaltstätigkeit ausgeschlossen und können nur Rechtsberatung im internationalen Recht und im Recht ihres Herkunftsstaats vornehmen. Nach Artikel 2 BGFA unterstehen sie diesem Gesetz nicht. Zweitens können ausländische Anwältinnen und Anwälte, die nicht aus Mitgliedstaaten der EU kommen, ausnahmsweise von einem Kanton die Bewilligung zur Vertretung von Parteien vor Gericht erhalten. Sie kommen jedoch nicht in den Genuss der interkantonalen Freizügigkeit und können demnach in den anderen Kantonen nicht Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Es handelt sich folglich um ein ausschliesslich kantonales Problem.

233 Berufsregeln und Disziplinaufsicht (3. Abschnitt)

233.1 Allgemeines

Die Berufsregeln sind von den Standesregeln zu unterscheiden¹⁶². Die Berufsregeln werden von einer Behörde erlassen, um einen bestimmten Beruf im öffentlichen Interesse zu reglementieren. Die Standesregeln hingegen werden von den Berufsorganisationen (Anwaltsverbände, Anwaltskammern) beschlossen. Während die Berufsregeln für alle praktizierenden Anwältinnen und Anwälte gelten, sind die Standesregeln nur für Mitglieder der betreffenden Berufsorganisation direkt anwendbar¹⁶³. 1974 hat der SAV "Richtlinien für die Pflichten-Codices der kantonalen Anwaltsverbände" erlassen. In diesem Zusammenhang sind auch die "Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft"¹⁶⁴ zu erwähnen, die von den

¹⁶² Vgl. Wolffers, S. 11 ff.; Rothenbühler, S. 55 ff.

¹⁶³ Im Kanton Tessin und im Kanton Jura sind die Anwaltsverbände öffentlichrechtlicher Natur und der Beitritt ist obligatorisch. Die Standesregeln gelten deshalb für alle Anwältinnen und Anwälte. Im Kanton Bern fordert Artikel 8 des Gesetzes über die Fürsprecher, dass die Fürsprecherinnen und Fürsprecher "die allgemein anerkannten Regeln ihres Berufsstandes und des kollegialen Verhaltens" befolgen; ist eine Standesregel tatsächlich eine allgemein anerkannte Regel, gilt sie folglich für alle Anwältinnen und Anwälte.

¹⁶⁴ Vgl. Statuten und Richtlinien des SAV, Heft Nr. 90, S. 56.

Delegationen der Mitgliedstaaten, welche die Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (Conseil des barreaux de la Communauté Européenne, CCBE) vertreten, angenommen worden sind. Diese Standesregeln sind vom SAV übernommen worden. Sie gelten für die Beziehungen zwischen den Schweizer Anwältinnen und Anwälten und den Anwältinnen und Anwälten der EU.

In der Praxis sind die Berufsregeln allerdings oft sehr allgemein formuliert und werden im Lichte der Standesregeln ausgelegt. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass die Standesregeln von den Aufsichtsbehörden in dem Masse herangezogen werden können, als sie eine Präzisierung des Inhalts der Berufsregeln erlauben¹⁶⁵. Ein einfacher Verweis in einem kantonalen Gesetz auf die Standesregeln führt jedoch zu gewissen Problemen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage¹⁶⁶. Indem das vorliegende Anwaltsgesetz die Berufsregeln für die Anwaltstätigkeit auf Bundesebene festlegt, trägt es zur Klärung der Beziehung zwischen den Berufsregeln und den Standesregeln in der ganzen Schweiz bei. Eine solche Vereinheitlichung drängt sich umso mehr auf, als mit dem Abschluss der bilateralen Verhandlungen Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU nach den Modalitäten der Richtlinien 77/249/EWG, 89/48/EWG und 98/5/EG auf dem Gebiet der Schweiz praktizieren werden können. Aus Transparenzgründen sollten auch nicht mehr 26 verschiedene kantonale Regelungen nebeneinander bestehen - weder der Form noch dem Inhalt nach; diese sollten vielmehr durch eine klare Regelung ersetzt werden, die sich auf das Wesentliche beschränkt. Die Standesregeln sind nach wie vor nützlich, um die eidgenössischen Berufsregeln und die Verpflichtungen der Anwältinnen und Anwälte bei der Mandantsführung zu präzisieren.

233.2 Berufsregeln (Art. 11)

Das Anwaltsgesetz vereinheitlicht auf Bundesebene die Berufsregeln für den Anwaltsberuf abschliessend (vgl. Ziff. 172.2).

233.21 Unabhängigkeit (Art. 11 Bst. a)

Die Problematik der Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist unter Ziffer 172.1 umfassend erläutert worden. Das Anwaltsgesetz schliesst grundsätzlich nicht aus, dass angestellte Anwältinnen und Anwälte ins Register eingetragen werden können, solange kein Konflikt zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Interessen der Klientschaft entstehen kann. Der Status angestellter Anwältinnen und Anwälte kann allerdings ein Risiko für die Interessen der Klientinnen und Klienten darstellen. Es ist deshalb wichtig, dass die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte objektiv gewährleistet werden kann. Eine formelle Garantie dieser Unabhängigkeit im Arbeitsvertrag genügt nicht, wenn der Arbeitgeber objektiv ein direktes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat¹⁶⁷. Es ist jedoch zu betonen, dass

¹⁶⁵ BGE 98 Ia 356 E. 3.

¹⁶⁶ Vgl. Dominique Dreyer, L'avocat dans la société actuelle, ZSR 115/1996, S. 504.

¹⁶⁷ BGE 123 I 193; vgl. auch franz Werro, Les conflits d'intérêt de l'avocat, in Droit suisse des avocats, W.

die Forderung der Unabhängigkeit sich nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses stellt. Anwältinnen und Anwälte haben im Allgemeinen jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Interessen von Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu vermeiden.

Das Anwaltsgesetz stellt den Grundsatz auf, dass alle Anwältinnen und Anwälte zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, sobald sie nach kantonalem Recht zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen sind. Auch angestellte Anwältinnen und Anwälte sind verpflichtet, unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung zu handeln. Werden in einem Unternehmen angestellte Anwältinnen und Anwälte auf Grund der "liberalen" Praxis eines Kantons in dessen Anwaltsregister eingetragen, können die anderen Kantone ihnen das Recht zur Parteienvertretung auf ihrem Gebiet nicht auf Grund der Tatsache, dass sie angestellt sind, verweigern. Die Unabhängigkeit wird vermutet, sobald ein Kanton zulässt, dass Anwältinnen und Anwälte in dem ihnen vorbehaltenen Monopolbereich tätig werden. Bestehen Zweifel an der Unabhängigkeit einer Anwältin oder eines Anwalts, kann die Aufsichtsbehörde ein Disziplinarverfahren eröffnen.

233.22 Berufsgeheimnis (Art. 11 Bst. b)

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, die wichtigsten Elemente zu bestimmen, die das Berufsgeheimnis begründen und rechtfertigen¹⁶⁸. Das Berufsgeheimnis liegt sowohl im Interesse der Klientschaft, die sich ganz auf die Diskretion ihrer Anwältin oder ihres Anwalts verlassen können muss, als auch im Interesse der Anwältinnen und Anwälte selbst und in demjenigen der Justiz, für welche die Anwältinnen und Anwälte Hilfspersonen sind¹⁶⁹. Nach Artikel 321 des Strafgesetzbuches¹⁷⁰ ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses strafbar.

Die Bestimmung des Umfangs der Tätigkeiten, die unter das Berufsgeheimnis fallen, ist manchmal schwierig. Die Tätigkeit im Rahmen des Anwaltsmonopols ist zweifellos geschützt. So umfasst das Berufsgeheimnis sämtliche der Anwältin oder dem Anwalt anvertrauten Tatsachen und Dokumente, die einen gewissen Bezug zur Ausübung des Anwaltsberufs haben. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁷¹ können sich Anwältinnen und Anwälte, die für eine Klientschaft andere Tätigkeiten als spezifische Anwaltstätigkeiten ausüben, demgegenüber nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen. Wirtschaftliche Tätigkeiten von Anwältinnen und Anwälten, wie beispielsweise die Verwaltung von Gesellschaften und Vermögen, die Betreuung von Fonds, also Tätigkeiten, die auch von Vermögensverwaltern, Treuhändern und Bankiers ausgeübt werden können, werden vom Anwaltsgeheimnis nicht geschützt. Es muss deshalb von

Feldmann éd., Bern 1998, S. 241.

¹⁶⁸ BGE 112 Ib 607.

¹⁶⁹ BGE 117 Ia 348.

¹⁷⁰ SR 311.0.

¹⁷¹ BGE 87 IV 108; BGE 112 Ib 606; BGE vom 11. April 1996 in der Rechtssache K. gegen die Anklagekammer des Kantons Genf.

Fall zu Fall geprüft werden, ob die Tätigkeit der Anwältin oder des Anwalts wirklich spezifisch ist oder ob sie eher zu den Tätigkeiten eines Treuhandbüros, einer Bank oder einer Vermögensverwaltung gehört (vgl. auch Ziff. 13).

Nach Artikel 101 des Obligationenrechts (OR)¹⁷² sind Anwältinnen und Anwälte für den Schaden verantwortlich, den Hilfspersonen bei der Erfüllung der anvertrauten Aufgabe begehen. Artikel 11 Buchstabe b BGFA auferlegt den Anwältinnen und Anwälten deshalb die Pflicht, dafür zu sorgen, dass ihre Hilfspersonen das Berufsgeheimnis wahren. Der Begriff der Hilfsperson ist mit demjenigen in Artikel 101 OR identisch.

233.23 Werbung (Art. 11 Bst. c)

Die Frage der Werbung für Anwältinnen und Anwälte war in der Lehre bereits Gegenstand zahlreicher Ausführungen und Kontroversen¹⁷³. Die Tendenz geht allerdings in Richtung einer klaren Lockerung des grundsätzlichen Verbots. Zahlreiche Faktoren tragen hierzu bei¹⁷⁴:

- Ein Teil der Anwaltstätigkeit, der immer wichtiger wird, betrifft die Rechtsberatung, für die kein Anwaltsmonopol besteht; die Anwältinnen und Anwälte fühlen sich gegenüber den Treuhandbüros und den Banken deshalb benachteiligt¹⁷⁵;
- Anwältinnen und Anwälte der Kantone, in denen Werbung verboten ist, sind gegenüber ihren Kolleginnen und Kollegen, die in Kantonen mit einer liberaleren Praxis arbeiten, diskriminiert; der Wettbewerb unter den Anwältinnen und Anwälten, eine unmittelbare Folge der Freizügigkeit, ist deshalb verfälscht;
- für die Klientschaft macht es die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte notwendig, Informationen zu erhalten, um eine Anwältin oder einen Anwalt in Kenntnis der Sache auswählen zu können;
- ein Werbeverbot ist mit dem Kartellgesetz nicht vereinbar¹⁷⁶;
- in den meisten europäischen Staaten hat in den letzten Jahren in diesem Bereich eine klare Liberalisierung stattgefunden, namentlich in Deutschland, in Grossbritannien, in Irland, in den Niederlanden und in Dänemark; nur Italien, Spanien, Portugal und Griechenland kennen noch ein absolutes Werbeverbot¹⁷⁷.

Ein generelles Werbeverbot ist folglich weder für Anwältinnen und Anwälte noch für die Klientschaft mehr zu rechtfertigen. Es besteht folglich kaum mehr ein öffentliches

¹⁷² SR 220.

¹⁷³ Vgl. insbes. Wolffers, S. 150ff.; Dreyer, S. 459ff.; Mirco Ros, Anwalt und Werbung - Ein Tabu im Wandel der Zeit, in *Droit suisse des avocats*, W. Fellmann éd., Bern 1998, S., 307.

¹⁷⁴ Vgl. Philippe Richard, La publicité personnelle de l'avocat, in *Droit suisse des avocats*, W. Fellmann éd., Bern 1998, S. 327ff.

¹⁷⁵ Max Oesch, Bekanntmachung der Tätigkeitsgebiete der Rechtsanwälte, in: *Der Schweizer Anwalt*, 145/1993, S. 5ff.

¹⁷⁶ Pierre Tercier, Les avocats et la concurrence, in: *Der Schweizer Anwalt*, 160/1996, S. 12ff.

¹⁷⁷ Vgl. Ros, S. 318ff.

Interesse an einem Werbeverbot. Die Möglichkeit, Hinweise auf Spezialisierungen in die Anwaltsverzeichnisse aufzunehmen, besteht in einigen Kantonen bereits, in anderen Kantonen hingegen nicht¹⁷⁸. In Bezug auf die Standesregeln hat der SAV am 6. Juni 1997 Ziffer 6 seiner Richtlinien geändert, die nun lautet: "Die anwaltliche Werbung ist innerhalb der eidgenössischen und kantonalen gesetzlichen Schranken unter Wahrung der Würde des Anwaltsberufes und Respektierung des Berufsgeheimnisses erlaubt. Es bleibt den kantonalen Verbänden vorgehalten, im Rahmen dieser Grundsätze präzisierende Vorschriften zu erlassen."¹⁷⁹ Die Standesregeln der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (CCBE) beschränken sich darauf, den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten die persönliche Werbung zu verbieten, "*wo dies unzulässig ist*" (Ziff. 2.6). Im Mai 1997 haben die Rechtsanwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft eine Empfehlung betreffend die persönliche Werbung von Anwältinnen und Anwälten angenommen. Danach sollen im Bereich der individuellen oder kollektiven Anwaltswerbung sämtliche Anwaltskammern Regeln beschliessen, die der Öffentlichkeit das Recht auf Informationen über die Identität und Qualifikationen der Anwältinnen und Anwälte gewähren. Dabei sollten aber die Grundsätze des Anwaltsberufs, namentlich das Berufsgeheimnis, die Unabhängigkeit, die Zurückhaltung und Würde, streng beachtet werden, ohne jedoch den freien Wettbewerb zu behindern.

Das Anwaltsgesetz trägt diesen neueren Entwicklungen Rechnung und ermöglicht allen in der Schweiz praktizierenden Anwältinnen und Anwälten, Werbung zu machen. In materieller Hinsicht hat diese Werbung jedoch immer objektiv zu bleiben und beispielsweise besondere Kenntnisse, bevorzugte Tätigkeitsbereiche oder Tarife aufzuzeigen. Das Anwaltsgesetz verzichtet auf den Bezug zur "Berufswürde", um die Grenzen der Werbung festzulegen, da dieser Begriff zu unklar ist. Es versteht sich von selbst, dass Anwältinnen und Anwälte bei der Werbung sämtliche Berufsregeln, namentlich das Berufsgeheimnis, wahren müssen.

233.24 Andere Berufsregeln (Art. 11 Bst. d - i)

Artikel 11 Buchstaben d - i betreffen eher technische Punkte, die weitest gehend mit den heutigen kantonalen Regeln übereinstimmen. In gewissem Sinne handelt es sich um eine Kodifikation des kantonalen Rechts. Das Verbot des pactum de quota litis (Bst. d) und die Verpflichtung, eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen (Bst. e) sind in den meisten kantonalen Gesetzen enthalten. Die Verpflichtung, amtliche Pflichtverteidigungen und unentgeltliche Rechtsvertretungen zu übernehmen, wird künftig auf die Kantone beschränkt, in deren Register die Anwältinnen und Anwälte eingetragen sind (Bst. f). Nach Buchstabe g sind sie verpflichtet, die ihnen anvertrauten Gelder getrennt von ihrem Vermögen

¹⁷⁸ Vgl. Lelio Vieli, Spezialisierung oder bevorzugtes Tätigkeitsgebiet - Werbung oder Information, in: Der Schweizer Anwalt, 145/1993, S. 9ff.; Pierre Jomini, L'avocat vaudois et la publicité, in: Der Schweizer Anwalt, 145/1993, S. 14ff.

¹⁷⁹ Die alte Ziffer 6 der Richtlinien des SAV lautete: "*Der Anwalt unterlässt jegliche Reklame und jeglichen Kundenfang. Bei Erklärungen an Radio, Presse oder Fernsehen übt er Zurückhaltung.*"

aufzubewahren. Einerseits haben die Gläubiger einer Anwältin oder eines Anwalts keine Möglichkeit, auf die anvertrauten Gelder zu greifen, wenn diese mit dem persönlichen Vermögen nicht vermischt worden sind. Andererseits müssen die anvertrauten Gelder und das persönliche Vermögen aus fiskalischer Sicht getrennt bleiben. Zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Höhe der Honorare verpflichtet Artikel 11 Buchstabe h die Anwältinnen und Anwälte, ihre Klientinnen und Klienten periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Diese Obliegenheit besteht in einigen Kantonen bereits, manchmal in Form einer Bestimmung, die den Anwältinnen und Anwälten vorschreibt, von ihrer Klientschaft nach Massgabe der Entwicklung des Rechtsstreits ausreichende Vorschüsse zu verlangen. Schliesslich soll die Verpflichtung der Anwältinnen und Anwälte, der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Register mitzuteilen, dazu dienen, das Anwaltsregister auf dem neuesten Stand zu halten (vgl. Ziff. 232.3).

233.3 Kantonale Aufsichtsbehörde (Art. 12)

Die Beachtung der Berufsregeln muss durch Disziplinarbehörden sichergestellt werden. Die Kantone kennen derzeit verschiedene Systeme: Entweder haben sie diese Aufgabe der Exekutive (Regierungsrat oder Justizdepartement) oder den Gerichtsbehörden (Kantonsgericht) oder auch Kommissionen, die aus Richterinnen und Richtern sowie Anwältinnen und Anwälten zusammengesetzt sind (Anwaltskammern, die in der Regel dem Kantonsgericht angehängt sind), übertragen. Einige Kantone haben die Disziplinaufsicht Berufsorganisationen (Anwaltsverbände) übertragen. Das Anwaltsgesetz schreibt nur vor, dass die Kantone eine Aufsichtsbehörde schaffen müssen. Die Zusammensetzung und die Organisation dieser Behörde sowie die Regelung des Verfahrens werden den Kantonen überlassen. Diese können die Zuständigkeit zur Ausübung der Disziplinaufsicht auch einem Anwaltsverband übertragen. Da für Disziplinar massnahmen, die wegen einer Verletzung der Berufsregeln ausgesprochen worden sind, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht möglich ist, müssen die Kantone allerdings eine richterliche Rekursbehörde im Sinne von Artikel 98a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)¹⁸⁰ vorsehen, wenn die Aufsichtsbehörde keine gerichtliche Instanz ist. Die Frage, ob eine Disziplinar massnahme "strafrechtlicher Natur" im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁸¹ ist, kann somit offen bleiben. Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat allerdings entschieden, dass nach den Grundsätzen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Engel¹⁸² entwickelt hatte, ein Disziplinarverfahren, das gegenüber einer Anwältin oder einem Anwalt eröffnet wird und das zu einer Verwarnung führt, keine strafrechtliche Sanktion im Sinne von Artikel 6 EMRK darstellt¹⁸³.

¹⁸⁰ SR 173.110.

¹⁸¹ SR 0.101.

¹⁸² Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Engel vom 8.6.1976, Serie A Nr. 22, S. 34.

¹⁸³ Requête no 8249/79, X c/Belgique, déc. 5.5.80, D. R. 20, S. 40.

Nach Artikel 12 des vorliegenden Gesetzesentwurfs ist jede Aufsichtsbehörde verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Berufsregeln beachtet werden. Für Vorfälle, die sich in ihrem Kantonsgebiet ereignet haben, hat sie gegebenenfalls ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Die Aufsicht wird über die gesamte Anwaltstätigkeit ausgeübt und nicht nur über die Tätigkeit im Rahmen des kantonalen Monopols.

233.4 Meldepflicht (Art. 13)

Nach Artikel 13 Absatz 1 haben die kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden der Aufsichtsbehörde ihres Kantons - und nicht der Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die betroffene Person eingetragen ist - die ihnen bekannt werdenden Vorfälle, die eine Verletzung der Berufsregeln beinhalten könnten, unverzüglich mitzuteilen. Das Anwaltsgesetz erwähnt die Möglichkeit für die Klientinnen und Klienten einer Anwältin oder eines Anwalts, sich an die Aufsichtsbehörde zu wenden, nicht ausdrücklich; dies versteht sich von selbst. Die eidgenössischen Gericht- und Verwaltungsbehörden haben sich an die Aufsichtsbehörde des Kantons zu wenden, in dem eine Anwältin oder ein Anwalt im Register eingetragen ist (Abs. 2).

233.5 Disziplinarverfahren in einem anderen Kanton (Art. 14)

In Übereinstimmung mit der Mehrheit der kantonalen Gesetze¹⁸⁴ sieht das Anwalts-gesetz vor, dass sich die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden auf sämtliche Anwältinnen und Anwälte erstreckt, die ihren Beruf auf dem Kantonsgebiet ausüben, unabhängig davon, ob diese dort eine Geschäftsadresse haben oder nicht (Art. 12 BGFA). Artikel 14 Absatz 1 des Gesetzesentwurfs schreibt allerdings vor, dass die Aufsichtsbehörde, die gegen eine Anwältin oder einen Anwalt, die oder der nicht im Register dieses Kantons eingetragen ist, ein Disziplinarverfahren eröffnet, die Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, darüber informieren muss. Wird beabsichtigt, eine Disziplinar-massnahme auszusprechen, hat die Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, das Recht, zum Ergebnis der Untersuchung Stellung zu nehmen. Eine allfällige Intervention dieser Aufsichtsbehörde kann sich zu Gunsten, aber auch zu Ungunsten der betroffenen Anwältin oder des betroffenen Anwalts auswirken. Dieses System stellt sicher, dass die "zur Hauptsache" zuständige Aufsichtsbehörde über den Verlauf eines Disziplinarverfahrens in einem anderen Kanton auf dem Laufenden ist. Dadurch soll die Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden verstärkt und im Bereich der Disziplinar-massnahmen möglichst eine einheitliche Praxis entwickelt werden. Das Ergebnis des Disziplinarverfahrens ist der "zur Hauptsache" zuständigen Aufsichtsbehörde mitzuteilen (Abs. 3). Ist eine Disziplinar-massnahme ausgesprochen worden, wird sie, sobald sie in Kraft getreten ist, von der "zur Hauptsache" zuständigen Aufsichtsbehörde ins Register eingetragen (Art. 4 Abs. 2 BGFA).

233.6 Disziplinar-massnahmen (Art. 15)

¹⁸⁴ Vgl. beispielsweise Art. 48 Abs. 2 des Genfer Anwalts-gesetzes.

Zwecks Harmonisierung der Praxis im Bereich des Disziplinarrechts und parallel zur Einführung abschliessender Berufsregeln auf Bundesebene, vereinheitlicht das Anwaltsgesetz die Disziplinar massnahmen.

In einigen kantonalen Gesetzen wird die Verwarnung nicht als Disziplinar massnahme betrachtet. Das Bundesgericht ist aber zu Recht der Auffassung, dass gewissenhafte Anwältinnen und Anwälte eine Verwarnung als ebenso strenge Massnahme empfinden können wie einen Verweis¹⁸⁵. Würde man den disziplinarischen Charakter der Verwarnung ablehnen, hätte dies zur Folge, dass Anwältinnen und Anwälte, welche die Sanktion für ungerechtfertigt hielten, keine Beschwerdemöglichkeit hätten. Das Anwaltsgesetz sieht deshalb die Verwarnung als schwächste Disziplinar massnahme vor.

Artikel 15 Absatz 2 verdeutlicht, dass eine Busse zusätzlich zu einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot angeordnet werden kann.

233.7 Geltung des Berufsausübungsverbots (Art. 16)

Das befristete oder dauernde Verbot der Berufsausübung stellt die strengste Disziplinar massnahme dar, da es Anwältinnen und Anwälte daran hindert, im Rahmen des kantonalen Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Den übrigen Tätigkeiten können sie aber weiterhin nachgehen und beispielsweise Rechtsberatungen vornehmen¹⁸⁶. Ein dauerndes Berufsausübungsverbot kann nur ausgesprochen werden, wenn auf Grund einer Gesamtbewertung der bisherigen Berufstätigkeit der Anwältin oder des Anwalts eine andere Sanktion als ungenügend erscheint, um für die Zukunft ein korrektes Verhalten zu gewährleisten¹⁸⁷.

Infolge der Vereinheitlichung der Berufsregeln und der Disziplinar massnahmen auf Bundesebene kann die Geltung des Berufsausübungsverbots, das von einer kantonalen Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte angeordnet wird, auf das gesamte Gebiet der Schweiz ausgedehnt werden. Da gegen Disziplinarentscheide wegen Verletzung der Berufsregeln die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ergriffen werden kann, werden die Unterschiede in der Praxis der Kantone nicht allzu gross sein.

Damit das Berufsausübungsverbot tatsächlich wirksam ist, muss es den Aufsichtsbehörden der übrigen Kantone mitgeteilt werden (Abs. 2).

233.8 Verjährung (Art. 17)

Da die Berufsregeln und die Disziplinar massnahmen vereinheitlicht werden, sind Unterschiede bei den Verjährungsfristen für die disziplinarische Verfolgung nicht

¹⁸⁵ BGE 103 Ia 428.

¹⁸⁶ Vgl. Wolfers, S. 188.

¹⁸⁷ BGE 106 Ia 100.

mehr gerechtfertigt. Das Anwaltsgesetz vereinheitlicht deshalb auch die Verjährungsfristen auf Bundesebene.

Eine Disziplinar massnahme kann nur angeordnet werden, wenn die Anwältin oder der Anwalt im kantonalen Register eingetragen und folglich der Aufsichtsbehörde unterstellt ist. Droht einer Anwältin oder einem Anwalt ein Disziplinarverfahren, kann sie oder er deshalb die Streichung im Register verlangen, um der disziplinarischen Verfolgung zu entgehen. Allfällige strafrechtliche oder zivilrechtliche Verfolgungen bleiben vorbehalten.

233.9 Löschung der Disziplinar massnahmen (Art. 18)

Wie die Verjährung der disziplinarischen Verfolgung sollte auch die Löschung der Disziplinar massnahmen einheitlich sein. Der vorliegende Gesetzesentwurf unterscheidet bei der Festsetzung der Frist für die Löschung der Disziplinar massnahmen zwischen der Verwarnung, dem Verweis und der Busse einerseits und dem befristeten Berufsausübungsverbot andererseits. Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich wegen dem ungleichen Schweregrad dieser beiden Kategorien von Disziplinar massnahmen.

Das dauernde Berufsausübungsverbot wird selbstverständlich nicht gelöscht.

234 Zulassung von Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU

234.1 Allgemeines

Das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über den freien Personenverkehr bringt eine progressive Liberalisierung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt auf dem Gebiet der Vertragsparteien. Zur Erleichterung des Zugangs zu einer Arbeit - im Angestelltenverhältnis oder selbständig - und deren Erfüllung ergreifen die Vertragsparteien diejenigen Massnahmen, die notwendig sind für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Ausweise und anderer Titel gemäss den Gemeinschaftsrichtlinien, die in Anhang III des Abkommens über die Personenfreizügigkeit enthalten sind. Die Richtlinien über die Anerkennung der Diplome gelten folglich nur, soweit die Voraussetzungen der Personenfreizügigkeit erfüllt sind.

In Zusammenhang mit dem Anwaltsberuf hat die Schweiz die Richtlinien 77/249/EWG, 89/48/EWG und 98/5/EG umzusetzen (vgl. Ziff. 142). Diese Umsetzung geschieht im Wesentlichen im Anwaltsgesetz; die kantonalen Gesetze müssen aber ebenfalls angepasst werden. Bei der Verteilung der Umsetzungsaufgaben auf Bund und Kantone wurden der Grundsatz der Subsidiarität, aber auch der Harmonisierungsbedarf auf nationaler Ebene sowie die Sorge um Transparenz unseren ausländischen Partnern gegenüber und der Handlungsspielraum, der dem nationalen Gesetzgeber im Abkommen gelassen wird, beachtet. Im Anwaltsgesetz sind demnach insbesondere die folgenden Punkte zu regeln:

- die Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU im freien Dienstleistungsverkehr;
- die Modalitäten der ständigen Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung;
- die Voraussetzungen für die Eintragung von Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU in ein kantonales Anwaltsregister;
- die Unterstellung unter die Berufsregeln und die Disziplinaraufsicht;
- der Gebrauch der Berufsbezeichnung.

234.2 Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU (4. Abschnitt)

Artikel 19 bis 24 regeln die Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr in der Schweiz durch Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, gemäss der Richtlinie 77/249/EWG (vgl. Ziff. 14).

234.21 Grundsätze (Art. 19)

Die Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte regelt die in Form der Dienstleistung ausgeübten Anwaltstätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten der EU (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie). Mit dem Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Freizügigkeit im Personenverkehr und dem Anhang III zu diesem Abkommen wird der Anwendungsbereich dieser Richtlinie auf die Schweiz ausgedehnt. Artikel 19 des vorliegenden Gesetzesentwurfs stellt dementsprechend den Grundsatz auf, dass Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, in der Schweiz im freien Dienstleistungsverkehr zugelassen werden.

Da die Richtlinie 77/249/EWG keine Diplomanerkennung beinhaltet, wird vorausgesetzt, dass der Aufnahmestaat - in diesem Fall die Schweiz - Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU als solche anerkennt, wenn diese in ihrem Herkunftsstaat ihre berufliche Tätigkeit unter einer der in Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 77/249/EWG aufgeführten Bezeichnungen auszuüben berechtigt sind. Artikel 19 Absatz 1 des vorliegenden Gesetzesentwurfs verweist in diesem Zusammenhang auf die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten Bezeichnungen, die denjenigen entsprechen, die auch in der Richtlinie enthalten sind (in der konsolidierten Fassung, d.h. vervollständigt mit den Berufsbezeichnungen der Staaten, die seit der Verabschiedung der Richtlinie Mitglied der EU geworden sind).

Nach der Richtlinie 77/249/EWG umfasst die Anwaltstätigkeit sowohl die Rechtsberatung als auch die gerichtliche Tätigkeit. Der vorliegende Gesetzesentwurf regelt demgegenüber nur die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden, da die Rechtsberatung in der Schweiz nicht reglementiert ist. Artikel 19 beschränkt sich

deshalb auf die Regelung der Zulassung von Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU, die in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen.

Die grenzüberschreitende Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr geschieht punktuell, d.h. vorübergehend und steht im Gegensatz zur ständigen Ausübung des Anwaltsberufs unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung gemäss der Richtlinie 98/5/EG. Nach Artikel 19 Absatz 2 werden die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte in den kantonalen Anwaltsregistern nicht eingetragen. Nach Artikel 5 des Abkommens über den freien Personenverkehr können sie während höchstens 90 Tagen pro Jahr in der ganzen Schweiz Dienstleistungen erbringen.

234.22 Nachweis der Anwaltsqualifikation (Art. 20)

Nach Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 77/249/EWG kann die zuständige Stelle des Aufnahmestaats von den Dienstleistungserbringenden verlangen, dass sie ihre Eigenschaft als Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt nachweisen. Artikel 20 des vorliegenden Gesetzesentwurfs regelt dementsprechend, dass die eidgenössischen und kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, vor denen die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte auftreten, verlangen können, dass diese ihre Anwaltsqualifikation nachweisen (Anwaltspatent, Bescheinigung über die Zulassung zum Anwaltsberuf im Herkunftsstaat usw.). Da Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU auch den Berufsregeln des vorliegenden Anwaltsgesetzes unterstehen (vgl. Art. 23), ist es unerlässlich, dass auch die kantonalen Aufsichtsbehörden über die Anwältinnen und Anwälte diesen Nachweis anfordern können.

234.23 Verpflichtung zur Handlung im Einvernehmen mit einer eingetragenen Anwältin oder einem eingetragenen Anwalt (Art. 21)

Nach Artikel 5 der Richtlinie 77/249/EWG kann ein Aufnahmestaat für die Ausübung der Tätigkeiten, die mit der Vertretung und der Verteidigung von Parteien im Bereich der Rechtspflege verbunden sind, als Bedingung auferlegen, dass die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte im Einvernehmen mit einer oder einem beim angerufenen Gericht zugelassenen Anwältin oder Anwalt handeln, die oder der gegebenenfalls diesem Gericht gegenüber die Verantwortung trägt.

Die Verpflichtung zum einvernehmlichen Handeln ist als Kannvorschrift formuliert. Das schweizerische Recht könnte folglich auf eine solche Regelung verzichten. Aus Praktikabilitätsgründen ist es allerdings von Vorteil, wenn den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden eine Anwältin oder ein Anwalt als Ansprechperson zur Verfügung steht, die oder der im Anwaltsregister eingetragen und demnach in der Schweiz niedergelassen ist.

Im Urteil vom 25. Februar 1988 in Sachen Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland¹⁸⁸ hat der EuGH präzisiert, dass die Verpflichtung, im Einvernehmen mit einer Anwältin oder einem Anwalt des Aufnahmestaats zu handeln, nur besteht, wenn prozessrechtlich ein Anwaltszwang vorgeschrieben ist. Artikel 21 des vorliegenden Gesetzesentwurfs entspricht dieser Rechtsprechung.

Im Einvernehmen handeln heisst nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass die im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte, mit denen Einvernehmen bestehen muss, selbst Bevollmächtigte im Verfahren sein müssen. Es bedeutet auch nicht, dass die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte in einer Gerichtsverhandlung nur in Begleitung der Anwältinnen und Anwälte, mit denen Einvernehmen besteht, auftreten dürfen. Das Einvernehmen stellt eigentlich eher eine Formalität dar, welche die Anwältinnen und Anwälte des Aufnahmestaats auf die Rolle eines Korrespondenzanwalts reduziert¹⁸⁹.

234.24 Berufsbezeichnung (Art. 22)

Artikel 22 übernimmt bei der Berufsbezeichnung den materiellen Gehalt des Artikels 3 der Richtlinie 77/249/EWG. Danach haben die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte im Aufnahmestaat ihre ursprüngliche Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaats unter Angabe der Berufsorganisation, deren Zuständigkeit sie unterliegen, oder des Gerichts, bei dem sie nach den Vorschriften dieses Staats zugelassen sind, zu verwenden. Damit können sie klar von den in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten unterschieden werden.

234.25 Berufsregeln (Art. 23)

Nach Artikel 4 der Richtlinie 77/249/EWG unterstehen die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte im Bereich der Parteienvertretung im Aufnahmestaat neben den ihnen im Herkunftsstaat obliegenden Verpflichtungen auch den Berufsregeln des Aufnahmestaats. Damit sollen sie diese Anwaltstätigkeit unter denselben Bedingungen ausüben, wie die in diesem Staat niedergelassenen Anwältinnen und Anwälte.

Dementsprechend gelten die Berufsregeln des vorliegenden Anwaltsgesetzes (Art. 11) grundsätzlich auch für die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte. Ausdrücklich davon ausgenommen sind nach Artikel 23 die Bestimmungen betreffend die amtliche Pflichtverteidigung und die unentgeltliche Rechtsvertretung (Art. 11 Bst. f) sowie den Registereintrag (Art. 11 Bst. i). Diese Ausnahmen sind gerechtfertigt, da es unzweckmässig wäre, von Anwältinnen und Anwälten, die nur gelegentlich in der

¹⁸⁸ Rs. 427/85, Slg. 1988, S. 1123.

¹⁸⁹ Sobotta/Kleinschnittger, Freizügigkeit für Anwälte in der EU nach der Richtlinie 98/5/EG, EuZW 21/1998, S. 645 ff.

Schweiz Parteien vertreten, zu verlangen, dass sie amtliche Pflichtverteidigungen (bei denen sie zudem verpflichtet wären, gemäss Art. 21 im Einvernehmen mit einer oder einem im Register eingetragenen Anwältin oder Anwalt zu handeln) oder unentgeltliche Rechtsvertretungen übernehmen, da sie wahrscheinlich auf gewisse Rechtsgebiete spezialisiert sind und in der Schweiz im Wesentlichen ausländische Klientinnen und Klienten vertreten werden. Die Bestimmung über den Registereintrag entfällt für sie, da sie in den kantonalen Anwaltsregistern gar nicht eingetragen sind.

234.26 Information über Disziplarmassnahmen (Art. 24)

Artikel 7 der Richtlinie 77/249/EWG bestimmt, dass die zuständige Stelle des Aufnahmestaats bei Verletzung der im Aufnahmestaat geltenden Berufsregeln nach den eigenen Rechts- und Verfahrensregeln über die rechtlichen Folgen dieses Verhaltens entscheidet. Sie hat aber die zuständige Stelle des Herkunftsstaats von jeder Entscheidung, die sie getroffen hat, zu unterrichten.

Die Berufsregeln des vorliegenden Anwaltsgesetzes gelten auch für Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die in der Schweiz Dienstleistungen erbringen (vgl. Art. 23). Ordnet eine Aufsichtsbehörde bei Verletzung einer innerstaatlichen Berufsregel durch eine dienstleistungserbringende Anwältin oder durch einen dienstleistungserbringenden Anwalt eine Disziplarmassnahme an, informiert sie nach Artikel 24 die Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats.

Ein vorübergehendes oder dauerndes Berufsausübungsverbot, das gegenüber einer dienstleistungserbringenden Anwältin oder einem dienstleistungserbringenden Anwalt angeordnet wird, gilt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz und wird den Aufsichtsbehörden über die Anwältinnen und Anwälte der übrigen Kantone mitgeteilt (vgl. Art. 16).

234.3 Ständige Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung (5. Abschnitt)

Artikel 25 bis 28 regeln die ständige Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung gemäss der Richtlinie 98/5/EG (vgl. Ziff. 14).

234.31 Grundsätze (Art. 25)

Der Richtlinie 98/5/EG entsprechend können Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, in der Schweiz unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung dieselben beruflichen Tätigkeiten ausüben wie die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälte. Sie können jedoch nicht in ein kantonales Anwaltsregister eingetragen werden. Sie haben sich bei einer kantonalen Aufsichtsbehörde in die Liste der Anwältinnen und Anwälte

aus Mitgliedstaaten der EU, die den Anwaltsberuf unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz ausüben, eintragen zu lassen (vgl. Art. 26).

Besteht für ein Verfahren Anwaltszwang, sind sie wie die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, im Einvernehmen mit einer Anwältin oder einem Anwalt zu handeln, die oder der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist. Ebenso unterstehen sie den Berufsregeln nach Artikel 11 mit Ausnahme der Bestimmungen über die amtliche Pflichtverteidigung und die unentgeltliche Rechtsvertretung (Bst. f) sowie den Registereintrag (Bst. i).

234.32 Eintragung bei der Aufsichtsbehörde (Art. 26)

Anwältinnen und Anwälte, die unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig sein wollen, melden sich bei der Aufsichtsbehörde des Kantons, in dem sie eine Geschäftsadresse haben. Damit sie von der Aufsichtsbehörde in die Liste der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die den Anwaltsberuf unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz ausüben, eingetragen werden, müssen sie einzig eine Bescheinigung über ihre Eintragung bei der zuständigen Behörde ihres Herkunftsstaats vorlegen. Die Richtlinie schreibt in Bezug auf die Kosten für diese Eintragung nichts vor¹⁹⁰. Diese Liste enthält die Namen und Adressen der Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind und die unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in der Schweiz praktizieren. Sie ist nicht zu verwechseln mit dem Anwaltsregister. Die Aufsichtsbehörde hat die zuständige Behörde des Herkunftsstaats über die Eintragung in die Liste zu informieren (Art. 3 Abs. 2 in fine der Richtlinie 98/5/EG). Die unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung praktizierenden Anwältinnen und Anwälte werden nicht in das kantonale Anwaltsregister aufgenommen, da darin nur Anwältinnen und Anwälte aufgeführt werden, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen oder die eine Eignungsprüfung gemäss der Richtlinie 89/48/EWG bestanden haben oder die nach einer dreijährigen Berufsausübung unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in der Schweiz integriert sind.

234.33 Berufsbezeichnung (Art. 27)

Der Richtlinie 98/5/EG entsprechend muss es möglich sein, die Anwältinnen und Anwälte des Aufnahmestaats allein auf Grund der Berufsbezeichnung von den Anwältinnen und Anwälten zu unterscheiden, die unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz praktizieren. Wie die im Rahmen der Richtlinie 77/249/EWG dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU haben die Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz tätig sind, ihre Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaats zu verwenden. Im Unterschied zu den dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälten sind sie

¹⁹⁰ Jacques Pertek, Nouvelle étape vers l'Europe des avocats: la directive CE no 98-5 du 16 février 1998 sur l'exercice permanent dans un autre Etat membre, Recueil Dalloz 1998, 30^e cahier, S. 287.

jedoch nicht verpflichtet, zusätzlich die Berufsorganisation, deren Zuständigkeit sie unterliegen, oder das Gericht, bei dem sie nach den Vorschriften dieses Staats zugelassen sind, anzugeben. Allerdings haben sie die Berufsbezeichnung nötigenfalls so zu ergänzen, dass keine Verwechslung mit einer Berufsbezeichnung der Anwältinnen und Anwälte mit einem kantonalen Anwaltspatent, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, möglich ist. Wenn also beispielsweise ein portugiesischer Anwalt, der unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz praktiziert, seinen Titel "advogado" verwendet, ist keine zusätzliche Angabe erforderlich, da das Risiko einer Verwechslung mit einem schweizerischen Titel nicht besteht. Demgegenüber müsste eine französische Anwältin ihre Berufsbezeichnung "avocate" ergänzen, da diese einem schweizerischen Titel entspricht.

234.34 Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats (Art. 28)

Die Richtlinie 98/5/EG verpflichtet die zuständigen Aufsichtsbehörden des Aufnahmestaats zu einer gewissen Zusammenarbeit mit den zuständigen Stellen des Herkunftsstaats. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Anwältinnen und Anwälte auch bei der zuständigen Stelle im Herkunftsstaat eingetragen sind. Diese doppelte Eintragung führt dazu, dass die Anwältinnen und Anwälte sowohl den Berufsregeln des Herkunftsstaats als auch denjenigen des Aufnahmestaats unterstehen.

Durch die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden wird der Grundsatz, wonach die Entscheidungsbefugnis in der alleinigen Kompetenz der Schweizer Behörden liegt, aber nicht beeinträchtigt. Die von einer schweizerischen Aufsichtsbehörde angeordnete Disziplinar massnahme entfaltet ihre Wirkungen ausschliesslich in der Schweiz. Die zuständige Behörde des Herkunftsstaats kann jedoch ihre eigenen Schlüsse aus der in der Schweiz gefällten Disziplinar entscheidung ziehen. Ein Berufsausübungsverbot, das gegenüber einer Anwältin oder einem Anwalt aus einem Mitgliedstaat der EU, die oder der unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz praktiziert, angeordnet worden ist, gilt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Es wird den Aufsichtsbehörden der übrigen Kantone mitgeteilt (vgl. Art. 16).

234.4 Eintragung von Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU in ein kantonales Anwaltsregister (6. Abschnitt)

234.41 Grundsätze (Art. 29)

Die Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister führt dazu, dass Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, vollständig in den Anwaltsberuf der Schweiz integriert werden. Damit besteht kein materieller Unterschied mehr zwischen den Anwältinnen und Anwälten, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, und den Anwältinnen und Anwälten, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind und auf Grund von Artikel 29 in ein kantonales Anwaltsregister eingetragen worden

sind. Die Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU unterstehen damit sämtlichen Berufsregeln und haben in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 21 und 25 Abs. 2) nicht mehr im Einvernehmen mit einer Anwältin oder einem Anwalt, die oder der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, zu handeln. Es gibt auch keine formelle Unterscheidung mehr, da die Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU nicht mehr verpflichtet sind, unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung zu praktizieren, sondern die Berufsbezeichnung des Kantons verwenden können, in dessen Register sie eingetragen sind.

Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, haben zwei Möglichkeiten, um sich in ein kantonales Anwaltsregister eintragen lassen. Sie können dieses Ziel entweder über die Absolvierung einer Eignungsprüfung erreichen (gemäss der Richtlinie 89/48/EWG) oder dadurch, dass sie während mindestens drei Jahren in der Schweiz praktizieren und in der Liste der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die den Anwaltsberuf unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz ausüben, eingetragen sind (gemäss der Richtlinie 98/5/EG), und anschliessend ihre Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister beantragen. In beiden Fällen entscheidet die Anwaltsprüfungskommission, ob die Anwältinnen und Anwälte eingetragen werden. Beantragen die Anwältinnen und Anwälte die Registereintragung nach einer ständigen Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung, müssen sie nachweisen, dass sie während einem Zeitraum von mindestens drei Jahren effektiv und regelmässig im schweizerischen Recht tätig gewesen sind. Unter effektiver Tätigkeit versteht man eine Tätigkeit, welche die Anwältinnen und Anwälte selber auf eigene Verantwortung ausüben. Unter regelmässiger Tätigkeit wird eine Tätigkeit verstanden, die einzig durch Ereignisse des täglichen Lebens unterbrochen werden¹⁹¹. Ob die praktische Erfahrung in der Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden ausreicht, wird ebenfalls von der Anwaltsprüfungskommission beurteilt. Hat die Tätigkeit in der Schweiz während der drei Jahre nicht im schweizerischen Recht stattgefunden, haben die Anwältinnen und Anwälte sich einem Gespräch zur Prüfung ihrer beruflichen Fähigkeiten zu stellen.

234.42 Eignungsprüfung (Art. 30)

Der Anspruch auf Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister auf Grund einer Eignungsprüfung fliesst aus Artikel 3 der Richtlinie 89/48/EWG. Danach dürfen Personen, die ein mindestens dreijähriges Studium absolviert und gegebenenfalls die über das Studium hinaus erforderliche berufliche Ausbildung abgeschlossen haben (z.B. Praktikum mit anschliessender Prüfung) und über ein Diplom verfügen, das sie zur Ausübung des entsprechenden Berufs im Herkunftsstaat berechtigt, diesen Beruf in den übrigen Mitgliedstaaten der EU ausüben. Der Aufnahmestaat darf allerdings zusätzliche Ausbildungsmassnahmen in Form einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrgangs verlangen, wenn die Ausbildung oder der Beruf im Staat, der das Diplom ausgestellt hat, sich wesentlich von dem unterscheidet, was im Aufnahmestaat vorausgesetzt wird (Art. 4 der Richtlinie 89/48/EWG). Für die Rechtsberufe kann der

¹⁹¹ Pertek, S. 288.

Aufnahmestaat bestimmen, ob er eine Eignungsprüfung oder einen Anpassungslehrgang verlangen will. Für den Anwaltsberuf haben alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark den Weg der Eignungsprüfung im nationalen Recht des Aufnahmestaats gewählt. Das Anwaltsgesetz sieht ebenfalls eine Eignungsprüfung vor.

Die Organisation der Eignungsprüfung obliegt den Kantonen. Die kantonale Anwaltsprüfungskommission - dieselbe Kommission, welche die Kandidatinnen und Kandidaten für das kantonale Anwaltspatent prüft - wird von Fall zu Fall zu entscheiden haben, über welche Sachgebiete die Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU geprüft werden sollen. Diese Sachgebiete müssen mit denjenigen übereinstimmen, die im Rahmen des kantonalen Anwaltspatents geprüft werden. Von der Liste der Sachgebiete, die von der Ausbildung der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU nicht abgedeckt sind, müssen diejenigen für die Eignungsprüfung gewählt werden, deren Kenntnis eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz bildet. Die Berufserfahrung der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU ist ebenfalls zu berücksichtigen.

234.43 Gespräch zur Prüfung der beruflichen Fähigkeiten (Art. 31)

Anwältinnen und Anwälte, die in einer kantonalen Liste der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die den Anwaltsberuf unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz ausüben, eingetragen sind, können sich nach einer mindestens dreijährigen effektiven und regelmässigen Tätigkeit im schweizerischen Recht in ein kantonales Anwaltsregister eintragen lassen. Haben sie während dieser Minimaldauer von drei Jahren allerdings während eines kürzeren Zeitraums im schweizerischen Recht praktiziert, müssen sie sich einem Gespräch zur Prüfung der beruflichen Fähigkeiten stellen. Die kantonale Anwaltsprüfungskommission prüft gestützt auf die von den Anwältinnen und Anwälten vorzulegenden Informationen und Unterlagen (behandelte Dossiers, Teilnahme an Seminaren und Kursen u.s.w.), ob sie im kantonalen Anwaltsregister eingetragen werden. In diesem Gespräch wird die bisherige Tätigkeit der Anwältinnen und Anwälte, insbesondere die praktische Erfahrung in der Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden begutachtet und beurteilt, ob sie fähig sind, diese Tätigkeit als in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte weiterhin auszuüben. Dieses Gespräch darf jedoch nicht zu einer Art verkappter Eignungsprüfung werden.

234.44 Berufsbezeichnung (Art. 32)

Die Anwältinnen und Anwälte können die Berufsbezeichnung des Kantons verwenden, in dessen Register sie eingetragen sind. So kann beispielsweise eine Anwältin, die im Register des Kantons Basel eingetragen ist, den Titel "Advokatin" verwenden; ist sie im Register des Kantons Bern, der zwei offizielle Titel kennt, eingetragen, kann sie im Deutschen den Titel "Fürsprecherin" und im Französischen den Titel "avocate" verwenden. In beiden Fällen hat sie zudem ihren Eintrag im kantonalen Anwaltsregister anzugeben (Art. 10 BGFA). Nach Artikel 10 Absatz 6 der Richtlinie

98/5/EG können die Anwältinnen und Anwälte neben der Berufsbezeichnung des Kantons, in dessen Register sie eingetragen sind, auch weiterhin von ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaats Gebrauch machen.

235 Schlussbestimmungen (7. Abschnitt)

235.1 Änderung bisherigen Rechts (Art. 33)

Nach der bisherigen Fassung von Artikel 29 Absatz 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG, SR 173.110) können vor Bundesgericht in Zivil- und Strafsachen grundsätzlich nur Anwältinnen und Anwälte mit einem kantonalen Anwaltspatent als Parteivertreterinnen und -vertreter auftreten. Diese Regelung ist mit dem bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über den freien Personenverkehr nicht vereinbar und demnach auch nicht mit den Bestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfs, nach denen Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten dürfen. Sie muss daher geändert werden.

Nach dem neuen Artikel 29 Absatz 2 OG können Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz oder nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten, in Zivil- und Strafsachen vor Bundesgericht auftreten. Es handelt sich folglich um Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, um Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU, die im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs oder ständig unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung - eingetragen in eine Liste - in der Schweiz praktizieren, sowie um Anwältinnen und Anwälte aus Staaten, die nicht zur EU gehören, mit denen aber ein Staatsvertrag über die Zulassung zur Parteienvertretung besteht.

Wie bisher sind Rechtslehrerinnen und Rechtslehrer schweizerischer Hochschulen auch ohne Anwaltspatent zur Vertretung vor Bundesgericht berechtigt (Art. 29 Abs. 2 Bst. b OG).

Nach dem geltenden Artikel 29 Absatz 3 OG können ausländische Anwältinnen und Anwälte ausnahmsweise unter Vorbehalt des Gegenrechts zugelassen werden. Diese Regelung ist für Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU nicht mehr nötig, da sie bereits auf Grund des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über den freien Personenverkehr und des Anwaltsgesetzes zugelassen werden. Der Vorbehalt des Gegenrechts ist zudem nach dem GATS nicht mehr zulässig (zum GATS vgl. Ziff. 51). Werden Anwältinnen und Anwälte aus Staaten, die nicht zur EU gehören oder mit denen kein Staatsvertrag besteht, ausnahmsweise autonom zugelassen, besteht für die übrigen Mitgliedstaaten der WTO die Möglichkeit nachzuweisen, dass die von ihnen erteilten Qualifikationen gleichwertig sind und damit ebenfalls von der Schweiz anerkannt werden müssen. Es gilt die bedingte

Meistbegünstigungspflicht nach Artikel VII GATS. Wird hingegen - wie im vorliegenden Absatz 2 - ein Staatsvertrag verlangt, hat die Schweiz, nach wie vor gestützt auf Artikel VII GATS, den übrigen Staaten nur die Möglichkeit einzuräumen, ebenfalls einen vergleichbaren Staatsvertrag auszuhandeln. Da diese Lösung für die Schweiz günstiger ist, wird Artikel 29 Absatz 3 OG gestrichen.

235.2 Übergangsrecht (Art. 34)

Personen, die auf Grund bisherigen kantonalen Rechts über ein Anwaltspatent verfügen, sollen ebenfalls von den Vorteilen des Anwaltsgesetzes profitieren können, auch wenn sie nicht allen geforderten Voraussetzungen für eine Eintragung in ein Register genügen. Bedingung ist, dass sie bis anhin auf Grund von Artikel 5 UeB BV eine Berufsausübungsbewilligung erhalten hätten. Haben beispielsweise Anwältinnen und Anwälte kein einjähriges Praktikum, sondern gemäss kantonalem Recht nur ein Praktikum von sechs Monaten absolviert, sollen sie durch das Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes nicht bestraft werden, wenn sie mit ihrem Anwaltspatent vorher in den anderen Kantonen Parteien vor Gericht vertreten konnten. Diese Möglichkeit werden jedoch nur diejenigen Personen haben, die ihr Anwaltspatent auf Grund des alten kantonalen Rechts erworben haben, d.h. vor seiner Anpassung an das Anwaltsgesetz. Erteilt ein Kanton nach dem Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes weiterhin Anwaltspatente, die den Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 nicht genügen, haben die anderen Kantone das Recht, die Anerkennung dieser Anwaltspatente zu verweigern.

235.3 Referendum und Inkrafttreten (Art. 35)

Als Bundesgesetz ist der vorliegende Gesetzesentwurf dem fakultativen Referendum nach Artikel 89 Absatz 2 BV unterstellt. Artikel 35 ermächtigt den Bundesrat, das Datum für das Inkrafttreten des Gesetzes festzusetzen.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

31 Für den Bund

Das Anwaltsgesetz hat für den Bund weder finanzielle noch personelle Auswirkungen.

32 Für die Kantone

Die Kantone werden für Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen keine Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung mehr durchführen müssen. Die Einrichtung kantonalen Register und die Schaffung eines Systems für die Disziplinaraufsicht sollte weder in finanzieller noch in personeller Hinsicht nennenswerte Auswirkungen haben, da die meisten Kantone bereits vergleichbare Institutionen kennen. Bislang führten die Kantone im Allgemeinen drei Arten von Listen: eine Liste mit den Anwältinnen und Anwälten, denen ein Anwaltspatent erteilt worden ist, eine Liste mit den Anwältinnen und Anwälten, die auf dem Kantonsgebiet

über eine Geschäftsadresse verfügen (und beispielsweise beim Anwaltsverband oder im Anwaltsverzeichnis des Kantons eingetragen sind), und eine Liste mit denjenigen Anwältinnen und Anwälten, die eine befristete oder dauernde Berufsausübungsbewilligung erhalten haben. Nach dem Anwaltsgesetz werden die Kantone ein Anwaltsregister führen sowie eine Liste der unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig in der Schweiz tätigen Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der EU sind, und im Kanton eine Geschäftsadresse haben.

4 Legislaturplanung

Das Geschäft betreffend die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist im Bericht über die Legislaturplanung 1995-1999 unter der Rubrik Wirtschaft und Wettbewerbsfähigkeit enthalten (BBl 1996 II 353).

5 Verhältnis zum internationalen Recht

51 GATS

Das Allgemeine Abkommen über den Dienstleistungsverkehr (General Agreement on Trade in Services, GATS) schliesst zum ersten Mal die Gesamtheit der Dienstleistungen in das multilaterale System ein, das den Welthandel regelt. Das GATS ist integraler Bestandteil des Abkommens über die Welthandelsorganisation (WTO). Mit dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT) und dem Übereinkommen über das geistige Eigentum (TRIPS) stellt das GATS eine der drei tragenden Säulen der WTO dar. Die Schweiz wurde mit der Unterzeichnung der Abkommen der Uruguay-Runde in Marrakesch am 15. April 1994 und der anschliessenden Ratifizierung Mitglied der WTO und damit des GATS. Diese Abkommen sind für die Schweiz seit dem 1. Juli 1995 in Kraft.

Das GATS ist grundsätzlich auf alle Dienstleistungssektoren und auf alle Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungsgeschäfts anwendbar (grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung, Errichtung einer Geschäftsniederlassung im Ausland, Grenzüberschreitung von Anbietern und Konsumenten von Dienstleistungen). Der Einschluss der freien Berufe ("professional services") in die Verhandlungen der Uruguay-Runde, die zur Genehmigung des GATS geführt haben, stellt eine radikale Neuerung dar für diesen Sektor, der bis zu diesem Zeitpunkt durch keinen multilateralen Vertrag geregelt war.

Das GATS besteht aus einem Rahmenabkommen, mehreren Anhängen sowie aus den Verpflichtungs- und den Ausnahmelisten der Mitgliedstaaten¹⁹². Das Rahmenabkommen enthält Bestimmungen und Verpflichtungen allgemeiner Art für die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs, die von allen Mitgliedern der WTO ab

¹⁹² Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBl 1994 IV 242 und SR 0.632.20, S. 327 ff.

Inkrafttreten des Abkommens beachtet werden müssen. Dies gilt sowohl für die Gesamtheit der Dienstleistungen - hier gilt beispielsweise der Grundsatz der Meistbegünstigung - als auch für diejenigen Bereiche, in denen die Mitglieder der WTO spezielle Verpflichtungen in Bezug auf den Marktzutritt oder die Inländerbehandlung eingegangen sind. Die Anhänge regeln die Möglichkeiten nationaler Ausnahmen vom Grundsatz der Meistbegünstigung. Sie präzisieren den Geltungsbereich des GATS für natürliche Personen, die Dienstleistungen erbringen, und legen besondere Bestimmungen für einzelne Dienstleistungsbereiche fest. Die nationalen Ausnahmelisten betreffen die Gewährung der Meistbegünstigung. Die spezifischen Verpflichtungslisten der Mitgliedstaaten bestimmen die konkreten Rechte der ausländischen Erbringer von Dienstleistungen in Bezug auf den Marktzugang.

Für die Dienstleistungserbringung im rechtlichen Sektor sind die Artikel II, V und VII des **Rahmenabkommens** von besonderem Interesse.

Artikel II Absatz 1 GATS¹⁹³ stellt den Grundsatz der Meistbegünstigung auf. Lässt ein Mitgliedstaat ausländische Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer auf seinem Gebiet zu, muss er auf Grund des Grundsatzes der Meistbegünstigung eine Behandlung gewähren, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die er den gleichen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern eines anderen Mitgliedstaats der WTO gewährt. Die Gleichbehandlung muss unverzüglich gewährt werden und darf nicht an Bedingungen geknüpft werden (wie zum Beispiel an ein Gegenrecht). Von der Pflicht zur Anwendung des Grundsatzes der Meistbegünstigung sind zwei Ausnahmen möglich. Erstens müssen besondere Regelungen für unmittelbare Grenzgebiete nicht für Drittstaaten angewendet werden, sofern sie Dienstleistungen betreffen, welche nicht nur lokal produziert, sondern auch lokal konsumiert werden (Art. II Abs. 3 GATS). Zweitens können Mitglieder des GATS für einzelne Massnahmen vom Grundsatz der Meistbegünstigung befreit werden, allerdings nur im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GATS. Diese nationalen Befreiungen ermöglichen es, bestimmte Handelspartner auch nach Inkrafttreten des GATS weiter zu bevorzugen. Die Befreiungen müssen sich auf konkrete Einzelmassnahmen beziehen, die bei Verhandlungsabschluss bereits in Kraft gewesen sind. Sie sind grundsätzlich zeitlich begrenzt und werden Gegenstand zukünftiger Verhandlungen sein¹⁹⁴.

Auch **Artikel V GATS** enthält eine besondere Ausnahme vom Grundsatz der Meistbegünstigung. Er erlaubt die Bildung von wirtschaftlichen Integrationsräumen und den Abschluss von präferenziellen Abkommen innerhalb dieser Wirtschaftsräume, welche vom fundamentalen Grundsatz der Meistbegünstigung abweichen können. Die Anwendung von Artikel V GATS ist an verschiedene Voraussetzungen gebunden: Ein Integrationsabkommen muss einen wesentlichen Teil des Dienstleistungshandels abdecken und alle wesentlichen Diskriminierungen innerhalb des Integrationsraums beseitigen. Sowohl der EWG-Vertrag als auch das EWR-Abkommen erfüllen diese Voraussetzungen. Bereits heute steht jedoch fest, dass ein bilateraler sektorieller

¹⁹³ SR 0.632.20, S. 306.

¹⁹⁴ Vgl. Anhang zu den Ausnahmen von den Pflichten nach Artikel II, BBl 1994 IV 762.

Vertrag zwischen der Schweiz und der EU im Bereich des Personenverkehrs diesen Anforderungen nicht genügt¹⁹⁵.

In der **Liste der nationalen Befreiungen zu Artikel II GATS**¹⁹⁶ hat die Schweiz für Personen, die nicht in ihrer Verpflichtungsliste aufgeführt sind, eine Ausnahme vom Grundsatz der Meistbegünstigung ausgehandelt. Diese gilt zu Gunsten von EU- und EFTA-Staatsangehörigen bezüglich Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt. Eine autonome oder eine auf einem bilateralen Vertrag mit der EU oder den EFTA-Staaten beruhende Vorzugsbehandlung von EU- und EFTA-Staatsangehörigen bleibt in Bezug auf die Bestimmungen über den Aufenthalt und die Niederlassung ausländischer Personen weiterhin möglich¹⁹⁷. Für die Anerkennung von Qualifikationen sind jedoch keine Ausnahmen ausgehandelt worden. Für diese bleibt der Grundsatz der Meistbegünstigung anwendbar.

Artikel VII GATS betrifft die Anerkennung von Qualifikationen der Dienstleistungserbringer. Diese Anerkennung kann durch Harmonisierung geschehen, sich auf einen Vertrag abstützen oder autonom erfolgen. Gewährt ein Mitgliedstaat die Anerkennung autonom, räumt er jedem Mitgliedstaat der WTO eine angemessene Möglichkeit ein nachzuweisen, dass die in seinem Land erworbene Ausbildung oder Berufserfahrung, von ihm ausgestellte Lizenzen oder Bescheinigungen, oder eingehaltene Vorschriften anerkannt werden müssen. Ist die Anerkennung Gegenstand eines Vertrags, müssen die am Vertrag beteiligten Mitgliedstaaten der WTO den anderen interessierten Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen, dem Vertrag beizutreten oder einen vergleichbaren Vertrag auszuhandeln. Diese Bestimmung ist insofern wichtig, als sie auf den bilateralen Vertrag zwischen der Schweiz und der EU über eine gegenseitige Liberalisierung des Personenverkehrs, der auch die Anerkennung von Diplomen einschliesst, Anwendung finden wird (vgl. Ziff. 5). Bei der Anerkennung von Qualifikationen gilt folglich eine bedingte Pflicht zur Meistbegünstigung: Diejenigen Mitgliedstaaten, die in den Genuss der Meistbegünstigung kommen möchten, müssen nachweisen, dass ihre Qualifikationen gleichwertig sind mit denjenigen, die bereits anerkannt worden sind. In Bezug auf die Möglichkeit der Einräumung von Gegenrecht - ein Vorteil, der im Prinzip mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung unvereinbar ist - ist die vertragliche Anerkennung von Qualifikationen einem autonomen Vorgehen vorzuziehen, da es in der Praxis die Anerkennung der eigenen Qualifikationen durch diejenigen Staaten ermöglicht, die gestützt auf den Grundsatz der Meistbegünstigung Verhandlungen über ihren Beitritt zum bereits abgeschlossenen Vertrag oder Verhandlungen über den Abschluss eines vergleichbaren Vertrags verlangen.

In der **Liste der spezifischen Verpflichtung**¹⁹⁸ hat sich die Schweiz verpflichtet, die Rechtsberatung auf dem Gebiet des Heimatrechts und des internationalen Rechts zu

¹⁹⁵ BBl 1994 IV 252.

¹⁹⁶ SR 0.632.20, S. 326.

¹⁹⁷ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBl 1994 IV 280.

¹⁹⁸ SR 0.632.20, S. 317.

liberalisieren. Die EU ihrerseits hat eine analoge Verpflichtung übernommen, da für sie das Gemeinschaftsrecht nicht zum Völkerrecht gehört.

Das GATS ist für die Schweiz am 1. Juli 1995 in Kraft getreten. In seiner Botschaft¹⁹⁹ hob der Bundesrat hervor, dass sich aus dem GATS für die Schweiz grundsätzlich keine schwer wiegenden Anpassungsprobleme ergeben, weil sie in ihre Verpflichtungsliste den im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Marktzugang eingetragen hat. Deshalb sollten grundsätzlich keine Anpassungen des schweizerischen Rechts notwendig sein. Dies gilt auch für den Anwaltsberuf, da die Zulassung zur Rechtsberatung zurzeit in praktisch keinem Kanton geregelt ist.

52 Gemeinschaftsrecht

Der vorliegende Gesetzesentwurf ist mit dem relevanten Gemeinschaftsrecht vereinbar (vgl. Ziff. 142 und 234). Die Mitgliedstaaten der EU und die Schweiz bleiben in der Regelung der Ausbildung der Anwältinnen und Anwälte sowie der Ausübung des Anwaltsberufs auf ihrem Gebiet frei. Das Anwaltsgesetz setzt das Wesentliche der Gemeinschaftsrichtlinien betreffend den Anwaltsberuf um.

53 Zusammenhang zwischen dem bilateralen Abkommen Schweiz-EU und dem GATS

Der Abschluss eines Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über den freien Personenverkehr ermöglicht den anderen Mitgliedstaaten der WTO, die Anwendung des in Artikel II GATS enthaltenen Meistbegünstigungsgrundsatzes zu fordern. Zwar hat die Schweiz für sich eine Ausnahme von diesem Grundsatz ausgehandelt, indem sie sich in ihrer Befreiungsliste zu Artikel II GATS die Möglichkeit einer Vorzugsbehandlung für Angehörige der EU- und EFTA-Staaten vorbehalten hat²⁰⁰. Diese Ausnahme betrifft jedoch nur das Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt. Im Bereich der Anerkennung von Qualifikationen ist kein Vorbehalt angebracht worden. Nach Abschluss ihres bilateralen Abkommens sind die Schweiz und die EU deshalb verpflichtet, den anderen WTO-Mitgliedern auf Wunsch eine angemessene Verhandlungsmöglichkeit einzuräumen, entweder über den Beitritt zu dem Teil des Abkommen, der die Anerkennung der Diplome betrifft oder über ein vergleichbares Abkommen. Bei der Anerkennung der Diplome gilt der Grundsatz der Meistbegünstigung nur bedingt (Art. VII GATS); dies bedeutet, dass die anderen WTO-Mitglieder nachweisen müssen, dass ihre Qualifikationen gleichwertig sind wie diejenigen, die Gegenstand des Abkommens zwischen der Schweiz und der EU sind. Im Übrigen bleiben Angehörige der WTO-Staaten, die mit der Schweiz ein solches Abkommen abschliessen wollen, den Beschränkungen des Ausländerrechts über den Aufenthalt, die Niederlassung und den Zugang zum Arbeitsmarkt unterstellt. Die Anwendung des Grundsatzes der Meistbegünstigung im Bereich der Anerkennung der Diplome wird deshalb nur eine beschränkte Tragweite haben.

¹⁹⁹ BBl 1994 IV 278.

²⁰⁰ Vgl. BBl 1994 IV 280.

6 Verfassungsmässigkeit

61 Der Gesetzgebungsauftrag in Artikel 33 Absatz 2 BV

Artikel 33 Absatz 2 BV erteilt dem Bundesgesetzgeber den Auftrag, dafür zu sorgen, dass Fähigkeitsausweise für wissenschaftliche Berufe für die ganze Schweiz gültig erworben werden können. Ziel dieses Artikels ist die Gewährleistung der gesamtschweizerischen Freizügigkeit für Personen, die einen wissenschaftlichen Beruf ausüben. Der Anwaltsberuf zählt nach herrschender Lehre und Praxis zu den wissenschaftlichen Berufsarten und fällt demnach in den Anwendungsbereich des Artikels 33 Absatz 2 BV²⁰¹ (vgl. Ziff. 111).

Artikel 33 Absatz 2 BV erteilt dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz, für den Erwerb eines gesamtschweizerisch gültigen Fähigkeitsausweises einheitliche Vorschriften zu erlassen. Der vorliegende Gesetzesentwurf regelt jedoch nicht nur die fachlichen, sondern auch die persönlichen Voraussetzungen, die Anwältinnen und Anwälte erfüllen müssen, damit sie ihren Beruf in der ganzen Schweiz frei ausüben können. Damit geht er über den in Artikel 33 Absatz 2 BV enthaltenen Gesetzgebungsauftrag hinaus. Dieser ermächtigt den Bundesgesetzgeber nur dazu, die fachlichen Voraussetzungen zu regeln, auf Grund derer Anwältinnen und Anwälte in der ganzen Schweiz Parteien vor Gericht vertreten können. Für die persönlichen Voraussetzungen wie auch für die Bestimmungen über die kantonalen Register, die Disziplinaraufsicht und die Berufsregeln bildet Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV die notwendige verfassungsrechtliche Grundlage.

62 Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Rahmen von Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV

Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV erteilt dem Bund eine generelle Kompetenz, unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben zu erlassen. Er ist dabei an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden. Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV erstreckt sich auf die privatwirtschaftlichen Betätigungen insgesamt²⁰² und gilt demnach auch für die freien Berufe. In dieser Hinsicht vervollständigt Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV den Auftrag, der in Artikel 33 Absatz 2 BV konkret und eingeschränkt formuliert ist. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers, Vorschriften über die Ausübung des Anwaltsberufs zu erlassen, geht folglich über den in Artikel 33 Absatz 2 BV enthaltenen Auftrag, die Anerkennung der Fähigkeitsausweise zu regeln, hinaus. Die Bestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfs respektieren im Übrigen die Handels- und Gewerbefreiheit.

²⁰¹ Wolffers, S. 24; BGE 111 Ia 110.

²⁰² Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

Die Bundeskompetenz in Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV ist nach herrschender Lehre eine konkurrierende Zuständigkeit von Bund und Kantonen mit nachträglicher derogatorischer Wirkung. Solange der Bund seine Kompetenz nicht ausgeschöpft hat (vollständig oder, wie im vorliegenden Gesetzesentwurf, teilweise), gelten die entsprechenden Vorschriften der Kantone²⁰³.

63 Die Zuständigkeit der Kantone

Nach Artikel 33 Absatz 1 BV sind die Kantone befugt, die Ausübung wissenschaftlicher Berufe von einem Nachweis der Befähigung abhängig zu machen. Der Gesetzgebungsauftrag des Bundes in Artikel 33 Absatz 2 BV schränkt die Kompetenz der Kantone nicht ein, die Bedingungen für die Erteilung des Fähigkeitsausweises festzulegen. Es steht ihnen nach wie vor frei, auch weiter gehendere Voraussetzungen (beispielsweise ein länger dauerndes Praktikum, zusätzliche persönliche Voraussetzungen) oder sogar geringere Voraussetzungen für die Erlangung des Fähigkeitsausweises zu verlangen. Im zweiten Fall riskieren sie jedoch, dass die anderen Kantone diese Anwaltspatente nicht anerkennen und die Eintragung in ihr kantonales Anwaltsregister verweigern.

²⁰³ Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)

vom ...

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 31^{bis} Absatz 2 und 33 Absatz 2 der Bundesverfassung,
gestützt auf das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der
Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten betreffend den
Personenverkehr vom ...

nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom ...²⁰⁴,

beschliesst:

1. Abschnitt: Gegenstand und Geltungsbereich

Art. 1 Gegenstand

¹Dieses Gesetz gewährleistet die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und legt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest.

²Es bestimmt die Modalitäten für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden durch Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) sind.

Art. 2 Persönlicher Geltungsbereich

Dieses Gesetz gilt für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten.

2. Abschnitt: Interkantonale Freizügigkeit und kantonales Anwaltsregister

Art. 3 Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit

Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, können in der Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten.

²⁰⁴ BBl 1999 ...

Art. 4 Kantonales Anwaltsregister

¹Jeder Kanton führt ein Register der Anwältinnen und Anwälte, die über eine Geschäftsadresse auf dem Kantonsgebiet verfügen und die Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 erfüllen.

²Das Register enthält folgende persönliche Daten:

- a. den Namen, den Vornamen, das Geburtsdatum und den Heimatort oder die Staatsangehörigkeit;
- b. eine Kopie des Anwaltspatents;
- c. die Bescheinigungen, welche belegen, dass die Voraussetzungen nach Artikel 7 erfüllt sind;
- d. die Geschäftsadresse(n) sowie gegebenenfalls den Namen des Anwaltsbüros;
- e. die nicht gelöschten Disziplinar massnahmen.

³Es wird von der kantonalen Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte geführt.

Art. 5 Eintragung ins Register

¹Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, lassen sich ins Register des Kantons eintragen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben.

²Die Aufsichtsbehörde trägt sie ein, wenn sie festgestellt hat, dass die Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 erfüllt sind.

Art. 6 Fachliche Voraussetzungen

Für den Registereintrag müssen die Anwältinnen und Anwälte über ein Anwaltspatent verfügen, das aufgrund folgender Voraussetzungen erteilt wurde:

- a. ein mindestens dreijähriges juristisches Studium, das mit einem Lizentiat einer schweizerischen Hochschule oder einem gleichwertigen Hochschuldiplom eines Mitgliedstaats der EU abgeschlossen wurde;
- b. ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde.

Art. 7 Persönliche Voraussetzungen

Für den Registereintrag müssen die Anwältinnen und Anwälte folgende persönliche Voraussetzungen erfüllen:

- a. sie müssen handlungsfähig sein;
- b. es darf keine strafrechtliche Verurteilung vorliegen wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind und deren Eintrag im Strafregister nicht gelöscht ist;
- c. sie müssen einen guten Leumund haben;
- d. es dürfen gegen sie keine Verlustscheine bestehen;
- e. sie dürfen in den vergangenen zehn Jahren nicht Konkurs gemacht haben;

f. sie müssen in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben.

Art. 8 Löschung des Registereintrags

Anwältinnen und Anwälte, die eine der Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllen, werden im Register gelöscht.

Art. 9 Einsicht in das Register

¹Einsicht in das Register erhalten:

- a. die eidgenössischen und kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, vor denen die Anwältinnen und Anwälte auftreten;
- b. die Gerichts- und Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten der EU, vor denen die im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte auftreten;
- c. die kantonalen Aufsichtsbehörden über die Anwältinnen und Anwälte;
- d. die Anwältinnen und Anwälte in Bezug auf ihren Eintrag.

²Jede Person kann bei der Aufsichtsbehörde anfragen, ob eine Anwältin oder ein Anwalt im Register eingetragen ist und ob gegen sie oder ihn ein Berufsausübungsverbot verhängt ist.

Art. 10 Berufsbezeichnung

¹Anwältinnen und Anwälte verwenden diejenige Berufsbezeichnung, die ihnen mit ihrem Anwaltspatent erteilt worden ist, oder eine gleichwertige Berufsbezeichnung des Kantons, in dessen Register sie eingetragen sind.

²Im Geschäftsverkehr geben sie ihren Eintrag in einem kantonalen Register an.

3. Abschnitt: Berufsregeln und Disziplinaraufsicht

Art. 11 Berufsregeln

Für Anwältinnen und Anwälte gelten folgende Berufsregeln:

- a. sie üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus; sie meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientinnen und Klienten und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen;
- b. sie unterstehen zeitlich unbegrenzt dem Berufsgeheimnis nach Artikel 321 des Strafgesetzbuchs¹; sie sorgen für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch ihre Hilfspersonen;
- c. sie können Werbung machen, solange diese objektiv bleibt und dem öffentlichen Bedürfnis entspricht;
- d. sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das

¹ SR 311.0

Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten;

- e. sie haben eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen;
- f. sie sind verpflichtet, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Pflichtverteidigungen und unentgeltliche Rechtsvertretungen zu übernehmen;
- g. sie bewahren die ihnen anvertrauten Vermögenswerte getrennt von ihrem eigenen Vermögen auf;
- h. sie informieren ihre Klientinnen und Klienten periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars;
- i. sie teilen der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Register mit.

Art. 12 Kantonale Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte

Jeder Kanton bezeichnet eine Behörde, welche die Anwältinnen und Anwälte, die auf seinem Gebiet Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, beaufsichtigt.

Art. 13 Meldepflicht

¹Die kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden melden der Aufsichtsbehörde ihres Kantons unverzüglich Vorfälle, welche die Berufsregeln verletzen könnten.

²Die eidgenössischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden melden der Aufsichtsbehörde des Kantons, in dem eine Anwältin oder ein Anwalt eingetragen ist, unverzüglich Vorfälle, welche die Berufsregeln verletzen könnten.

Art. 14 Disziplinarverfahren in einem anderen Kanton

¹Eröffnet eine Aufsichtsbehörde ein Disziplinarverfahren gegen eine Anwältin oder einen Anwalt, die oder der nicht im Register dieses Kantons eingetragen ist, so informiert sie die Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist.

²Beabsichtigt sie, eine Disziplinarmassnahme anzuordnen, so räumt sie der Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, die Möglichkeit ein, zum Ergebnis der Untersuchung Stellung zu nehmen.

³Das Ergebnis des Disziplinarverfahrens ist der Aufsichtsbehörde des Kantons mitzuteilen, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist.

Art. 15 Disziplinarmassnahmen

¹Bei Verletzung der Berufsregeln kann die Aufsichtsbehörde folgende Disziplinarmassnahmen anordnen:

- a. eine Verwarnung;
- b. einen Verweis;
- c. eine Busse bis 20'000 Franken;

- d. ein befristetes Berufsausübungsverbot für längstens zwei Jahre;
- e. ein dauerndes Berufsausübungsverbot.

²Eine Busse kann zusätzlich zu einem Berufsausübungsverbot angeordnet werden.

Art. 16 Geltung des Berufsausübungsverbots

¹Ein Berufsausübungsverbot gilt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz.

²Es wird den Aufsichtsbehörden der übrigen Kantone mitgeteilt.

Art. 17 Verjährung

¹Die disziplinarische Verfolgung verjährt ein Jahr, nachdem die Aufsichtsbehörde vom beanstandeten Vorfall Kenntnis hatte.

²Die Frist wird durch jede Untersuchungshandlung der Aufsichtsbehörde unterbrochen.

³Die disziplinarische Verfolgung verjährt in jedem Fall zehn Jahre nach dem beanstandeten Vorfall.

⁴Stellt die Verletzung der Berufsregeln eine strafbare Handlung dar, gilt die vom Strafrecht vorgesehene längere Verjährungsfrist.

Art. 18 Löschung der Disziplinarmaßnahmen

¹Verwarnungen, Verweise und Bussen werden fünf Jahre nach ihrer Anordnung im Register gelöscht.

²Ein befristetes Berufsausübungsverbot wird zehn Jahre nach seiner Aufhebung im Register gelöscht.

4. Abschnitt: Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU

Art. 19 Grundsätze

¹Angehörige von Mitgliedstaaten der EU, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat unter einer der im Anhang aufgeführten Berufsbezeichnungen auszuüben, können im freien Dienstleistungsverkehr in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten.

²Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte werden nicht in die kantonalen Anwaltsregister eingetragen.

Art. 20 Nachweis der Anwaltsqualifikation

Die eidgenössischen und kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, vor denen die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte auftreten, sowie die Aufsichtsbehörden über die Anwältinnen und Anwälte können verlangen, dass diese ihre Anwaltsqualifikation nachweisen.

Art. 21 Verpflichtung zur Handlung im Einvernehmen mit einer eingetragenen Anwältin oder einem eingetragenen Anwalt

Besteht für ein Verfahren Anwaltszwang, so sind die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, im Einvernehmen mit einer Anwältin oder einem Anwalt zu handeln, die oder der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist.

Art. 22 Berufsbezeichnung

Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verwenden ihre ursprüngliche Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaats unter Angabe der Berufsorganisation, deren Zuständigkeit sie unterliegen, oder des Gerichts, bei dem sie nach den Vorschriften dieses Staats zugelassen sind.

Art. 23 Berufsregeln

Für die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte gelten die Berufsregeln nach Artikel 11 mit Ausnahme der Bestimmungen betreffend die amtliche Pflichtverteidigung und die unentgeltliche Rechtsvertretung (Bst. f) sowie den Registereintrag (Bst. i).

Art. 24 Information über Disziplinar massnahmen

Die Aufsichtsbehörde informiert die Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats über Disziplinar massnahmen, die sie gegenüber dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälten anordnet.

5. Abschnitt: Ständige Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung

Art. 25 Grundsätze

¹Angehörige von Mitgliedstaaten der EU, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat unter einer der im Anhang aufgeführten Berufsbezeichnungen auszuüben, können in der Schweiz ständig Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, wenn sie bei einer kantonalen Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte eingetragen sind.

²Die Artikel 21 und 23 gelten für diese Anwältinnen und Anwälte ebenfalls.

Art. 26 Eintragung bei der Aufsichtsbehörde

¹Die Aufsichtsbehörde führt eine öffentliche Liste der Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU, die in der Schweiz unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten dürfen.

²Die Anwältinnen und Anwälte tragen sich bei der Aufsichtsbehörde des Kantons ein, in dem sie eine Geschäftsadresse haben. Sie weisen ihre Anwaltsqualifikation mit einer

Bescheinigung über ihre Eintragung bei der zuständigen Behörde des Herkunftsstaats nach; diese Bescheinigung darf nicht älter als drei Monate sein.

³Die Aufsichtsbehörde informiert die zuständige Behörde des Herkunftsstaats über die Eintragung in die Liste.

Art. 27 Berufsbezeichnung

¹Die Anwältinnen und Anwälte verwenden ihre ursprüngliche Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaats.

²Die Berufsbezeichnung muss nötigenfalls so ergänzt werden, dass keine Verwechslung mit einer Berufsbezeichnung der Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, möglich ist.

Art. 28 Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats

¹Bevor die Aufsichtsbehörde ein Disziplinarverfahren gegen Angehörige von Mitgliedstaaten der EU einleitet, die in der Schweiz ständig Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, informiert sie die Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats.

²Die Aufsichtsbehörde arbeitet mit der zuständigen Behörde des Herkunftsstaats während des Disziplinarverfahrens zusammen und gibt ihr insbesondere die Möglichkeit zur Stellungnahme.

6. Abschnitt Eintragung von Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU in ein kantonales Anwaltsregister

Art. 29 Grundsätze

¹Angehörige von Mitgliedstaaten der EU können sich, ohne dass sie die Voraussetzungen nach Artikel 6 Buchstabe b erfüllen, in ein kantonales Anwaltsregister eintragen lassen, wenn sie

- a. eine Eignungsprüfung bestanden haben (Art. 30), oder
- b. während mindestens drei Jahren in der Liste der unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung tätigen Anwältinnen und Anwälte eingetragen waren und nachweisen,
 1. dass sie während dieser Zeit effektiv und regelmässig im schweizerischen Recht tätig gewesen sind oder
 2. dass sie im schweizerischen Recht während eines kürzeren Zeitraums tätig gewesen sind und sich in einem Gespräch über ihre beruflichen Fähigkeiten ausgewiesen haben (Art. 31).

²Sie haben damit die gleichen Rechte und Pflichten wie die Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind.

Art. 30 Eignungsprüfung

¹Zur Eignungsprüfung zugelassen werden Angehörige von Mitgliedstaaten der EU, wenn sie

- a. ein mindestens dreijähriges Studium an einer Hochschule absolviert und gegebenenfalls die über das Studium hinaus erforderliche berufliche Ausbildung abgeschlossen haben, und
- b. über ein Diplom verfügen, das sie zur Ausübung des Anwaltsberufs in einem Mitgliedstaat der EU berechtigt.

²Die Anwältinnen und Anwälte müssen die Eignungsprüfung vor der Anwaltsprüfungskommission des Kantons ablegen, in dessen Register sie sich eintragen lassen wollen.

³Die Eignungsprüfung erstreckt sich über Sachgebiete, die Gegenstand der kantonalen Anwaltsprüfung sind und die sich wesentlich von denjenigen unterscheiden, die im Rahmen der Ausbildung in ihrem Herkunftsstaat bereits geprüft worden sind. Ihr Inhalt bestimmt sich auch nach der Berufserfahrung der Anwältinnen und Anwälte.

⁴Die Eignungsprüfung kann nicht mehr als zwei Mal wiederholt werden.

Art. 31 Gespräch zur Prüfung der beruflichen Fähigkeiten

¹Das Gespräch zur Prüfung der beruflichen Fähigkeiten wird von der Anwaltsprüfungskommission des Kantons geführt, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt sich eintragen lassen will.

²Sie stützt sich namentlich auf die von der Anwältin oder dem Anwalt vorgelegten Informationen und Unterlagen über die in der Schweiz ausgeübten Tätigkeiten.

³Sie berücksichtigt die Kenntnisse und die Berufserfahrung der Anwältin oder des Anwalts im schweizerischen Recht, ferner die Teilnahme an Kursen und Seminaren über das schweizerische Recht.

Art. 32 Berufsbezeichnung

Die Anwältinnen und Anwälte können neben der Berufsbezeichnung des Kantons, in dessen Register sie eingetragen sind, auch ihre ursprüngliche Berufsbezeichnung verwenden.

7. Abschnitt **Schlussbestimmungen**

Art. 33 Änderung bisherigen Rechts

Das Bundesrechtspflegegesetz²⁰⁵ wird wie folgt geändert:

Art. 29 Abs. 2 und 3

²In Zivil- und Strafsachen können als Parteivertreter vor Bundesgericht nur auftreten:

²⁰⁵ SR 173.110

- a. Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz²⁰⁶ oder nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten;
 - b. Rechtslehrerinnen und Rechtslehrer an schweizerischen Hochschulen.
- ³*gestrichen.*

Art. 34 Übergangsrecht

Personen, die aufgrund bisherigen kantonalen Rechts über ein Anwaltspatent verfügen, sind ins kantonale Anwaltsregister einzutragen, sofern sie in den anderen Kantonen nach Artikel 5 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung eine Berufsausübungsbewilligung erhalten hätten.

Art. 35 Referendum und Inkrafttreten

¹Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

²Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

²⁰⁶ SR ...

Anhang

Liste der Berufsbezeichnungen nach den Richtlinien 77/249/EWG und 98/5/EG

Belgien:	Avocat / Advocaat / Rechtsanwalt
Dänemark:	Advokat
Deutschland:	Rechtsanwalt
Griechenland:	Δικηγόρος
Spanien:	Abogado / Advocat / Avogado / Abokatu
Frankreich:	Avocat
Irland:	Barrister, Solicitor
Italien:	Avvocato
Luxemburg:	Avocat
Niederlande:	Advocaat
Österreich:	Rechtsanwalt
Portugal:	Advogado
Finnland:	Asianajaja / Advokat
Schweden:	Advokat
Vereinigtes Königreich:	Advocate / Barrister / Solicitor

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

Condensé

Alors qu'au début du siècle, la Suisse ne comptait guère que quelque deux cent avocats, elle en compte plus de 6'000 en 1998. Leur mobilité ne cesse d'augmenter et la nécessité d'une harmonisation des conditions d'exercice de la profession d'avocat se fait toujours davantage sentir. En vertu de l'art. 33, al. 2, de la Constitution fédérale, la Confédération pourvoit à ce que les certificats de capacité délivrés dans un canton soient valables dans toute la Confédération. Le présent projet de loi vise donc à fixer les modalités de la libre circulation des avocats en Suisse. Il comporte deux volets principaux: d'une part, il réalise la libre circulation des avocats au moyen de registres cantonaux; d'autre part, comme conséquence de cette libre circulation, il unifie certains aspects de l'exercice de la profession notamment en matière de règles professionnelles et de surveillance disciplinaire.

Le projet réalise la libre circulation des avocats en développant les registres cantonaux des avocats pour remplacer le contrôle exercé aujourd'hui au moyen du système des autorisations cantonales. L'avocat qui entend pratiquer la représentation en justice demandera à être inscrit dans le registre des avocats du canton dans lequel il a son étude. Il devra à cette fin produire un brevet attestant qu'il a acquis des qualifications professionnelles répondant à des conditions de formation (licence en droit, stage d'une année au moins suivi d'un examen) et apporter la preuve qu'il remplit certaines conditions personnelles. Une fois inscrit au registre de son canton, cet avocat pourra pratiquer le barreau dans toute la Suisse sans autre autorisation. Le projet de loi contient des dispositions sur la tenue et la mise à jour permanente des registres cantonaux ainsi que sur la collaboration à instaurer entre les autorités de surveillance.

D'autre part, le projet de loi règle aussi les principes essentiels de l'exercice de la profession d'avocat. Il s'agit d'une unification, au niveau fédéral, des règles professionnelles figurant aujourd'hui dans les législations cantonales. L'unification des mesures disciplinaires constitue une autre mesure accessoire à la libre circulation.

Enfin, le projet de loi règle l'essentiel des modalités de la libre circulation des avocats ressortissants des Etats membres de l'Union Européenne (UE), après l'aboutissement des négociations bilatérales avec l'UE sur la libre circulation des personnes.

1 Partie générale

11 Point de la situation

111 La libre circulation intercantonale des avocats

En vertu de l'art. 33, al. 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 libérale⁹³. 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 judiciaires⁹⁴. L'art. 33, al. 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'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, ainsi que par la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). En vertu de l'art. 5 des dispositions transitoires de la constitution fédérale, le certificat de capacité délivré par un canton en vertu de l'art. 33, al. 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'art. 33, al. 2, de la Constitution. En l'absence d'un certificat fédéral de capacité au sens de l'art. 33, al. 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 cantons⁹⁵.

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

Le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 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 requérant⁹⁶ - peut être instituée pour les avocats externes au canton, mais l'art. 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'accueil⁹⁷. Il est ainsi inadmissible d'exiger d'un avocat externe qu'il se constitue un domicile professionnel dans le canton d'accueil⁹⁸. De même, l'avocat externe souhaitant occuper seulement dans une cause déterminée ne peut pas être contraint de fournir des sûretés importantes⁹⁹, ni d'accepter des mandats d'office¹⁰⁰.

⁹³ ATF 112 Ia 318; René Rhinow, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31^{bis}, no 40.

⁹⁴ Sur ce sujet, cf. Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, p. 79 ss.

⁹⁵ ATF 111 Ia 108, consid. 2

⁹⁶ ATF 89 I 366 consid. 2

⁹⁷ ATF du 10 avril 1996 dans l'affaire L. W., M. et D. contre le canton de Vaud.

⁹⁸ ATF 39 I 48, 65 I 4, 80 I 146

⁹⁹ ATF 42 I 277

¹⁰⁰ ATF 67 I 332

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 candidat¹⁰¹. 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 universitaire¹⁰². 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 Tribunal fédéral 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 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 stage¹⁰³.

Les cantons restent également libres de faire dépendre l'autorisation d'exercer la profession d'avocat de la preuve que certaines conditions personnelles (solvabilité, etc.), justifiées par des exigences de police et par un intérêt public prépondérant, sont remplies. Le Tribunal fédéral a en outre dénié le droit aux cantons d'exiger que la profession d'avocat constitue l'activité prépondérante du requérant¹⁰⁴. La nationalité suisse n'est également plus exigible comme condition de l'autorisation de pratiquer¹⁰⁵.

Pendant la procédure de consultation relative au présent projet de loi, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt important en matière de libre circulation des avocats (arrêt du 30 mai 1997; ATF 123 I 313). Sur la base de la LMI, le Tribunal fédéral a estimé, d'une part, que la personne autorisée à exercer dans un canton est présumée remplir les conditions lui permettant d'exercer dans un autre canton, et que, d'autre part, l'autorisation de pratiquer doit désormais être délivrée gratuitement. Le Tribunal fédéral a donc simplifié les exigences pour la délivrance des autorisations de pratiquer.

¹⁰¹ ATF 84 I 24

¹⁰² ATF 69 I 1

¹⁰³ Cf. aussi Fritz Rothenbühler, *Freizügigkeit für Anwälte*, Bern 1995, p. 222.

¹⁰⁴ ATF 112 Ia 318

¹⁰⁵ ATF 119 Ia 35

Pourtant, l'arrêt du Tribunal fédéral ne va pas aussi loin que le projet de loi sur la libre circulation des avocats (LLCA) puisqu'il ne supprime pas l'autorisation cantonale de pratiquer en tant que telle, mais qu'il se borne à prescrire que la délivrance de l'autorisation se fera sans frais et sans exigences inutiles (par exemple l'examen de la moralité des candidats, ou l'exigence d'un extrait récent de casier judiciaire). En outre et surtout, la LLCA a non seulement pour but de garantir la libre circulation des avocats, mais également de fixer les principes applicables à la profession d'avocat en Suisse. Nonobstant cet arrêt, la LLCA reste donc nécessaire pour supprimer toute forme d'autorisation de pratiquer, pour harmoniser les conditions de la libre circulation et pour régler un certain nombre de questions liées à l'exercice de cette profession (règles professionnelles, surveillance et mesures disciplinaires, dénomination professionnelle).

113 La nécessité d'une législation fédérale sur les avocats

Le nombre des avocats ne cesse d'augmenter en Suisse. Au début du siècle, il n'y avait guère plus de deux cent avocats à pratiquer dans notre pays. En 1977, la Fédération suisse des avocats (FSA) recensait 2'497 avocats établis; en 1997, elle en comptait 5'541, ce qui représente une progression de 121.9% en vingt ans¹⁰⁶. Ce mouvement ne semble pas devoir se ralentir à court ou moyen terme. La mobilité des avocats croît également; il est fréquent aujourd'hui qu'un avocat plaide dans plusieurs cantons. 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. ch. 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 possède une étude doit obtenir une autorisation de pratiquer. Même si, en vertu de la LMI, il est présumé remplir les conditions pour plaider dans un autre canton, il doit produire, outre un brevet d'avocat, un certain nombre de pièces établissant qu'il remplit des conditions personnelles (absence de sanctions disciplinaires notamment). Sur le plan formel, ces exigences diffèrent selon les cantons et sont prévues en règle générale dans les lois cantonales sur les avocats. La délivrance d'une autorisation de pratiquer est dorénavant gratuite en vertu de la LMI (ATF 123 Ia 313). Pratiquement, l'avocat qui désirerait exercer sur l'ensemble du territoire de la Confédération devrait déposer une demande dans presque tous les cantons; le canton de Soleure est le seul à ne pas soumettre l'exercice du barreau à autorisation. 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'art. 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

¹⁰⁶ Cf. Michael Pfeifer, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, RDS 115/1996, p. 282; L'avocat suisse 167/1997 p. 20.

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 la 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 poursuive 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 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 doctrine¹⁰⁷. 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 ont souhaité une harmonisation dans ces domaines (cf. ch. 172 ci-dessous). Malgré certaines différences entre les législations cantonales, il est possible de définir un "dénominateur commun", une sorte de droit suisse de l'avocat¹⁰⁸. C'est précisément ce que vise le présent projet de loi, dans l'optique de la libre circulation des avocats.

Des règles professionnelles claires et unifiées, un contrôle efficace grâce à un réseau de registres cantonaux permettant d'obtenir aisément les renseignements nécessaires au sujet d'un avocat, la possibilité pour les avocats indépendants de se prévaloir du titre d' "avocat inscrit au registre" ou d' "avocat inscrit au barreau" sont autant d'éléments qui permettront de clarifier les rapports entre avocats et "consommateurs de droit", mais qui aussi faciliteront l'activité des autorités chargées de la surveillance disciplinaire des avocats. Ils permettront également aux avocats de mieux faire valoir leur spécificité par rapport aux autres prestataires de services juridiques.

Enfin, par cette loi, la Confédération remplit le mandat constitutionnel de l'art. 33, al. 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.

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

¹⁰⁷ Cf. Rothenbühler, op. cit., p. 221 ss.

¹⁰⁸ Cf. Wolffers, op. cit., p. 17 s.

une commission chargée de préparer un avant-projet de loi fédérale sur les avocats. Cette loi se serait appuyée sur un nouvel art. 33, al. 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 brevets¹⁰⁹. 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. ch. 18). Cette motion a été adoptée par le Conseil national le 20 décembre 1995¹¹⁰ et transformée en postulat par le Conseil des Etats le 3 juin 1996¹¹¹.

Enfin, l'aboutissement des négociations bilatérales avec l'UE a encore accru le besoin d'une législation fédérale sur les avocats.

12 Complémentarité avec la loi sur le marché intérieur

Actuellement, 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). Le présent projet de loi vient donc combler un vide dans la législation fédérale.

¹⁰⁹ Cf. Bois in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 33, no 24 ss.

¹¹⁰ BO 1995 N 2658 s.

¹¹¹ BO 1996 E 292

La LMI prévoit, à son art. 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 favorise donc la mise en œuvre effective de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 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 théoriquement possible sur la base de l'art. 4, al. 3, LMI; il constituerait pourtant un recul par rapport à la situation actuelle. Conformément à l'art. 3, al. 1, LMI, la liberté d'accès au marché d'offres 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). Sur la base de la LMI, le Tribunal fédéral a estimé, d'une part, que la personne autorisée à exercer dans un canton était présumée remplir les conditions lui permettant d'exercer dans un autre canton, et que, d'autre part, l'autorisation de pratiquer devait désormais être délivrée gratuitement¹¹². Toutefois, la LMI ne supprime pas les procédures d'autorisation en tant que telles. En complément à la LMI, et afin de supprimer définitivement les procédures d'autorisation et de concrétiser les modalités de 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 des autres cantons pourront obtenir les informations nécessaires sur les avocats provenant d'autres cantons.

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 avocats¹¹³. 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.

¹¹² ATF 123 I 313 et arrêt du TF du 21.8.98, 2P.17/1998.

¹¹³ Cf. Wolffers, op. cit., p. 79 ss; Rothenbühler, op. cit., p. 68.

On en vient ainsi à distinguer trois catégories d'activités pour l'avocat¹¹⁴: 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 ch. 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, bien qu'il soit soumis aux autorités de surveillance et 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. ch. 172.1 et 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 art. 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 proportionnalité¹¹⁵. 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 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. Les avocats indépendants mentionnent 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.

¹¹⁴ Albert-Louis Dupont-Willemin, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, in *L'avocat suisse* 101/1986, p. 9.

¹¹⁵ ATF 112 Ia 318

En vertu des art. 3 et 5 LLCA, tout avocat admis à exercer dans le cadre du monopole cantonal et qui remplit les conditions des art. 6 et 7 LLCA doit être inscrit à un registre cantonal. En outre, la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241; art. 3 let. c et 23 LCD) protégera la mention de l'inscription au registre cantonal, qui sera réservée aux avocats indépendants. 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 peut, en vertu de la LLCA, se voir refuser l'accès aux activités de monopole.

14 La libre circulation des avocats dans l'Union européenne

La conclusion de l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE implique de régler dans la LLCA les modalités d'accès aux activités d'avocat en Suisse pour les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE.

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. Trois directives - prises notamment en application des art. 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 avocats¹¹⁶;
- 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 ans¹¹⁷;
- la directive 98/5/CE du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise¹¹⁸.

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 art. 1, par. 2, est autorisée à offrir des services (conseil et activités judiciaires) dans les autres Etats membres. L'avocat doit seulement 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

¹¹⁶ JOCE n° L 78 du 26.3.1977, p.17

¹¹⁷ JOCE n° L 19 du 24.1.1989, p. 16

¹¹⁸ JOCE n° L 77 du 14.3.1998, p. 36

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 Milano¹¹⁹. 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.

La directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur 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 œuvre 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

¹¹⁹ Aff. C-55/94, Rec. 1996 p. I-4165

européenne (CCBE), puis la Commission européenne ont été conduits à élaborer une proposition de directive spécifique sur l'établissement des avocats.

La directive 98/5/CE vise à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise. Elle tend à élargir les possibilités d'établissement des avocats. 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 et 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. La directive tient compte de ces mutations et apporte un cadre aux nouvelles formes d'exercice de la profession.

La directive autorise l'avocat d'un Etat membre à exercer 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 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 d'une période de trois ans, l'avocat peut demander son assimilation à l'avocat de l'Etat membre d'accueil - en étant dispensé de l'épreuve d'aptitude de la directive 89/48/CEE - 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 selon certaines modalités et elle garantit le principe de l'indépendance de l'avocat exerçant au sein d'un groupe.

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 1^{er} 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'art. 5 BRAO prévoit que les avocats autorisés à pratiquer la magistrature dans un land allemand en vertu du DRiG peuvent demander à 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 été satisfaites. L'autorisation ne peut être refusée qu'en présence d'un

motif de refus prévu par l'art. 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 et ils ne peuvent procéder que dans cette juridiction. Ce principe de localisation sera abrogé en l'an 2000. Les art. 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)¹²⁰ 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. 1 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, al. 1, 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

¹²⁰ 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, al. 2, 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, al. 3, 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° 71-1130¹²¹, modifiée par la loi du 31 décembre 1990 n° 90-1259¹²² portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

L'art. 3^{bis} 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 art. 8-1 et 8-2 de la loi n° 71-1130 et les art. 165 à 169 du décret du 27 novembre 1991 n° 91-1197¹²³ 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 art. 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

¹²¹ Journal officiel du 5 janvier 1972

¹²² Journal officiel du 5 janvier 1991

¹²³ Journal officiel du 28 novembre 1991

devant les autorités publiques. En matière civile, lorsque la 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 Etats 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 1993¹²⁴ 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

¹²⁴ Journal officiel du 29 janvier 1993

être inscrit dans un registre de la profession (albo professionale). Le procureur légal 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'art. 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. ch. 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 pas 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 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.

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. Enfin, des représentants de la

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

17 Résultats de la procédure de consultation

171 Résumé

Le 16 avril 1997, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de loi fédérale sur la libre circulation des avocats. La consultation a duré jusqu'au 31 août 1997. Cent destinataires (tribunaux fédéraux, autorités fédérales, gouvernements et tribunaux cantonaux, partis politiques et organisations intéressées) étaient invités à se prononcer. Compte tenu de la nature du projet de loi, les tribunaux cantonaux ont été directement consultés. Il est en effet fréquent que la délivrance des brevets d'avocats et la surveillance disciplinaire des avocats soient confiées aux tribunaux cantonaux, lesquels étaient donc particulièrement concernés.

Septante-trois réponses sont parvenues au DFJP, dont soixante-sept proviennent des milieux officiellement consultés et six sont des réponses spontanées. En ce qui concerne les autorités cantonales, seuls trois gouvernements et trois tribunaux cantonaux n'ont pas répondu. Quatre partis (PRD, PDC, PS, PLS) ont pris position; l'UDC a, quant à elle, renoncé à s'exprimer, laissant aux cantons et aux organisations plus directement intéressées le soin de se prononcer.

Dans l'ensemble, l'accueil réservé au projet de loi a été très positif. A l'exception d'un seul parti politique (PLS) qui aurait préféré un concordat, mais qui accepte quand même d'entrer en matière sur le projet, tous les milieux consultés approuvent le principe de l'édiction d'une loi fédérale réalisant la libre circulation des avocats en Suisse.

Un certain nombre de points toutefois ont fait l'objet de remarques, voire de controverses de la part des milieux consultés. Il s'agit, pour les plus importants, du rapport entre règles professionnelles fédérales et règles professionnelles cantonales (le projet mis en consultation prévoyait un certain nombre de règles professionnelles fédérales, mais laissait aux cantons la possibilité d'édicter des règles professionnelles complémentaires), de l'indépendance de l'avocat (prévue uniquement en tant que règle professionnelle) et enfin de la question des honoraires (le projet prévoyait que les cantons soient tenus d'édicter des recommandations). Ces trois points seront examinés ci-dessous (cf. ch. 172).

La constitutionnalité de la partie du projet relative aux règles professionnelles, à la surveillance disciplinaire et aux honoraires a été mise en doute par le PLS et le PDC qui estiment que l'art. 31^{bis}, al. 2, cst., n'offre pas une base constitutionnelle suffisante. Cette question sera examinée sous ch. 6 ci-dessous.

Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral salue le principe d'une réglementation de la libre circulation des

avocats dans une loi fédérale, ainsi que l'édiction d'une réglementation cadre en matière de règles professionnelles, de surveillance disciplinaire et d'honoraires. Il relève toutefois que la distinction entre règles fédérales et règles cantonales, ainsi que l'absence de dispositions relatives aux voies de droit, soulèvent certaines questions délicates et pourrait poser des problèmes d'interprétation.

Cantons

Les gouvernements et les tribunaux cantonaux acceptent tous le principe d'une réglementation relative aux règles professionnelles et à la surveillance disciplinaire, à l'exception du Tribunal cantonal ZH. Deux gouvernements (BE, BS) et deux tribunaux cantonaux (FR, GL) estiment toutefois que le rapport entre règles professionnelles fédérales et cantonales doit être réglé plus clairement, compte tenu des problèmes de concours. En ce qui concerne les recommandations cantonales en matière d'honoraires en revanche, quatre gouvernements (LU, TG, UR, OW) et quatre Tribunaux cantonaux (BS, OW, SG, TG) souhaiteraient maintenir la solution des tarifs étatiques, et quatre autres Tribunaux cantonaux (AG, GL, BL, SO) s'opposent tant à l'édiction de tarifs étatiques qu'à celle de recommandations en matière d'honoraires.

Partis politiques

De la part des partis politiques, l'accueil a été nettement plus réservé en ce qui concerne les règles professionnelles, la surveillance disciplinaire et les honoraires. Deux partis (PLS et PDC) contestent la constitutionnalité de cette partie du projet de loi. Pour le PDC, la demi-centralisation proposée ne peut qu'être source d'insécurité et de confusion. Deux partis (PS et PRD) acceptent globalement le projet de loi; le PS ne le fait toutefois que pour autant qu'il ne s'agit que d'une première étape vers une loi régissant globalement la profession d'avocat.

Organisations

Enfin, en ce qui concerne les organisations, l'Union suisse des arts et métiers (USAM), l'Union syndicale suisse (USS), la Vereinigung Rechtsstaat, la Fédération suisse des avocats (FSA), l'Association suisse des juristes d'entreprises (ASJE), la Chambre fiduciaire (ChF), l'Union suisse des professions libérales (USPL), la Commission de la concurrence, l'Association suisse d'assurances (ASA), l'Association suisse des banquiers (ASB) et le Vorort approuvent d'une manière générale l'effort d'harmonisation entrepris. Leurs principales remarques ont porté elles aussi sur les trois points déjà évoqués: l'indépendance de l'avocat, les règles professionnelles et les honoraires.

En automne 1998, la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police, la Commission de la concurrence, la Fédération suisse des avocats et l'Association suisse des juristes d'entreprises ont été invités à discuter les solutions envisageables sur trois points relativement controversés dans le cadre de la procédure de consultation: l'indépendance de l'avocat, la juxtaposition de règles professionnelles

fédérales et cantonales et les honoraires.

172 Les points principaux

172.1 L'indépendance

172.11 Position du problème

La question la plus controversée du projet de loi fut celle du degré d'indépendance que l'avocat doit avoir en vertu du droit fédéral pour s'inscrire à un registre, et donc pouvoir plaider sans autre formalité dans toute la Suisse. Compte tenu du fait que les exigences en matière d'indépendance diffèrent selon les cantons, certains organismes consultés redoutent que, par le biais de l'inscription au registre, les avocats salariés autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la pratique "libérale" de certains cantons puissent ainsi plaider dans toute la Suisse. Il faut relever que cette question se pose aujourd'hui déjà dans le cadre de la LMI, en vertu de laquelle l'avocat qui est autorisé à pratiquer dans un canton est présumé remplir les conditions d'exercice de la profession dans un autre canton (ATF 123 I 313). Si un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice dans un canton à la pratique libérale (ZH par exemple) se voyait refuser l'autorisation de pratiquer dans un canton attaché à une définition plus stricte de l'indépendance (GE par exemple), il pourrait aujourd'hui déjà recourir en invoquant une violation de la LMI. Le problème des différentes conceptions cantonales de l'indépendance se pose donc indépendamment de l'entrée en vigueur de la LLCA.

172.12 Principe de l'indépendance

Il est unanimement admis que l'indépendance de l'avocat est une condition essentielle à l'exercice de son activité. Le code de déontologie des avocats de la Communauté européenne (ch. 2.1), les lignes directrices de la FSA (art. 1), le code d'éthique de l'International Bar association (art. 3) et les Principes fondamentaux de la profession d'avocat de l'Union internationale des avocats la mentionnent expressément. Les lois sur les avocats des cantons romands, des cantons de Berne, de St.-Gall, de Thurgovie et du Tessin mentionnent également l'indépendance de l'avocat, contrairement aux législations des autres cantons. 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.

172.13 Pratiques cantonales

En pratique pourtant, 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 différentes à cette question. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, tous les cantons admettent qu'un avocat puisse exercer une activité salariée indépendante de son activité d'avocat. En revanche, seuls trois cantons admettent à certaines conditions que des avocats salariés représentent en justice les

clients de leur employeur: Thurgovie¹²⁵, Saint-Gall¹²⁶ et Zurich¹²⁷. Il faut souligner que ces cantons à la pratique "libérale" partent eux aussi du principe que l'avocat est et demeure indépendant. Ils admettent pourtant que cette indépendance reste possible dans le cadre d'un rapport travail, moyennant certaines garanties figurant dans le contrat de travail. Au contraire, BL et LU l'excluent (cf. ATF 123 I 197). LU estime même que des dispositions contractuelles dans le contrat de travail ne sauraient garantir une véritable indépendance à l'avocat salarié¹²⁸.

172.14 Aspects internationaux

Sur le plan international, on constate une différence entre les pays anglo-saxons où l'indépendance de l'avocat n'exclut pas un statut de salarié, et les pays ayant subi l'influence du droit français, très attachés à une définition stricte de l'indépendance. En France par exemple, un avocat peut être salarié par un autre avocat ou par une société d'avocats¹²⁹. L'avocat salarié ne peut avoir de clientèle personnelle. Dans l'exercice des missions qui lui sont confiées, il bénéficie de l'indépendance que comporte son serment et n'est soumis à un lien de subordination à son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail¹³⁰. Le contrat de travail de l'avocat doit dans tous les cas être établi par écrit et préciser les modalités de la rémunération¹³¹.

En Allemagne, l'avocat est un organe indépendant de la justice ("Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege" §1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)). L'avocat salarié est en principe exclu des activités de monopole. L'avocat employé ("Syndikusanwalt") ne peut pas non plus représenter son employeur en tant qu'avocat (§ 46 al. 1 BRAO). Le § 43 al. 1 BRAO précise que "der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden"¹³².

¹²⁵ Un avocat employé par une fiduciaire est autorisé à représenter des tiers devant les tribunaux (Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Thurgau, 1982, no 10, Décision du 26 avril 1982 de la Commission de recours).

¹²⁶ Le Tribunal cantonal de Saint-Gall avait admis qu'un avocat employé par une fiduciaire accepte des mandats pour le compte de clients de la fiduciaire (arrêt du 27.2.1984, cité par Wolffers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, op. cit. p. 59). Dans le cadre de la procédure de consultation sur la LLCA, le gouvernement SG s'est pourtant prononcé pour une définition stricte de l'indépendance, se référant à l'art. 21 de la loi saint-galloise du 11 novembre 1993 sur les avocats (Anwaltsgesetz). Un recours est actuellement pendante devant le Tribunal cantonal saint-gallois contre une décision de la Chambre des avocats qui a refusé à un avocat employé par une fiduciaire l'autorisation de pratiquer.

¹²⁷ Dans le canton de Zurich, l'autorité de surveillance 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.).

¹²⁸ Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1985 I no 33; Dominique Dreyer, *L'avocat dans la société actuelle*, RDS 115/1996, p. 416.

¹²⁹ Art. 136 du Décret no 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat; cf. Jacques Hamelin/André Damien, *Les règles de la profession d'avocat*, Paris 1995, p. 69 ss.

¹³⁰ Art. 7 de la loi no 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

¹³¹ Cf. Jacques Hamelin/André Damien, p. 69.

¹³² Cf. Jessnitzer/Blumberg, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, note 16 ss

Au Danemark en revanche, un accord a été conclu en 1996 entre le gouvernement, l'association des juristes d'entreprise et le Barreau; cet accord permet aux juristes d'entreprise de s'inscrire au barreau et d'être traités comme des avocats indépendants¹³³.

Compte tenu de la diversité des situations nationales dans les pays de l'UE, le droit européen réserve la possibilité pour les Etats membres de l'UE de permettre à des avocats salariés - même par des entreprises privées - de pratiquer la représentation en justice. En vertu de l'art. 8 de la directive 98/5/CE sur l'établissement des avocats, l'avocat inscrit dans un Etat membre d'accueil sous le titre d'origine peut exercer en qualité d'avocat salarié d'un autre avocat, d'une association ou société d'avocats, ou d'une entreprise publique ou privée dans la mesure où l'Etat membre d'accueil le permet pour les avocats inscrits sous le titre professionnel de cet Etat membre.

La question de savoir si un avocat salarié dans son Etat d'origine peut pratiquer sous forme de prestation de service la représentation en justice dans le pays d'accueil est réglée par l'art. 6 de la directive 77/249/CEE qui prévoit que "chaque Etat membre peut exclure les avocats salariés liés par un contrat de travail avec une entreprise publique ou privée de l'exercice des activités de représentation et de défense en justice de cette entreprise dans la mesure où les avocats établis dans cet Etat ne sont pas autorisés à les exercer".

172.15 Résultats de la procédure de consultation

Le projet de LLCA mis en consultation se bornait à poser le principe - à titre de règle professionnelle - que l'avocat était soumis au devoir d'indépendance dès lors qu'il était admis, au regard du droit cantonal, à exercer la représentation en justice. Il ne donnait pas - pas plus que les législations cantonales - de définition plus précise de l'indépendance. Le projet n'interdisait pas expressément qu'un avocat salarié soit inscrit au registre des avocats. Bien que salarié, l'avocat restait soumis au devoir d'indépendance et agissait en son nom personnel et sous sa propre responsabilité. Or, si un avocat salarié est admis à s'inscrire dans un registre cantonal en vertu d'une pratique "libérale" d'un canton, un canton à la pratique plus restrictive - qui n'accepte par principe aucun avocat salarié à représenter en justice - ne pourra pas lui refuser le droit de pratiquer sur son territoire sous le prétexte qu'il est salarié; il pourra tout au plus engager une procédure disciplinaire contre lui pour le motif que l'avocat ne respecte pas la règle professionnelle (fédérale) de l'indépendance. Ce serait en fin de compte le Tribunal fédéral qui pourrait trancher la question en cas de recours.

Tous les milieux qui se sont prononcé au sujet de l'indépendance ont réclamé une définition plus précise de l'indépendance à l'échelon fédéral et, partant, une solution uniforme pour l'ensemble de la Suisse. Pour le reste, les avis sont partagés et peuvent

relatives au § 7, qui précise: "Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu versagen, [...] wenn der Bewerber eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann; [...]".

¹³³

European Counsel, septembre 1996, p. 29.

se répartir en trois catégories:

- les organismes qui ne se prononcent pas et qui souhaitent seulement qu'une solution uniforme soit adoptée [deux gouvernements (SH et TG), cinq tribunaux cantonaux (GL, LU, SO, UR, TG), un parti (PRD)];
- ceux qui souhaitent interdire aux avocats salariés de représenter des parties en justice, à moins que leur employeur soit lui-même inscrit au registre [dix gouvernements (AR, BE, BL, FR, GE, NE, SG, SO, UR, VD), quatre tribunaux cantonaux (JU, BL, VD et ZG), deux partis (PS et PDC), la FSA, l'USPL, l'ASM et l'ACSI]; ils craignent que les avocats salariés admis à plaider dans certains cantons à tendance "libérale" puissent, par le biais de l'inscription au registre, plaider également dans les cantons o Cf. Jacques Hamelin/André Damien, Les règles de la profession d'avocat, Paris 1995, p. 69 ss.ù le statut de salarié exclut une activité de monopole;
- et enfin ceux qui souhaitent une solution libérale [le gouvernement SZ, l'ASJE, l'ASA, le Vorort, l'ASB, la Commission de la concurrence].

172.16 Jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur certaines exigences en matière d'indépendance de l'avocat.

I. Activité salariée et activité indépendante parallèles sans rapport l'une avec l'autre

Dans l'arrêt Sauvin du 18 octobre 1985 (RDAF 1986 p. 157 ss), comme dans l'arrêt du 12 décembre 1996 dans la cause G., le Tribunal fédéral a expressément admis qu'un avocat salarié pouvait, indépendamment de son travail, pratiquer la représentation en justice. L'exercice d'une activité parallèle, même à titre prépondérant, ne porte aucun préjudice à la qualité des services et à l'indépendance de l'avocat; une profession parallèle à l'activité d'avocat est constitutionnellement autorisée (ATF 123 I 193)¹³⁴. Le canton de Berne a aussi admis qu'un fonctionnaire peut exercer une activité d'avocat bien que la loi bernoise exige formellement l'indépendance¹³⁵.

II. Représentation des clients d'un employeur par un avocat salarié par cet employeur

Ce cas de figure est plus problématique et représente le véritable enjeu du débat sur l'indépendance. La jurisprudence du Tribunal fédéral sur cette question est nuancée. En effet, dans les arrêts Ilg et Clivaz, le Tribunal fédéral a admis qu'un avocat salarié par une personne morale pouvait valablement représenter en justice,

¹³⁴ Puisque la liste des conditions d'inscription au registre prévues par la LLCA est exhaustive, il n'est pas nécessaire de préciser ce point dans la loi.

¹³⁵ Arrêt du Tribunal administratif bernois du 15 avril 1985; cf. Wolffers, op. cit., p. 59.

alors que dans le dernier arrêt en date (ATF 123 I 193) il a dénié à un avocat salarié par une assurance de protection juridique le droit de représenter les clients de l'assurance en justice.

- Arrêt Ilg du 17 octobre 1980 (non publié)

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait à examiner si un avocat employé par un syndicat pour conseiller et représenter les membres du syndicat respectait le devoir d'indépendance. Se référant aux considérants de la décision attaquée, le Tribunal fédéral a jugé que l'indépendance financière de l'avocat était garantie du moment que l'avocat était rétribué par le syndicat et non pas par les clients.

- Arrêt Clivaz du 22 octobre 1987 (ATF 113 Ia 279)

Dans le cas d'un avocat employé par une fondation de droit privé, à but social et humanitaire (conseiller gratuitement et représenter en justice des créanciers économiquement faibles de pensions alimentaires), la Chambre des avocats du canton de Berne avait estimé que l'avocat avait violé le devoir d'indépendance prévu par la loi bernoise sur la profession d'avocat. Le Tribunal fédéral a critiqué le fait de prétexter des pratiques susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de l'avocat pour ne défendre que des intérêts corporatistes incompatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie ("rein standespolitische Interessen, die mit der Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbar sind"). Le Tribunal fédéral a donc cassé la décision de la Chambre des avocats.

- Arrêt I. du 18 avril 1997 (ATF 123 I 193)

Dans son dernier arrêt sur la question de l'indépendance, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence. Dans le cas d'un avocat employé par une assurance de protection juridique et qui souhaitait défendre les clients de cette assurance, et bien que l'avocat ait disposé d'un contrat de travail lui laissant une totale indépendance dans la manière de traiter ses mandats, le Tribunal fédéral a estimé que l'indépendance de l'avocat était menacée car les intérêts de la compagnie de protection juridique pourraient être contraires aux intérêts de ses clients. L'intérêt de la compagnie de protection juridique à freiner les dépenses découlant de procédures judiciaires peut s'opposer à l'intérêt du client de bénéficier d'une protection juridique aussi complète que possible.

3 Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral

On peut donc dégager de la jurisprudence du Tribunal fédéral les thèses suivantes :

- L'activité d'avocat n'a pas à être pratiquée à temps complet; une activité salariée accessoire est autorisée.
- On ne saurait interdire par principe à un avocat salarié de défendre les clients de son employeur.

- Un avocat salarié peut défendre les clients de son employeur pour autant qu'aucun conflit d'intérêts ne soit possible entre le client et l'employeur.
- Un conflit d'intérêts est suffisamment vraisemblable dans le cas d'un avocat salarié par une assurances de protection juridique pour lui interdire d'exercer dans le cadre du monopole.

172.17 Critères pour l'adoption d'une réglementation sur la question de l'indépendance

L'indépendance de l'avocat doit être garantie tant au moment de l'inscription au registre que dans l'exercice de la profession. Comme on l'a vu ci-dessus, le problème des différentes interprétations des autorités cantonales en matière d'indépendance se pose aujourd'hui déjà en vertu de la LMI. A moins d'exclure de manière générale les avocats salariés du registre, ou au contraire de les admettre de manière générale, une solution plus nuancée qui reflète les principes dégagés par le Tribunal fédéral est extrêmement délicate à trouver. On relèvera qu'aucune législation cantonale ne donne aujourd'hui de définition précise de l'indépendance.

La LLCA vise avant tout la libre circulation des avocats. La solution retenue dans la LLCA doit notamment:

- ne pas bloquer une possible évolution dans ce domaine¹³⁶;
- respecter la casuistique du Tribunal fédéral;
- être eurocompatible - voire "euroconviviale" (simplicité, transparence) - sur la question des avocats salariés dans le cadre de la libre circulation des avocats entre la Suisse et l'UE¹³⁷;
- être dans l'intérêt du justiciable;
- et enfin permettre une définition de l'indépendance valable pour l'ensemble de la Suisse.

Le respect de ces critères conduit à retenir une solution relativement souple et ouverte. Sans se référer explicitement à la notion d' "avocat salarié", la LLCA se limite à prévoir que l'autorité qui tient le registre examine, déjà au moment de la demande d'inscription, si l'avocat est en mesure d'exercer en toute indépendance. Par rapport au projet de LLCA mis en consultation, on introduit donc un premier examen de l'indépendance lors de l'inscription déjà. Les autorités cantonales de surveillance doivent alors examiner concrètement si l'avocat est "indépendant", notamment au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'indépendance reste évidemment aussi une règle professionnelle qui s'impose à l'avocat dans l'ensemble de son activité professionnelle.

¹³⁶ La question de l'organisation des études d'avocats (par exemple sous forme de sociétés anonymes) se posera probablement prochainement en Suisse, comme elle se pose déjà dans de nombreux pays (cf. Dreyer, op. cit. p. 514).

¹³⁷ Cf. ch. 2.13 ci-dessus; en vertu de l'art. 6 de la directive 77/249/CEE, qui sera reprise dans le cadre de l'accord bilatéral entre l'UE et la Suisse, la question de l'exercice salarié de la profession d'avocat se posera à nouveau.

Cette solution laisse aux autorités de surveillance, voire aux tribunaux, le soin de fixer les contours de l'indépendance en tenant compte essentiellement des problèmes de conflits d'intérêts. Elle ne porte pas préjudice à une évolution des pratiques cantonales en la matière. Elle favorise, par le biais de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'émergence d'une conception uniforme de la notion d'indépendance au niveau suisse, et donc conduit à une harmonisation progressive des pratiques cantonales. Enfin, cette solution est parfaitement compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.

172.2 Règles professionnelles fédérales

Dans le cadre de la procédure de consultation, plusieurs organismes consultés ont critiqué le fait que le projet instituait des règles professionnelles fédérales directement applicables, tout en réservant aux cantons la possibilité d'édicter des règles professionnelles cantonales complémentaires. Cette double réglementation pourrait poser des problèmes pratiques. En cas de recours par exemple, un avocat ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire pour violation à la fois d'une règle professionnelle fédérale et d'une règle professionnelle cantonale devrait déposer deux recours au Tribunal fédéral: un recours de droit administratif en ce qui concerne la première violation et un recours de droit public pour ce qui est de la seconde.

Pour éviter ce double système de règles professionnelles, la LLCA règle de manière exhaustive les règles professionnelles pour les avocats. Cette unification est gage de sécurité pour les avocats suisses et de l'UE, qui n'auront plus à se préoccuper des particularismes cantonaux en matière de règles professionnelles. La coexistence en Suisse de 26 ensembles de règles professionnelles pour la profession d'avocat n'est plus justifiable aujourd'hui dans la perspective de la libre circulation. Il faut noter que, dans tous les pays voisins, la profession d'avocat est réglementée au niveau national. Une unification des règles professionnelles sera également de nature à encourager la mobilité des avocats, et à permettre une pratique plus transparente des autorités de surveillance en cas de recours. Cette solution permet également de limiter la portée des règles déontologiques (Standesregeln), édictées par les associations professionnelles, qui serviront avant tout à interpréter si nécessaire la portée des règles professionnelles. Des critiques se sont élevées à l'encontre de ces règles déontologiques, dont l'intérêt public est parfois discutable; la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart., RS 251) a du reste accentué encore la remise en cause des règles déontologiques¹³⁸. En unifiant au niveau fédéral les règles professionnelles que tout avocat doit observer en Suisse, la LLCA permet non seulement d'éviter des problèmes de concours entre règles professionnelles cantonales, mais elle opère également une distinction claire entre règles professionnelles (étatiques) et règles déontologiques.

172.3 Honoraires

¹³⁸ Cf. Benoît Chappuis, Signification et fonction des règles déontologiques, in *Droit suisse des avocats*, Walter Fellmann éd., Berne 1998, p. 140.

En matière d'honoraires, le projet LLCA mis en consultation prévoyait que les cantons devaient se limiter à édicter des recommandations; les tarifs étatiques auraient ainsi été abolis. Certains organismes consultés estimaient que des tarifs étatiques étaient indispensables pour garantir une certaine transparence, d'autres au contraire trouvaient des recommandations inutiles voire contre-productives¹³⁹. Une majorité des organismes qui se sont prononcés sur la question souhaitent certes une libéralisation des honoraires, mais les avis sont très partagés sur la question de savoir quel système est préférable¹⁴⁰.

En pratique toutefois, une concurrence existe déjà. On peut constater des différences notables sur le tarif horaire facturé dans un même canton, même lorsque des tarifs étatiques existent, car ces tarifs sont souples et permettent en définitive une grande liberté dans la manière de calculer les honoraires. Ceci relativise la portée de tels tarifs.

Compte tenu de la diversité des avis exprimés ainsi que du fait que le lien entre honoraires et libre circulation est relativement lâche, la LLCA renonce à imposer aux cantons une réglementation uniforme en matière d'honoraires. Dans le cadre de la révision de sa loi sur les avocats, chaque canton pourra examiner la question des honoraires et choisir le système qui lui paraît le meilleur.

18 Classement d'intervention parlementaire

Le postulat 94.335 Stamm Luzi "Liberté d'établissement pour les avocats. Abolition des barrières intercantionales", adopté comme motion par le Conseil national le 20 Décembre 1995 et transformée en postulat par le Conseil des Etats le 3 juin 1996, peut être classé. Le présent projet de loi remplit en effet complètement les objectifs du postulat puisqu'il permet à tout avocat inscrit à un registre d'exercer la profession d'avocat dans n'importe quel canton, sans frais ni formalités. Pour les raisons exposées sous ch. 16 ci-dessus, la LLCA renonce toutefois à instituer un registre fédéral pour atteindre ces objectifs.

¹³⁹ Quatre gouvernements (LU, TG, UR, OW) estiment que, pour des raisons de transparence, les clients doivent pouvoir estimer ce que leur coûtera une procédure. Il est donc nécessaire de disposer de tarifs étatiques et non de simples recommandations. Les gouvernements TG et UR souhaitent également que les cantons puissent continuer à édicter des tarifs étatiques. Pour le gouvernement NE, les cantons ne doivent avoir que la possibilité et non l'obligation d'édicter des recommandations. Le gouvernement BE estime que des tarifs étatiques sont nécessaires pour les cas d'assistance judiciaire et de défense d'office. Quatre tribunaux cantonaux (BS, OW, SG, TG) préfèrent également la solution des tarifs étatiques (sous réserve toutefois d'un accord sur des tarifs plus bas entre l'avocat et le client).

¹⁴⁰ Bien qu'AG connaisse encore des tarifs contraignants en matière d'honoraires, le gouvernement AG estime qu'une intervention étatique dans ce domaine est contre-productive et s'oppose à une réglementation, même non contraignante. Le gouvernement SO estime qu'il appartient aux organisations professionnelles d'adopter des tarifs dans le cadre de la loi fédérale sur les cartels; c'est en définitive le marché qui décide si un tarif est "juste" ou non. Quatre tribunaux cantonaux (AG, GL, BL, SO) s'opposent aux recommandations en matière d'honoraires. AG estime que des recommandations en matière de tarifs sont de nature à nuire à la concurrence; GL est du même avis, et s'oppose aussi bien aux tarifs étatiques qu'aux recommandations. Le tribunal cantonal BL estime que des tarifs étatiques sont toutefois nécessaires pour les cas d'assistance judiciaire et de défense d'office. Le Tribunal cantonal GL souhaite également, au cas où des recommandations étatiques seraient prévues, que la loi précise davantage leur fonction. Un parti (le PDC) propose de biffer cette disposition, le système lui paraissant peu clair.

2 Partie spéciale

21 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 doctrine¹⁴¹ et par la grande majorité des cantons.

Par "certificat de capacité" (Fähigkeitsausweis), qui est le terme utilisé à l'art. 33 de la Constitution fédérale, on entend le certificat attestant des connaissances professionnelles théoriques et pratiques. 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 canton¹⁴².

22 La conception de la loi

La LLCA garantit 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, les procédures cantonales d'autorisation de pratiquer étant totalement supprimées. 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, dès lors aussi que les avocats des Etats membres de l'UE peuvent à certaines conditions pratiquer en Suisse, il est nécessaire d'unifier au niveau fédéral un certain nombre de points:

- les conditions de la libre circulation intercantonale des titulaires de brevets d'avocats cantonaux;
 - de registres cantonaux des avocats;
 - de règles professionnelles;
 - de surveillance disciplinaire;
- de réglementation du titre professionnel;
- d'accès à la profession pour les avocats ressortissants des pays de l'UE.

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

¹⁴¹ Cf. Wolffers, op. cit., p. 63; cf. également Rothenbühler, op. cit. p. 59.

¹⁴² 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).

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.

23 Commentaire des différentes dispositions de la loi

231 Objet et champ d'application (section 1)

231.1 Objet (article premier)

La libre circulation intercantonale des avocats est garantie à l'heure actuelle par l'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution ainsi que 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. 1 al. 1 en liaison avec l'art. 3). Elle fixe également les principaux principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat sur le territoire suisse.

La LLCA n'a pas pour but de remplacer complètement les législations cantonales sur les avocats, qui resteront nécessaires, mais d'unifier 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.

L'aboutissement des négociations bilatérales avec l'UE, et en particulier l'Accord sur la libre circulation des personnes, impliquent la transposition en droit suisse de la réglementation pertinente de l'UE (directives 77/249/CEE, 89/48/CEE et 98/5/CE, cf. ch. 14). Cette transposition doit être faite pour l'essentiel au niveau fédéral. L'alinéa 2 précise donc que la LLCA détermine les modalités selon lesquelles les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE peuvent pratiquer la représentation en justice en Suisse.

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 cantonal¹⁴³. Il s'agit d'avocats qui travaillent à titre indépendant (sur la notion d'indépendance, cf. ch. 172.1). 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. Il ne pourra donc se

¹⁴³ 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 ce canton devront aussi s'inscrire au registre cantonal s'ils souhaitent bénéficier de la libre circulation.

prévaloir du titre d' "avocat inscrit au registre" ou d' "avocat au barreau", ce qui le distinguera aux yeux du public des avocats inscrits au registre.

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 ou des fiduciaires par exemple à exercer la représentation en justice, ceux-ci sont soumis à la LLCA et doivent s'inscrire dans un registre cantonal. Il sont ainsi tenus de respecter les 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 1993¹⁴⁴. 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'art. 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.

La LLCA s'applique naturellement aussi aux avocats des Etats membres de l'UE qui ont été admis à pratiquer la représentation en justice en Suisse en vertu de la LLCA. En outre, les dispositions pertinentes (règles professionnelles, surveillance et sanctions disciplinaires) s'appliqueront aussi à un avocat provenant d'un Etat autre que ceux de l'UE, et qui aurait été exceptionnellement admis par une juridiction cantonale à plaider dans une affaire déterminée.

232 Libre circulation entre les cantons et registres cantonaux des avocats (section 2)

232.1 Principe de la libre circulation entre les cantons(art. 3)

L'art. 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

¹⁴⁴ ATF 119 Ia 35 et arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 1993 dans la cause Tim Brockmann contre le Conseil d'Etat du canton de Genève.

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

Deux organismes consultés (Tribunal cantonal BS et VD) avaient souhaité que les avocats justifient de leur inscription à un registre cantonal lorsqu'ils se présentent pour la première fois devant une autorité judiciaire. On renonce pourtant à ancrer une telle obligation dans la loi. Si nécessaire et en cas de doute, le juge pourra d'une part demander à l'avocat d'établir le fait qu'il est bien inscrit à un registre, d'autre part se renseigner directement auprès de l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit.

232.2 Registre cantonal des avocats (art. 4)

Pour les raisons exposées ci-dessus (cf. ch. 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'art. 9 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'art. 6 ainsi que les conditions personnelles de l'art. 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 justice, celui-ci doit s'inscrire au registre et est ainsi soumis au contrôle de l'autorité de surveillance.

L'al. 2 de l'art. 4 LLCA précise le contenu du registre. Il s'agit de certaines données personnelles au sens de l'art. 3, let. a, de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1): 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 (qui permet de déterminer quel est le titre professionnel de

l'avocat), les attestations établissant que les conditions personnelles prévues à l'art. 7 sont remplies, la ou les adresses professionnelles ainsi que, le cas échéant, le nom de l'étude au sein de laquelle il travaille (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'art. 14, al. 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'al. 3 de l'art. 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.

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. Si il dispose de plusieurs études, l'avocat doit s'inscrire dans le canton où il dispose de son étude principale.

Selon le projet mis en consultation, un avocat aurait dû s'inscrire dans chaque canton dans lequel il aurait disposé d'une adresse professionnelle. Les avocats qui disposent d'études dans plusieurs cantons¹⁴⁵ auraient dû s'inscrire dans tous ces cantons, afin de ne pas créer deux catégories d'avocats au sein d'un même canton: ceux disposant de leur étude principale et ceux d'une adresse "secondaire". La LLCA renonce à cette solution car elle a été modifiée sur deux points par rapport au projet mis en consultation: les règles professionnelles sont désormais unifiées au niveau fédéral (art. 11), et l'interdiction de pratiquer prononcée par l'autorité de surveillance d'un canton au registre duquel l'avocat n'est pas inscrit déploie ses effets sur tout le territoire suisse (art. 16).

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 pourrait se voir refuser la possibilité d'exercer la représentation en justice dans les autres cantons.

Un canton pourrait, contre toute vraisemblance, délivrer des brevets d'avocat ne satisfaisant pas aux conditions des art. 6 et 7 LLCA. Un canton tiers pourrait certes admettre un avocat ayant obtenu un tel brevet à pratiquer la représentation en justice

¹⁴⁵ Selon les statistiques dont dispose la FSA, il y avait en 1998 160 avocats en Suisse à être inscrits dans deux barreaux cantonaux, et seuls trois avocats seraient inscrits dans trois cantons.

sur le territoire de ce canton, mais cet avocat n'aurait évidemment pas le droit d'être inscrit à un registre des avocats.

En vertu de l'art. 11, let. i, 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). Le refus de l'inscription 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 dont les registres permettant déjà 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'art. 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'art. 6.

232.41 Formation juridique universitaire (art. 6 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'avocat¹⁴⁶. 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 Grisons¹⁴⁷ 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"¹⁴⁸. 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

¹⁴⁶ AR, OW, SZ et TG n'exigent toutefois pas formellement un diplôme universitaire.

¹⁴⁷ Art. 3 ch. 3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1955 sur le certificat de capacité et l'exercice de la profession d'avocat.

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

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 ans¹⁴⁹. 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. ch. 14 ci-dessus). Compte tenu de cette directive, les cantons doivent également admettre au stage les ressortissants des Etats membres de l'UE possédant une licence universitaire obtenue après au minimum trois ans d'études dans un pays membre de l'UE.

232.42 Stage (art. 6 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. ch. 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 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. En outre, une durée d'étude supérieure à trois ans ne serait pas compatible avec la directive 89/48/CEE.

Le projet mis en consultation précisait que les cantons dans lesquels l'italien est une langue officielle (Tessin et Grisons) pouvaient 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 maternelle, 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. Compte tenu de l'Accord

¹⁴⁹

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

bilatéral avec l'UE sur la libre circulation des personnes et de la nouvelle formulation de l'article 6 LLCA, il n'est plus nécessaire de prévoir une exception spécifique pour les cantons où l'italien est une langue officielle.

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.

232.5 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 actuellement¹⁵⁰.

232.51 Exercice des droits civils (art. 7 let. a)

Plusieurs législations cantonales exigent expressément que l'avocat jouisse de l'exercice des droits civils. 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 exigible¹⁵¹. 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 l'exercice des droits civils 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 incompatibles avec l'exercice 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)

¹⁵⁰ Cf. Rothenbühler, op. cit. p. 60 s.

¹⁵¹ Cf. Wolffers, op. cit. p. 67 et les références citées.

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'avocat¹⁵². 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'art. 4 de la Constitution fédérale. La bonne réputation doit s'apprécier en fonction de la nature de l'activité d'avocat¹⁵³. 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 constitutionnel¹⁵⁴.

Si un canton ne délivre plus de "certificats de bonnes mœurs" - 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.

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'art. 26, al. 1, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite¹⁵⁵ 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'art. 7, let. d, LLCA, l'avocat ne doit pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens, qu'il soit provisoire ou définitif. En vertu de l'art. 7, let. 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).

232.55 Indépendance (art. 7 let. f)

L'autorité de surveillance examine déjà au moment de la demande d'inscription au registre si l'avocat présente toutes les garanties en matière d'indépendance (cf. ch. 172.1).

¹⁵² Cf. Wolffers, op. cit. p. 72 s.

¹⁵³ ATF **104** Ia 189

¹⁵⁴ ATF **106** Ia 105

¹⁵⁵ RS **281.1**; RO **1995** 1233

232.6 Radiation du registre (art. 8)

L'autorité qui constate que l'avocat ne remplit pas ou plus l'une des conditions d'inscription au registre doit le radier d'office. Comme la radiation est prononcée en vertu du droit fédéral, le recours de droit administratif au Tribunal fédéral est ouvert. La radiation doit donc préalablement faire l'objet d'une décision susceptible d'un recours judiciaire au niveau cantonal.

232.7 Consultation du registre (art. 9)

En vertu de l'art. 9 al 1 let. a et b, la consultation du registre est réservée aux autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales (en droit fédéral, les autorités communales sont comprises dans la notion d' "autorités cantonales"), ainsi qu'aux autorités judiciaires et administratives des Etats membres de l'UE devant lesquelles l'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. 9 let. c 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. 9 let. d 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'art. 37 LPD, le traitement de données personnelles par les cantons en exécution du droit fédéral est régi par les dispositions des art. 1 à 11, 16 à 23 et 25, al. 1 et 3, à moins que le traitement des données cantonales ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données. Actuellement, seize cantons¹⁵⁶ ont une loi sur la protection des données. Un canton¹⁵⁷ a intégré quelques dispositions minimales dans son code de procédure administrative. En revanche, quatre cantons¹⁵⁸ n'ont édicté que des directives et cinq cantons¹⁵⁹ ne disposent d'aucune réglementation. La LPD s'applique donc pour le moment¹⁶⁰ dans ces neuf cantons, dans la mesure de l'art. 37 LPD.

Même si le contenu du registre n'est pas public, il se justifie pourtant de permettre à toute personne de demander à l'autorité de surveillance si un avocat est inscrit au registre, et s'il fait l'objet d'une interdiction de pratiquer. Un client, même potentiel,

¹⁵⁶ FF 1997 I 706

¹⁵⁷ Saint-Gall

¹⁵⁸ Soleure, Appenzell Rhodes-Extérieures, Grisons, Argovie

¹⁵⁹ Unterwald-le-Haut, Unterwald-le-Bas, Glaris, Zoug, Appenzell Rhodes-Intérieures

¹⁶⁰ Unterwald-le-Bas, Glaris, Zoug, Soleure, Grisons ont une loi en préparation.

doit pouvoir s'assurer que l'avocat qu'il consulte est bien habilité à pratiquer. En revanche, l'interdiction de pratiquer doit être effective au moment où la réponse est faite; une interdiction provisoire révoquée n'est pas communiquée.

Rien n'empêche en outre 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 pratiquer¹⁶¹. Chacun 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.

232.8 Titre professionnel (art. 10)

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", "Anwalt", "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.

Afin de rendre reconnaissable le fait qu'il est inscrit à un registre et que, donc, il est soumis aux règles professionnelles, l'avocat doit, dans ses relations d'affaires, mentionner son inscription au registre; pour respecter les usages et la pratique des cantons romands, il apparaît nécessaire de 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.

La dénomination professionnelle des avocats des Etats membres de l'UE est réglementée aux art. 22 (dans le cadre de la prestation de services), 27 (dans le cadre de l'exercice permanent sous le titre professionnel d'origine) et 32 (après inscription au registre).

Une réglementation du port du titre pour les avocats étrangers ne provenant pas des Etats membres de l'UE n'est pas nécessaire. 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. En vertu de l'art. 2, il n'est pas soumis à la LLCA. Deuxièmement, un avocat étranger provenant d'un pays autre que ceux de l'UE peut être autorisé exceptionnellement par un canton à représenter en justice. Il ne bénéficie pas de la libre circulation intercantonale et ne

¹⁶¹ 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.

peut pas pratiquer la représentation en justice dans les autres cantons suisses. Il s'agit alors d'un problème strictement cantonal.

233 Règles professionnelles et surveillance disciplinaire (section 3)

233.1 Généralités

Les règles professionnelles (Berufsregeln) se distinguent des règles déontologiques, ou "us et coutumes" (Standesregeln)¹⁶². 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 ne s'appliquent directement qu'aux avocats membres de l'organisation professionnelle¹⁶³. 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 européenne¹⁶⁴ 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 professionnelles¹⁶⁵. Un simple renvoi, dans une loi cantonale, aux règles déontologiques, pose pourtant certains problèmes quant aux exigences en matière de base légale¹⁶⁶. En définissant au niveau fédéral les règles professionnelles relatives à la profession d'avocat, la présente loi contribue à clarifier les rapports entre règles professionnelles et règles déontologiques pour l'ensemble de la Suisse. Une telle unification s'impose d'autant plus qu'avec l'aboutissement des négociations bilatérales, les avocats des Etats membres de l'UE pourront pratiquer sur le territoire suisse selon les modalités des directives 77/249/CEE, 89/48/CEE et 98/5/CE. Par souci de transparence, il se justifie de ne plus laisser coexister 26 réglementations cantonales différentes – plus dans la forme que dans le fond d'ailleurs -, mais de les remplacer par une réglementation claire qui se limite à l'essentiel. Les règles déontologiques quant à elles n'en demeureront pas moins utiles pour préciser les règles

¹⁶² Wolffers, op. cit. p. 11 ss; Rothenbühler, op. cit. p. 55 ss.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Cf. Statuts et lignes directrices FSA, publication no 90, p. 70.

¹⁶⁵ ATF 98 Ia 356 cons. 3

¹⁶⁶ Cf. Dreyer, L'avocat dans la société actuelle, RDS 115/1996 p. 504.

professionnelles fédérales ainsi que les obligations de l'avocat dans l'exécution du mandat.

233.2 Règles professionnelles (art. 11)

La LLCA unifie de manière exhaustive au niveau fédéral les règles professionnelles relatives à la profession d'avocat (cf. ch. 172.2).

233.21 Indépendance (art. 11 let. a)

La problématique de l'indépendance de l'avocat a été largement développée sous ch. 172.1 ci dessus. La LLCA n'exclut pas par principe qu'un avocat salarié puisse être inscrit au registre, pour autant qu'aucun conflit d'intérêt puisse exister entre les intérêts de l'employeur et les intérêts du client. Le statut d'avocat salarié présente pourtant inévitablement des risques pour les intérêts du client. Il importe donc que l'indépendance de l'avocat puisse être objectivement garantie. Une garantie formelle de cette indépendance dans le contrat de travail n'est pas suffisante, si l'employeur a objectivement un intérêt direct à l'issue de l'affaire¹⁶⁷. Il faut toutefois souligner que l'exigence de l'indépendance ne se pose pas que dans le cadre d'un rapport de travail. L'avocat doit éviter de manière générale tout conflit entre les intérêts de son client et ceux de personnes avec lesquelles il est en relation, que ce soit sur le plan professionnel ou privé.

la LLCA pose le principe que tout avocat est soumis 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. Si des doutes existent quant à l'indépendance d'un avocat, l'autorité de surveillance peut ouvrir une procédure disciplinaire.

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 professionnel¹⁶⁸. 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'auxiliaire¹⁶⁹. L'art. 321 du Code pénal suisse¹⁷⁰ sanctionne la violation du secret professionnel.

¹⁶⁷ Cf. ATF 123 I 193; cf. également Franz Werro, Les conflits d'intérêt de l'avocat, in Droit suisse des avocats, W. Feldmann éd., Berne 1998, p. 241.

¹⁶⁸ ATF 112 Ib 607

¹⁶⁹ ATF 117 Ia 348

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 profession. En revanche, et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁷¹, 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 ch. 13 ci-dessus).

En vertu de l'art. 101 du code des obligations (CO)¹⁷², l'avocat est responsable du préjudice qu'un auxiliaire cause dans l'accomplissement de la tâche confiée. L'art. 11, let. 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'art. 101 CO.

233.23 Publicité (art. 11 let. c)

La question de la publicité par les avocats a déjà fait en doctrine l'objet de nombreux développements, voire de controverses¹⁷³. La tendance est pourtant à un net assouplissement de l'interdiction de principe et de nombreux facteurs y contribuent¹⁷⁴:

- une part de plus en plus importante de l'activité de l'avocat a trait au conseil juridique, pour lequel l'avocat ne jouit d'aucun monopole; les avocats se sentent donc pénalisés par rapport aux fiduciaires et aux banques¹⁷⁵;
- les avocats de cantons où la publicité est interdite sont discriminés par rapport à leurs confrères pratiquant dans des cantons à la pratique plus libérale; la concurrence entre avocats, corollaire de la libre circulation, est donc faussée;
- pour les clients, la libre circulation des avocats rend nécessaire de disposer d'informations permettant de choisir son avocat en connaissance de cause;
- une interdiction de la publicité n'apparaît pas compatible avec la loi sur les cartels¹⁷⁶;

¹⁷⁰ **RS 311.0**

¹⁷¹ 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.

¹⁷² **RS 220**

¹⁷³ Cf. notamment Wolffers, op. cit. p. 150 ss.; Dreyer, op. cit., p. 459 ss.; Mirko Ros, *Anwalt und Werbung – Ein Tabu im Wandel der Zeit*, in *Droit suisse des avocats*, W. Fellmann éd., Berne 1998, p. 307.

¹⁷⁴ Cf. Philippe Richard, *La publicité personnelle de l'avocat*, in *Droit suisse des avocats*, W. Fellmann éd., Berne 1998, p. 327 ss.

¹⁷⁵ Cf. Max Oesch, *Bekanntmachung der Tätigkeitsgebiete der Rechtsanwälte*, in *L'avocat suisse*, 145/1993 p. 5 ss.

- dans la plupart des pays européens, on a assisté ces dernières années à une nette libéralisation dans ce domaine, en particulier en Allemagne, en Grande-Bretagne, en Irlande, aux Pays-Bas et au Danemark. Seuls l'Italie, l'Espagne, le Portugal et la Grèce connaissent encore une interdiction stricte de la publicité¹⁷⁷.

Une interdiction générale de toute publicité ne se justifie donc plus, ni pour les avocats, ni pour leurs clients. Il n'y a plus guère d'intérêt public qui justifie une telle interdiction. La possibilité d'indiquer des spécialisations dans des annuaires professionnels est déjà offerte dans certains cantons, mais refusée dans d'autres¹⁷⁸. Sur le plan des règles déontologiques, la FSA a modifié le 6 juin 1997 le ch. 6 de ses lignes directrices, qui stipule désormais que *"la publicité est permise à l'avocat dans les limites du droit fédéral et du droit cantonal et en respectant la dignité de la profession ainsi que le secret professionnel. La compétence des barreaux cantonaux de préciser la portée de cette règle est réservée."*¹⁷⁹. Le code de déontologie du CCBE (ch. 2.6) se borne à interdire à l'avocat toute publicité personnelle *"là où celle-ci est interdite"*. En mai 1997, la Fédération des Barreaux d'Europe a adopté une résolution sur la publicité personnelle de l'avocat par laquelle elle souhaite *"en matière de publicité individuelle ou collective de l'avocat, que tous les barreaux adoptent les règles qui, dans le strict respect des principes fondamentaux de la profession que sont le secret professionnel, la modération et la dignité, et sans être une entrave à la libre concurrence, assurent le droit légitime du public à recevoir des informations sur l'identité et la qualification des avocats"*.

La LLCA tient donc compte de ces récents développements et donne à tous les avocats pratiquant en Suisse la possibilité de faire de la publicité. Matériellement, cette publicité doit toutefois demeurer objective, et faire état par exemple de connaissances particulières, de champs d'activités préférentiels, ou d'indication concernant les honoraires exigés. La LLCA renonce à se référer à la "dignité de la profession" pour définir les limites de la publicité, cette notion étant trop imprécise. Il va de soi que l'avocat, lorsqu'il fait de la publicité, doit respecter l'ensemble des règles professionnelles, et notamment le secret professionnel.

233.24 Autres règles professionnelles (art. 11 let. d à i)

Les let. d à i de l'art. 11 concernent des points plus techniques 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 (let. d) et l'obligation faite à l'avocat de disposer d'une assurance responsabilité civile suffisante

¹⁷⁶ Pierre Tercier, Les avocats et la concurrence, in L'avocat suisse 160/1996 p. 12 ss.

¹⁷⁷ Cf. Ros, op. cit., p. 318 ss.

¹⁷⁸ Cf. Lelio Vieli, Spezialisierung oder bevorzugtes Tätigkeitsgebiet - Werbung oder Information, in L'avocat suisse, 145/1993, p. 9 ss.; Pierre Jomini, L'avocat vaudois et la publicité, in L'avocat suisse, 145/1993 p. 14 ss.

¹⁷⁹ L'ancienne teneur de l'art. 6 des lignes directrices FSA avait la teneur suivante: *"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"*.

(let. e) 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 (let. f). Les avoirs confiés à l'avocat par son client doivent être conservés séparément (let. g). 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 deux patrimoines doivent demeurer distincts. Afin d'éviter des contestations sur le montant des honoraires, la let. h de l'art. 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. ch. 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 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, l'organisation et la procédure. 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'art. 98a de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ)¹⁸⁰ 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'art. 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH)¹⁸¹ 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 *Engel*¹⁸², qu'une procédure disciplinaire ouverte contre un avocat et aboutissant à un avertissement ne constituait pas une sanction pénale au sens de l'art. 6 CEDH¹⁸³.

Chaque autorité de surveillance est tenue, en vertu de l'art. 12 LLCA, de veiller au respect des règles professionnelles et donc d'engager, le cas échéant, une procédure

¹⁸⁰ RS 173.110

¹⁸¹ RS 0.101

¹⁸² Cour eur. D.H. arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A no 22, p. 34.

¹⁸³ Requête no 8249/79, *X c/Belgique*, déc. 5.5.80, D. R. 20, p. 40.

disciplinaire pour des faits qui se sont déroulés sur le territoire de son canton. La surveillance s'exerce sur l'ensemble des activités professionnelles de l'avocat, et non seulement sur son activité dans le cadre du monopole cantonal.

233.4 Devoir de communication (art. 13)

L'art. 13 al. 1 oblige les autorités judiciaires et 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. La loi ne précise pas expressément que le client de l'avocat peut s'adresser à l'autorité de surveillance: une telle possibilité est implicite. Les autorités judiciaire et administratives fédérales doivent elles s'adresser à l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit (al. 2).

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

En accord avec la majorité des lois cantonales¹⁸⁴, 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 dispose d'une adresse professionnelle ou non (art. 12 LLCA). L'al. 1 de l'art. 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. Le résultat de la procédure doit être communiqué à l'autorité de surveillance "principale " (al. 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).

233.6 Mesures disciplinaires (art. 15)

Afin de permettre une harmonisation des pratiques disciplinaires, et comme mesure d'accompagnement à l'introduction de règles professionnelles fédérales exclusives, la LLCA unifie les peines disciplinaires.

Certaines lois cantonales ne considèrent pas l'avertissement comme une peine disciplinaire. Le Tribunal fédéral a toutefois estimé, à juste titre, que l'avocat conscien-

¹⁸⁴

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

cieux peut ressentir un avertissement comme une mesure aussi forte que le blâme¹⁸⁵. 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'al. 2 précise que l'amende peut être cumulée avec une interdiction temporaire ou définitive de pratiquer.

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 juridique¹⁸⁶. 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'avenir¹⁸⁷.

L'unification des règles professionnelles et des mesures disciplinaires au niveau fédéral permet d'étendre à l'ensemble du territoire suisse la portée d'une interdiction de pratiquer prononcée par une autorité de surveillance cantonale. Le fait que le recours de droit administratif contre des mesures disciplinaires prises violation des règles professionnelles soit ouvert devrait également permettre d'éviter des pratiques cantonales trop divergentes.

Pour être réellement efficace, une interdiction de pratiquer doit être communiquée à l'ensemble des autorités de surveillance des avocats (al. 2).

233.8 Prescription (art. 17)

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

¹⁸⁵ ATF 103 Ia 428

¹⁸⁶ Cf. Wolffers, op. cit. p. 188.

¹⁸⁷ ATF 106 Ia 100 ss.

De même que la prescription de la poursuite disciplinaire, la radiation des mesures disciplinaires doit s'effectuer de manière uniforme. 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.

234 Accès à la profession des avocats des Etats membres de l'UE

234.1 Généralités

L'Accord sur la libre circulation des personnes (ci-après: accord LCP) réalise une libéralisation réciproque de la circulation des personnes et 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. 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 que si les conditions relatives à la circulation des personnes sont remplies.

En ce qui concerne les avocats, la Suisse doit donc adapter sa législation à la directive 77/249/CEE, 89/48/CEE et 98/5/CE (cf. ch. 142). Cette transposition se fait pour l'essentiel dans la LLCA, mais les législations cantonales devront également être modifiées. La répartition entre le niveau fédéral et le niveau cantonal s'est effectuée 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 partenaires étrangers et de la marge de manœuvre laissée au législateur national par le contenu de l'Accord. Les points suivants doivent donc être réglés au niveau de la LLCA:

- l'exercice de la profession d'avocat sous forme de prestation de service par les avocats des Etats membres de l'UE;
- les modalités de l'exercice permanent de la profession d'avocat sous le titre d'origine par les avocats des Etats membres de l'UE;
- les conditions d'inscription au registre pour les avocats des Etats membres de l'UE ;
- l'assujettissement aux règles professionnelles et la surveillance disciplinaire;
- l'usage du titre professionnel.

234.2 Prestation de services par les avocats des Etats membres de l'UE

Les articles 19 à 24 règlent l'exercice de la profession d'avocat en Suisse sous la forme de la prestation de services pour les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE.

234.21 Principes (art. 19)

La directive 77/249/CEE tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats s'applique aux activités d'avocat exercées en prestation de services dans les Etats membres de l'UE (art. 1 al. 1 de la directive). Cette directive figure dans l'annexe III à l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre l'UE et la Suisse, et son champs d'application est donc étendu à la Suisse. L'art. 19 LLCA pose donc le principe que tout avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sous forme de prestation de services.

Comme la directive 77/249/CEE ne contient pas de dispositions relatives à la reconnaissance des diplômes, l'Etat d'accueil – en l'occurrence la Suisse – reconnaît comme avocat tout personne autorisée à pratiquer dans son Etat d'origine sous l'une des dénominations figurant à l'art. 1 par. 2 de la directive. L'art. 19 al. 1 LLCA renvoie à une liste de dénominations professionnelles figurant en annexe, qui correspond à la liste de l'art. 1 par. 2 de la directive 77/249/CEE (liste "consolidée", c'est-à-dire complétée par les dénominations professionnelles des Etats qui sont devenus membres de l'UE depuis l'adoption de la directive).

La directive 77/249/CEE vise aussi bien le conseil juridique que les activités relatives à la représentation en justice. Le présent projet de loi ne règle pourtant que les activités de représentation en justice, puisque le conseil juridique n'est pas réglementé en Suisse. L'art. 19 se limite donc à la réglementation des avocats ressortissants d'Etats membres de l'UE qui souhaitent pratiquer la représentation en justice en Suisse.

L'activité d'avocat exercée sous forme de prestation de services s'effectue de manière ponctuelle, passagère, par opposition à l'exercice permanent de la profession sous le titre d'origine prévu par la directive 98/5/CE. En vertu de l'art. 19 al. 2, les avocats pratiquant sous forme de prestation de services ne peuvent être inscrits au registre cantonal des avocats. En vertu de l'art. 5 de l'Accord sur la libre circulation des personnes, ils peuvent pratiquer en Suisse pendant 90 jours par an au maximum.

234.22 Devoir de légitimation (art. 20)

L'art. 7 al. 1 de la directive 77/249/CEE prévoit que l'autorité compétente de l'Etat d'accueil peut demander au prestataire de services d'établir sa qualité d'avocat. En vertu de l'art. 20 LLCA, les autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales devant lesquelles l'avocat prestataire de services exerce son activité sont habilitées à demander à l'avocat d'établir sa qualité d'avocat (en produisant son brevet d'avocat, ou une attestation de son Etat de provenance établissant qu'il est habilité à exercer la profession d'avocat, etc.). Comme l'avocat prestataire de services est soumis aux règles professionnelles (art. 23 LLCA), il est normal que les autorités de surveillance cantonales des avocats puissent également lui demander d'établir sa qualité d'avocat.

234.23 Obligation d'agir de concert avec un avocat inscrit au registre (art. 21)

L'art. 5 de la directive 77/249/CEE prévoit que l'Etat d'accueil peut imposer aux avocats prestataires de services d'agir de concert soit avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie qui est responsable, s'il y a lieu, à l'égard de cette juridiction. L'Etat d'accueil est libre d'obliger ou non l'avocat prestataire de services d'agir de concert avec un avocat de l'Etat d'accueil. Il apparaît toutefois préférable, pour des raisons pratiques, que les autorités judiciaires et administratives puissent avoir comme répondant un avocat établi en Suisse et inscrit au registre.

Dans son arrêt du 25 février 1988 dans une affaire opposant la Commission des Communautés Européennes et la République Fédérale d'Allemagne¹⁸⁸, la CJCE a précisé que l'obligation d'agir de concert avec un avocat de l'Etat d'accueil ne pouvait s'appliquer que lorsque l'assistance d'un avocat était obligatoire. L'art. 21 LLCA consacre donc cette solution jurisprudentielle.

Selon la CJCE, "agir de concert" ne signifie pas que l'avocat inscrit au registre doive lui-même être partie à la procédure, en tant que mandataire. Cela ne signifie pas non plus que l'avocat inscrit au registre doive accompagner le prestataire de service lorsqu'il plaide. La notion "agir de concert" se résume plus à une formalité, qui oblige notamment à élire domicile à l'étude de l'avocat inscrit au registre¹⁸⁹.

234.24 Titre professionnel (art. 22)

L'art. 22 reprend le contenu matériel de l'art. 3 de la directive 77/249/CEE, en vertu duquel l'avocat doit, dans l'Etat d'accueil, utiliser son titre professionnel exprimé dans la ou l'une des langues de l'Etat de provenance, avec indication de l'organisation professionnelle dont il relève ou de la juridiction auprès de laquelle il est admis en application de la législation de cet Etat. Ils se distinguent ainsi clairement des avocats inscrits au registre.

234.25 Règles professionnelles (art. 23)

L'art. 4 de la directive 77/249/CEE prévoit que l'avocat prestataire de service est soumis aux règles professionnelles de l'Etat d'accueil en plus de celles de son Etat de provenance. Ils exercent ainsi leur activité dans les mêmes conditions que les avocats de l'Etat d'accueil.

Les règles professionnelles de la LLCA (art. 11) s'appliquent donc par principe également aux avocats prestataires de services. Seuls sont expressément exclues en vertu de l'art. 23 les dispositions relatives aux défenses d'office (art. 11 let. f) et au registre (art. 11 let. i). Ces exceptions se justifient par le fait qu'il serait absurde d'obliger des avocats prestataires de services d'accepter des défenses d'office (ou ils

¹⁸⁸ Aff. 427/85, Rec. 1988, p. 1123.

¹⁸⁹ Sobotta/Kleinschnittger, Freizügigkeit für Anwälte in der EU nach der Richtlinie 98/5/EG, EuZW 21/1988, p. 645 ss.

seraient en outre contraints d'agir de concert avec un avocat inscrit au registre en vertu de l'art. 21) ou des mandats d'assistance judiciaire, alors qu'ils sont sans doute spécialisés dans certains domaines très particuliers et qu'ils plaideront en Suisse essentiellement pour le compte de clients étrangers. La disposition relative au registre ne peut en outre pas s'appliquer dans leur cas, puisqu'ils ne sont pas inscrits au registre.

234.26 Communication des mesures disciplinaires (art. 24)

L'art. 7 de la directive 77/249/CEE prévoit que l'autorité compétente de l'Etat d'accueil détermine les conséquences d'un manquement aux règles professionnelles en vigueur dans l'Etat d'accueil selon ses propres règles de droit et de procédure. Elle doit toutefois informer l'autorité compétente de l'Etat de provenance de toute décision prise.

Les règles professionnelles de la présente loi s'appliquent également aux avocats des Etats membres de l'UE pratiquant sous forme de prestation de services (art. 23). En vertu de l'art. 24, si une autorité cantonale de surveillance des avocats prononce une mesure disciplinaire contre un avocat prestataire de services, elle doit en informer l'autorité compétente de l'Etat de provenance.

Une interdiction de pratiquer, provisoire ou définitive, prononcée à l'encontre d'un avocat prestataire de services, est valable sur tout le territoire suisse, et est communiqué aux autorités de surveillances des autres cantons (art. 16).

234.3 Exercice permanent, par les avocats des Etats membres de l'UE, de la profession d'avocat sous le titre d'origine (section 5)

Les art. 25 à 28 règlent l'exercice permanent de la profession d'avocat, sous le titre d'origine, par les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE, conformément à la directive 98/5/CE (cf. ch. 14).

234.31 Principes (art. 25)

Conformément à la directive 98/5/CE, l'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE peut exercer en Suisse, sous son titre professionnel d'origine, les mêmes activités professionnelles que celles d'un avocat inscrit à un registre cantonal des avocats. Il ne peut toutefois être inscrit à un registre cantonal des avocats, mais doit s'inscrire au tableau des avocats ressortissants des Etats membres de l'UE pratiquant à titre permanent sous leur titre d'origine (art. 26).

Comme l'avocat prestataire de services, il est tenu d'agir de concert avec un avocat inscrit à un registre cantonal pour les activités où l'assistance d'un avocat est obligatoire, et est soumis aux règles professionnelles de l'article 11 à l'exception de celles relatives aux défenses d'office et aux mandats d'assistance judiciaire (lettre f) et au registre (lettre i).

234.32 Inscription au tableau (art. 26)

L'avocat qui souhaite exercer sous son titre d'origine s'annonce auprès de l'autorité de surveillance des avocats du canton dans lequel il dispose d'une adresse professionnelle. Sur la seule base d'une attestation d'inscription auprès de l'autorité compétente de l'Etat d'origine, l'autorité de surveillance l'inscrit sur un tableau qui ne comprend que les avocats des Etats membres de l'UE pratiquant sous leur titre d'origine. La directive ne dit rien sur la question des frais liés à cette inscription¹⁹⁰. Le tableau est une liste des noms et adresses des avocats des Etats membres de l'UE pratiquant sous leur titre professionnel d'origine; il ne doit pas être confondu avec le registre. L'autorité de surveillance doit informer l'autorité compétente de l'Etat d'origine de ce que l'avocat a été inscrit au tableau (art. 3 al. 2 in fine de la directive 98/5 CE). L'avocat pratiquant sous son titre d'origine n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats, qui ne comprend que des avocats titulaires d'un brevet cantonal, ou les avocats ayant réussi l'examen d'aptitude en vertu de la directive 89/48/CEE, ou encore les avocats intégrés en Suisse après avoir exercé pendant une période de trois ans sous leur titre d'origine.

234.33 Titre professionnel (art. 27)

Conformément à la directive 98/5/CE, il doit être possible de distinguer sur la seule base du titre professionnel les avocats de l'Etat d'accueil des avocats pratiquant à titre permanent sous leur titre d'origine. Comme l'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE pratiquant en Suisse sous forme de libre prestation de services dans le cadre de la directive 77/249/CEE, l'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE pratiquant sous son titre d'origine à faire état de son titre dans la ou l'une des langues de son pays d'origine. A la différence de l'avocat pratiquant sous forme de libre prestation de services il n'est pas obligé de faire suivre son titre professionnel d'origine de l'organisme professionnel dont il relève dans son Etat de provenance, ou de la juridiction auprès de laquelle il est habilité à exercer en application de la législation de cet Etat. Il doit seulement, le cas échéant, compléter son titre de manière à éviter toute confusion avec une personne titulaire d'un brevet d'avocat cantonal inscrit à un registre cantonal des avocats.. Si par exemple un avocat portugais pratiquant en Suisse de manière permanente sous titre d'origine utilise son titre de "advogado", aucune mention supplémentaire ne sera exigible, puisqu'aucun risque de confusion n'existe avec un titre suisse. En revanche, un avocat français devra compléter son titre d' "avocat", puisqu'il correspond à un titre suisse.

234.34 Coopération avec l'autorité de surveillance de l'Etat de provenance (art. 28)

La directive 98/5/CE prévoit une certaine coopération entre les autorités compétentes de l'Etat d'accueil et celles de l'Etat de provenance. Ceci découle de la double inscription de l'avocat auprès des autorités compétentes de l'Etat d'origine et au tableau cantonal. Cette double inscription implique un double assujettissement, aux règles

¹⁹⁰ Jacques Pertek, Nouvelle étape vers l'Europe des avocats: la directive CE no 98-5 du 16 février 1998 sur l'exercice permanent dans un autre Etat membre, Recueil Dalloz 1998, 30^e cahier p. 287.

professionnelles de l'Etat de provenance d'une part, et aux règles professionnelles de l'Etat d'accueil d'autre part.

La coopération entre autorités de surveillance ne porte pas atteinte au principe selon lequel la décision finale relève exclusivement de la compétence des autorités suisses. La sanction disciplinaire prononcée par une autorité de surveillance ne déploie d'effet qu'en Suisse. L'autorité compétente de l'Etat d'origine peut toutefois tirer ses propres conclusions de la décision disciplinaire prise en Suisse. L'interdiction de pratiquer prise à l'encontre d'un avocat d'un Etat membre de l'UE exerçant de manière permanente en Suisse sous son titre d'origine s'applique à l'ensemble du territoire suisse. Elle est communiquée aux autorités de surveillance des autres cantons (art. 16).

234.4 Inscription des avocats des Etats membres de l'UE à un registre cantonal des avocats (section 6)

234.41 Principes (art. 29)

C'est l'inscription au registre qui permet aux avocats ressortissants des Etats membres de l'UE d'intégrer complètement la profession d'avocat en Suisse. Il n'y a alors plus de différence matérielle entre l'avocat titulaire d'un brevet cantonal inscrit au registre et l'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE inscrit en vertu de l'art. 29, puisque l'avocat ressortissant d'un Etat membre inscrit au registre est soumis à l'ensemble des règles professionnelles et n'a plus à agir de concert dans les cas prévus par la loi [art. 21 et 25 al. 2]. Il n'y a plus non plus de différence formelle, puisque l'avocat n'est plus tenu de faire usage de son titre professionnel d'origine et pourra prendre le titre professionnel du canton dans lequel il s'inscrit au registre,

Les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE disposent de deux voies pour s'inscrire à un registre cantonal des avocats: soit ils se présentent à une épreuve d'aptitude (conformément à la directive 89/48/CEE), soit ils exercent leur profession pendant au minimum trois ans en Suisse en étant inscrit au tableau (conformément à la directive 98/5/CE) et demandent ensuite leur inscription. Dans les deux cas, c'est la commission cantonale des examens d'avocat qui décidera si l'avocat peut être inscrit. Lorsqu'il demande son inscription après avoir exercé de manière permanente sous son titre d'origine, l'avocat doit établir qu'il a eu une activité régulière et effective en droit suisse pendant une période minimale de trois ans. Par activité effective, on entend une activité que l'avocat déploie lui-même sous sa propre responsabilité. Par activité régulière, on entend une activité qui ne soit interrompue que par des événements de la vie courante¹⁹¹. La question de savoir si l'expérience en matière de représentation en justice est suffisante devra également être appréciée par la commission. Si son activité en Suisse n'a pas porté sur le droit suisse pendant les trois ans, l'avocat devra se présenter à un entretien de vérification des compétences professionnelles

234.42 Epreuve d'aptitude (art. 30)

¹⁹¹ Pertek, op. cit. p. 288.

Le droit de se faire inscrire au registre après une épreuve d'aptitude découle de l'art. 3 de la directive 89/48/CEE relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur. En vertu de cet article, tout titulaire d'un diplôme obtenu après trois ans au moins d'enseignement supérieur doit pouvoir exercer sa profession dans les autres Etats membres de l'UE, si sa formation - éventuellement suivie d'une formation complémentaire (par exemple un stage et l'examen qui le suit) - lui donne accès à la profession considérée dans l'Etat d'origine. Toutefois, l'Etat d'accueil peut exiger du migrant des mesures de formation complémentaire sous la forme d'une épreuve d'aptitude ou d'un stage de formation si la formation ou la profession diffèrent de manière substantielle entre l'Etat qui a délivré le diplôme et l'Etat d'accueil (art. 4 de la directive 89/48/CEE). Pour les professions juridiques, l'Etat d'accueil peut choisir s'il entend imposer une épreuve d'aptitude ou un stage de formation. S'agissant des avocats, tous les Etats membres de l'UE à l'exception du Danemark ont choisi d'imposer une épreuve d'aptitude dans le droit interne du pays d'accueil. La LLCA introduit elle aussi le principe d'une épreuve d'aptitude.

Ce sont les cantons qui auront à organiser l'épreuve d'aptitude. La commission cantonale des examens d'avocat - il s'agira de la même commission qui examine les candidats à l'obtention d'un brevet d'avocat cantonal - devra, de cas en cas, examiner les matières sur lesquelles elle estime que le candidat doit être interrogé. Ces matières devront être choisies parmi celles dans lesquelles les candidats à l'obtention d'un brevet cantonal sont interrogés. Il s'agira donc, dans la liste des matières qui ne sont pas couvertes par la formation du candidat, d'effectuer un choix et de retenir pour l'examen les matières dont la connaissance est une condition essentielle pour la pratique de la profession d'avocat en Suisse. L'expérience professionnelle du candidat devra également être prise en compte.

234.43 Entretien de vérification des compétences professionnelles (art. 31)

Un avocat inscrit au tableau des avocats exerçant de manière permanente sous leur titre d'origine peut demander à être inscrit au registre des avocats après une activité effective et régulière d'une durée de trois ans au moins en droit suisse. Toutefois, si, au cours de la période minimale de trois ans pendant laquelle l'avocat a été inscrit au tableau, l'activité en droit suisse n'a pas duré trois ans, le candidat à l'inscription au registre doit se présenter à un entretien destiné à vérifier ses compétences professionnelles. Ce sera la Commission cantonale des examens d'avocat qui appréciera, sur la base des informations et des documents produits par le candidat (dossiers qu'il a traités, séminaires et cours qu'il a suivis, etc.), si celui-ci peut être inscrit au registre. Il s'agit ainsi de porter une appréciation sur l'activité développée par le candidat, notamment sur son expérience pratique en matière de représentation en justice, et de juger si il est apte à poursuivre son activité en étant inscrit au registre. Cet entretien ne doit toutefois pas devenir une sorte d'épreuve d'aptitude déguisée.

234.44 Titre professionnel (art. 32)

L'avocat pourra utiliser le titre professionnel du canton au registre duquel il est

inscrit. Ainsi par exemple, si il s'inscrit au registre du canton de Bâle, il utilisera le titre de "Advokat"; à Berne, qui connaît deux titres officiels, il pourra utiliser en allemand le titre de "Fürsprecher", et en français le titre d' "avocat". Dans les deux cas, il fera suivre la mention de son inscription au registre des avocats (art. 10 LLCA). En vertu de l'art. 10 al. 6 de la directive 98/5/CE, l'avocat pourra continuer à faire usage, à côté du titre professionnel d'avocat inscrit au registre, de son titre professionnel d'origine indiqué dans la langue officielle de son Etat d'origine.

235 Dispositions finales (section 7)

235.1 Modification du droit en vigueur (art. 33)

Selon la version actuelle de l'art. 29, al. 2, de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, OJ, RS 173.110), peuvent seuls agir comme mandataires dans les affaires civiles et pénales les avocats patentés et les professeurs de droit des universités suisses. Cette réglementation n'est pas compatible avec l'Accord bilatéral entre la Suisse et l'UE sur la libre circulation des personnes, et donc avec les dispositions de la LLCA qui prévoient que les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE peuvent représenter en justice sur le territoire suisse. Elle doit donc être modifiée.

En vertu du nouvel art. 29 al. 2, les avocats qui, en vertu de la loi sur les avocats ou d'un traité international, sont autorisés à pratiquer la représentation en justice en Suisse devant les autorités judiciaires suisses peuvent agir comme mandataires dans les affaires civiles et pénales devant le Tribunal fédéral. Il s'agira donc des avocats inscrits au registre, des avocats ressortissants des Etats membres de l'UE qui pratiquent en Suisse sous forme de prestation de services ou de manière permanente sous leur titre d'origine - en étant inscrit à un tableau – et enfin des avocats provenant d'autres Etats que ceux de l'UE, avec lesquels la Suisse aurait conclu un traité en la matière les autorisant à pratiquer la représentation en justice dans notre pays.

Comme jusqu'ici, les professeurs de droit des universités suisses seront eux aussi autorisés à agir comme mandataires devant le Tribunal fédéral, même sans posséder de brevets d'avocat.

Dans sa version actuelle, l'art. 29 al. 3 OJ prévoit que, sous réserve de réciprocité, les avocats étrangers peuvent être admis à titre exceptionnel comme mandataires. Cette disposition n'est plus nécessaire pour ce qui est des avocats ressortissants des Etats membres de l'UE, qui sont déjà admis à pratiquer en Suisse conformément à l'Accord bilatéral entre la Suisse et l'UE sur la libre circulation des personnes et à la LLCA. De plus, la réserve de réciprocité n'est plus admissible selon le GATS (cf. ch. 51). Si l'on autorise de manière autonome les avocats provenant d'autres Etats que ceux de l'UE ou d'Etats avec lesquels la Suisse n'a pas conclu de traité en la matière à plaider exceptionnellement devant le Tribunal fédéral, tous les Etats membres de l'OMC seront en droit de prouver que les titres d'avocat qu'ils délivrent sont équivalents et qu'ils doivent également être reconnus par la Suisse. On se trouve en présence d'une

application conditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée (art. VII GATS). En revanche, si – comme le fait l'al. 2 – un traité international est nécessaire, la Suisse doit seulement, toujours sur la base de l'art. VII GATS, ménager aux Etats membres de l'OMC qui le souhaiteraient la possibilité de négocier un accord comparable. Cette solution est évidemment préférable, raison pour laquelle l'al. 3 de l'art. 29 OJ peut être supprimé.

235.2 Droit transitoire (art. 34)

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'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale et de la LMI 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 délivrait des brevets ne satisfaisant pas aux conditions des art. 6 et 7, les autres cantons pourront refuser la reconnaissance de ces brevets.

235.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 35)

En tant que loi fédérale, la LLCA est sujette au référendum facultatif selon l'art. 89, al. 2, Cst. L'art. 36 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. 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. En vertu de la LLCA, les cantons devront tenir un registre cantonal des avocats, ainsi qu'un tableau des avocats ressortissants des Etats membres de l'UE pratiquant en Suisse à titre permanent sous leur titre d'origine et qui ont une adresse professionnelle dans le canton.

4 Programme de législation

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

5 Relation avec le droit international

51 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 1^{er} 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'exemptions¹⁹². 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 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

¹⁹² Cf. message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC, FF 1994 IV 237 et RS 0.632.20, p. 327 ss.

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 art. II, V et VII de l'**Accord-cadre** présentent un intérêt particulier.

L'art. II, par. 1, GATS¹⁹³ 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 Etat 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 négociations¹⁹⁴.

L'art. 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'art. 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, l'Accord bilatéral sectoriel entre la Suisse et l'UE dans le domaine de la circulation des personnes n'y satisfait pas¹⁹⁵.

Dans sa **liste des exemptions nationales à l'art. II GATS**¹⁹⁶, 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 l'UE ou avec les pays de l'AELE reste donc possible, pour

¹⁹³ RS **0.632.20**, p. 330

¹⁹⁴ Cf. Annexe relative aux exemptions des obligations énoncées à l'art. II, FF **1994** IV 783.

¹⁹⁵ FF **1994** IV 246 s.

¹⁹⁶ RS **0.632.20**, p. 351

les ressortissants de l'UE et de l'AELE, en ce qui concerne les dispositions relevant du droit de séjour et d'établissement des étrangers¹⁹⁷. Aucune exemption n'a en revanche été négociée en ce qui concerne la reconnaissance des qualifications, laquelle reste soumise à la clause NPF.

L'art. 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 s'applique dans le cadre de l'accord bilatéral entre la Suisse et l'UE 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**¹⁹⁸, la Suisse s'est engagée à libéraliser la fourniture de conseils juridiques dans le droit de l'Etat d'origine et en droit international. L'UE a pris, de son côté, un engagement analogue, le droit communautaire étant toutefois exclu, pour elle, du droit international.

Le GATS est entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 1995. Dans son message y relatif¹⁹⁹, 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

¹⁹⁷ Cf. message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC, FF **1994** IV 274.

¹⁹⁸ RS **0.632.20**, p. 342

¹⁹⁹ FF **1994** IV 273

Le présent projet de loi est compatible avec le droit européen pertinent (cf. ch. 142 et 234). Les Etats membres de l'UE et la Suisse restent libres de réglementer la formation des avocats et l'exercice de la profession sur leur territoire. La LLCA transpose l'essentiel du contenu des directives communautaires relatives à la profession d'avocat.

53 Interaction entre l'Accord bilatéral Suisse-UE et le GATS

La conclusion de l'Accord Suisse-UE sur la libre circulation des personnes permet aux autres Etats de l'OMC de demander l'application de la clause NPF contenue à l'art. 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 GATS²⁰⁰. 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 l'Accord, la Suisse et l'UE 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-UE. 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.

6 Constitutionnalité

61 Le mandant constitutionnel de l'art. 33, al. 2, Cst.

L'art. 33, al. 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'art. 33, al. 2, Cst²⁰¹ (cf. ch. 111 ci-dessus).

L'art. 33, al. 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'art. 33, al. 2,

²⁰⁰ Cf. FF 1994 IV 274

²⁰¹ Cf. Wolffers, op. cit., p. 24; ATF 111 Ia 110.

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, c'est l'art. 31^{bis} al. 2 Cst. qui offre la base constitutionnelle nécessaire.

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

L'art. 31^{bis}, al. 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'art. 31^{bis}, al. 2, cst. comprend toutes les activités économiques privées²⁰² et s'applique donc également aux professions libérales. De ce point de vue, l'art. 31^{bis}, al. 2, cst. complète le mandat plus précis et plus limité contenu à l'art. 33, al. 2, cst. Le législateur fédéral dispose donc d'une compétence globale pour édicter des dispositions sur l'exercice de la profession d'avocat au-delà du mandat qui lui est confié par l'art. 33, al. 2, cst., de régler la reconnaissance des certificats de capacité. Les dispositions contenues dans la LLCA respectent par ailleurs la liberté du commerce et de l'industrie.

La compétence fédérale de l'art. 31^{bis}, al. 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-même²⁰³.

63 Les compétences cantonales

En vertu de l'art. 33, al. 1, Cst, les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales. Le mandat constitutionnel de l'art. 33, al. 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.

²⁰² Cf. Rhinow in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31^{bis}, no 40.

²⁰³ Cf. Rhinow in Commentaire de la Constitution fédérale, art. 31^{bis}, no 40.

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

du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les art. 31^{bis}, al. 2, et 33, al. 2, de la constitution;
vu l'Accord du ... entre la Confédération suisse d'une part et la Communauté européenne et ses Etats membres d'autre part sur la libre circulation des personnes;
vu le message du Conseil fédéral du ...²⁰⁴,

arrête:

Section 1: Objet et champ d'application

Art. 1 Objet

¹La présente loi garantit la libre circulation des avocats et fixe les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse.

²Elle détermine les modalités selon lesquelles les avocats ressortissants des Etats membres de l'Union européenne (UE) peuvent pratiquer la représentation en justice.

Art. 2 Champ d'application personnel

La présente loi s'applique aux personnes titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent la représentation en justice en Suisse.

Section 2: Libre circulation entre les cantons et registre cantonal des avocats

Art. 3 Principe de la libre circulation entre les cantons

Tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation.

Art. 4 Registre cantonal des avocats

¹Chaque canton institue un registre des avocats qui disposent d'une adresse professionnelle sur le territoire cantonal et qui remplissent les conditions des art. 6 et 7.

²⁰⁴ FF 1999 ...

²Le registre contient les données personnelles suivantes:

- a. le nom, le prénom, la date de naissance et le lieu d'origine ou la nationalité;
- b. une copie du brevet d'avocat;
- c. les attestations établissant que les conditions prévues à l'art. 7 sont remplies;
- d. la ou les adresses professionnelles ainsi que, le cas échéant, le nom de l'étude;
- e. les mesures disciplinaires non radiées.

³Il est tenu par l'autorité chargée de la surveillance des avocats.

Art. 5 Inscription au registre

¹L'avocat titulaire d'un brevet d'avocat cantonal qui entend pratiquer la représentation en justice doit demander son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle.

²L'autorité de surveillance l'inscrit si elle constate qu'il remplit les conditions des art. 6 et 7.

Art. 6 Conditions de formation

Pour être inscrit au registre, l'avocat doit être titulaire d'un brevet délivré après:

- a. des études juridiques d'une durée de trois ans au moins, terminées par l'obtention d'une licence en droit délivrée par une université suisse ou d'un diplôme équivalent délivré par une université d'un Etat membre de l'Union européenne;
- b. un stage d'une durée d'un an au moins effectué en Suisse et terminé par un examen portant sur des connaissances juridiques théoriques et pratiques.

Art. 7 Conditions personnelles

Pour être inscrit au registre, l'avocat doit remplir les conditions personnelles suivantes:

- a. avoir l'exercice des droits civils;
- b. ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec l'exercice de la profession, dont l'inscription n'est pas radiée du casier judiciaire;
- c. jouir d'une bonne réputation;
- d. ne pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens;
- e. ne pas avoir fait l'objet d'un jugement de faillite dans les dix ans qui précèdent;
- f. être en mesure de pratiquer en toute indépendance.

Art. 8 Radiation du registre

L'avocat qui ne remplit plus l'une des conditions d'inscription est radié du registre.

Art. 9 Consultation du registre

¹Sont admis à consulter le registre:

- a. les autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales devant lesquelles l'avocat exerce son activité;
- b. les autorités judiciaires et administratives des Etats membres de l'UE devant lesquelles un avocat inscrit au registre exerce ses activités;
- c. les autorités cantonales de surveillance des avocats;

d. l'avocat, pour les indications qui le concernent.

²Toute personne peut demander à l'autorité de surveillance si un avocat est inscrit au registre et s'il fait l'objet d'une interdiction de pratiquer.

Art. 10 Titre professionnel

¹L'avocat fait usage de son titre professionnel d'origine ou du titre équivalent du canton au registre duquel il est inscrit.

²Dans ses relations d'affaires, il mentionne son inscription à un registre ou à un barreau cantonal.

Section 3: Règles professionnelles et surveillance disciplinaire

Art. 11 Règles professionnelles

L'avocat est soumis aux règles professionnelles suivantes:

- a. il exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité; il évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé;
- b. il est soumis au secret professionnel sans limitation dans le temps conformément à l'art. 321 du code pénal¹; il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel;
- c. il peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle réponde au besoin du public;
- d. il ne peut pas, avant la conclusion d'une affaire, passer une convention avec son client par laquelle ce dernier s'engagerait à verser à l'avocat une part du résultat de l'affaire au lieu d'honoraires; il ne peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès;
- e. il doit être assuré pour sa responsabilité professionnelle dans une limite raisonnable, compte tenu de la nature et de l'étendue des risques liés à son activité;
- f. il est tenu d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire dans le canton au registre duquel il est inscrit;
- g. il conserve séparément les avoirs qui lui sont confiés et son patrimoine;
- h. il renseigne périodiquement son client sur le montant des honoraires dus;
- i. il communique à l'autorité de surveillance toute modification relative aux indications du registre le concernant.

Art. 12 Autorité cantonale de surveillance

Chaque canton désigne une autorité chargée de la surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur son territoire.

¹ RS 311.0

Art. 13 Devoir de communication

¹Les autorités judiciaires et administratives cantonales annoncent sans retard à l'autorité de surveillance de leur canton les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles.

²Les autorités judiciaires et administratives fédérales annoncent sans retard à l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles.

Art. 14 Procédure disciplinaire dans un autre canton

¹L'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 au registre duquel l'avocat est inscrit.

²Si elle envisage de prononcer une mesure disciplinaire, l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit doit pouvoir déposer ses observations sur le résultat de l'enquête.

³Le résultat de la procédure doit être communiqué à l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit.

Art. 15 Mesures disciplinaires

¹En cas de violation des règles professionnelles, l'autorité de surveillance peut prononcer les mesures disciplinaires suivantes:

- a. l'avertissement;
- b. le blâme;
- c. l'amende jusqu'à 20'000 francs;
- d. l'interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de deux ans;
- e. l'interdiction définitive de pratiquer.

²L'amende peut être cumulée avec une interdiction de pratiquer.

Art. 16 Validité de l'interdiction de pratiquer

¹L'interdiction de pratiquer est valable sur tout le territoire suisse.

²Elle est communiquée aux autorités de surveillance des autres cantons.

Art. 17 Prescription

¹La poursuite disciplinaire est prescrite une année après que l'autorité de surveillance a eu connaissance des faits incriminés.

²Le délai est interrompu par tout acte d'instruction de l'autorité de surveillance.

³La poursuite disciplinaire est définitivement prescrite lorsque dix ans se sont écoulés depuis la commission des faits incriminés.

⁴Si la violation des règles professionnelles constitue un acte punissable pénalement, la prescription plus longue prévue par le droit pénal s'applique à la poursuite disciplinaire.

Art. 18 Radiation des mesures disciplinaires

¹L'avertissement, le blâme et l'amende sont radiés du registre cinq ans après leur prononcé.

²L'interdiction temporaire de pratiquer est radiée du registre dix ans après la fin de ses effets.

Section 4: Prestation de services par les avocats des Etats membres de l'UE

Art. 19 Principes

¹L'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE habilité à exercer dans son Etat de provenance sous l'une des dénominations figurant en annexe peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sous forme de prestation de services.

²L'avocat prestataire de services n'est pas inscrit au registre cantonal des avocats.

Art. 20 Devoir de légitimation

Les autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales devant lesquelles l'avocat prestataire de services exerce son activité, ainsi que les autorités de surveillance des avocats, peuvent lui demander d'établir sa qualité d'avocat.

Art. 21 Obligation d'agir de concert avec un avocat inscrit au registre

Pour les activités où l'assistance d'un avocat est obligatoire, l'avocat prestataire de service agit de concert avec un avocat inscrit à un registre cantonal des avocats.

Art. 22 Titre professionnel

L'avocat prestataire de services fait usage de son titre professionnel d'origine exprimé dans la ou l'une des langues officielles de l'Etat de provenance, accompagné du nom de l'organisme professionnel dont il relève ou de celui de la juridiction auprès de laquelle il est habilité à exercer en application de la législation de cet Etat.

Art. 23 Règles professionnelles

L'avocat prestataire de services est soumis aux règles professionnelles de l'article 11, à l'exception de celles relatives aux défenses d'office et aux mandats d'assistance judiciaire (lettre f) et au registre (lettre i).

Art. 24 Communication des mesures disciplinaires

L'autorité de surveillance informe l'autorité de surveillance de l'Etat de provenance des mesures disciplinaires qu'elle a prises à l'encontre de l'avocat prestataire de services.

Section 5: Exercice permanent, par les avocats des Etats membres de l'UE, de la profession d'avocat sous le titre d'origine

Art. 25 Principes

¹L'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE habilité à exercer dans son Etat de provenance sous un titre figurant en annexe peut pratiquer la représentation en justice en Suisse à titre permanent, sous son titre professionnel d'origine, après s'être inscrit au tableau.

²Les articles 21 et 23 sont applicables.

Art. 26 Inscription au tableau

¹L'autorité de surveillance tient un tableau public des avocats des Etats membres de l'UE autorisés à pratiquer la représentation en justice en Suisse de manière permanente sous leur titre d'origine.

²L'avocat s'inscrit auprès de l'autorité de surveillance du canton sur le territoire duquel il a une adresse professionnelle. Il établit sa qualité d'avocat en produisant une attestation de son inscription auprès de l'autorité compétente de son Etat de provenance; cette attestation ne doit pas dater de plus de trois mois.

³Après avoir inscrit l'avocat au tableau, l'autorité de surveillance en informe l'autorité compétente de l'Etat de provenance.

Art. 27 Titre professionnel

¹L'avocat fait usage de son titre professionnel d'origine exprimé dans la ou l'une des langues officielles de son Etat de provenance. ■

²Si nécessaire, ce titre professionnel doit être complété de manière à éviter toute confusion avec un titre professionnel d'avocat inscrit à un registre cantonal des avocats.

Art. 28 Coopération avec l'autorité de surveillance de l'Etat de provenance

¹Avant d'ouvrir une procédure disciplinaire contre un avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE exerçant de manière permanente en Suisse sous son titre d'origine, l'autorité de surveillance informe l'autorité de surveillance de l'Etat de provenance.

²L'autorité de surveillance coopère avec l'autorité compétente de l'Etat de provenance pendant la procédure disciplinaire en lui donnant notamment la possibilité de déposer des observations.

Section 6: Inscription des avocats des Etats membres de l'UE au registre cantonal des avocats

Art. 29 Principes

¹L'avocat ressortissant d'un Etat membre de l'UE peut être inscrit à un registre cantonal des avocats sans remplir les conditions de l'art. 6 let. b:

- a. si il a réussi une épreuve d'aptitude (art. 30), ou
- b. si il a été inscrit pendant trois ans au moins au tableau des avocats pratiquant sous leur titre professionnel d'origine et :
 1. qu'il justifie pendant cette période d'une activité effective et régulière en droit suisse, ou
 2. qu'il justifie d'une activité effective et régulière d'une durée moindre en droit suisse, qu'il a passé avec succès un entretien de vérification des compétences professionnelles (art. 31).

²Il jouit alors des mêmes droits et obligations qu'un avocat titulaire d'un brevet cantonal inscrit au registre.

Art. 30 Epreuve d'aptitude

¹Peuvent se présenter à l'épreuve d'aptitude les avocats ressortissants des Etats membres de l'UE qui:

- a. ont suivi avec succès un cycle d'études d'une durée minimale de trois ans dans une université et, le cas échéant, la formation complémentaire requise en plus de ce cycle d'études, et
- b. possèdent un diplôme permettant l'exercice de la profession d'avocat dans un Etat membre de l'UE.

²La commission des examens d'avocat du canton au registre duquel l'avocat souhaite être inscrit lui fait passer une épreuve d'aptitude.

³L'épreuve porte sur des matières qui figurent au programme de l'examen cantonal d'accès à la profession d'avocat, et qui sont substantiellement différentes de celles comprises dans le cadre de la formation du candidat. Le contenu de l'épreuve est fixé compte tenu également de l'expérience professionnelle du candidat.

⁴L'épreuve d'aptitude ne peut être repassée plus de deux fois.

Art. 31 Entretien de vérification des compétences professionnelles

¹La Commission des examens d'avocat du canton au registre duquel l'avocat souhaite être inscrit est compétente pour évaluer les compétences professionnelles de l'avocat lors d'un entretien.

²Elle se base notamment sur les informations et des documents produits par l'avocat et relatifs à son activité en Suisse.

³Elle prend en compte les connaissances et l'expérience professionnelle de l'avocat en droit suisse, ainsi que sa participation à des cours ou des séminaires portant sur le droit suisse.

Art. 32 Titre professionnel

L'avocat peut utiliser, à côté du titre professionnel du canton au registre duquel il est inscrit, son titre professionnel d'origine.

Section 7: Dispositions finales

Art. 33 Modification du droit en vigueur

La loi fédérale d'organisation judiciaire¹ est modifiée comme suit :

Art. 29 al. 2 et 3

²Peuvent seuls agir comme mandataires dans les affaires civiles et pénales :

- a. les avocats qui, en vertu de la loi sur les avocats²⁰⁵ ou d'un traité international, sont autorisés à pratiquer la représentation en justice en Suisse;
- b. les professeurs de droit des Universités suisses.

³supprimé.

Art. 34 Droit transitoire

Les personnes titulaires de brevets d'avocat délivrés conformément à l'ancien droit cantonal sont inscrites à un registre cantonal si elles pouvaient obtenir une autorisation de pratiquer dans les autres cantons en vertu de l'art. 5 des dispositions transitoires de la constitution.

Art. 35 Référendum et entrée en vigueur

¹La présente loi est sujette au référendum facultatif.

²Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

¹ RS 173.110

²⁰⁵ RS ...

Annexe

Liste des dénominations professionnelles selon les directives 77/249/CEE et 98/5/CE

Belgique:	Avocat / Advocaat / Rechtsanwalt
Danemark:	Advokat
Allemagne:	Rechtsanwalt
Grèce:	Δικηγόρος
Espagne:	Abogado / Advocat / Avogado / Abokatu
France:	Avocat
Irlande:	Barrister, Solicitor
Italie:	Avvocato
Luxembourg:	Avocat
Pays-Bas:	Advocaat
Autriche:	Rechtsanwalt
Portugal:	Advogado
Finlande:	Asianajaja / Advokat
Suède:	Advokat
Royaume-Uni:	Advocate / Barrister / Solicitor