

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

Erläuternder Bericht

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 Beruf¹. Mit Ausnahme des Kantons Solothurn behalten alle Kantone die Vertretung von Parteien vor allen oder gewissen Gerichtsbehörden Personen mit einem Anwaltspatent vor². 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 garantiert. Aufgrund dieser Bestimmung 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. Die Kantone können die Ausübung eines wissenschaftlichen Berufs aber einer Bewilligung unterstellen, deren Erteilung von der Erfüllung zusätzlicher polizeilicher Voraussetzungen abhängig ist³.

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 kantonaler Fähigkeitsausweis genügen muss, um in einem anderen Kanton anerkannt zu werden⁴.

¹ BGE **112** Ia 318; René Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

² Zu diesem Thema vgl. Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 79 ff.

³ Vgl. Philippe Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 UeB, Rz. 2.

⁴ BGE **111** Ia 108 E. 2.

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 werden⁵. 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 erschweren könnte⁶. So ist es unzulässig, von kantonsfremden Anwältinnen oder Anwälten zu verlangen, dass sie im Zulassungskanton eine Geschäftsadresse haben⁷. Ausserdem können kantonsfremde Anwältinnen und Anwälte, die nur in einem bestimmten Rechtsstreit Parteien vertreten wollen, nicht gezwungen werden, grössere Sicherheiten zu leisten⁸ oder Pflichtmandate zu übernehmen⁹.

Das Bundesgericht hat Freizügigkeitsbeschränkungen in Bezug auf die beruflichen Fähigkeiten (theoretische und praktische Ausbildung) als zulässig betrachtet. Angesichts der Bedeutung der Anwaltstätigkeit für die Rechtsuchenden und die Gerichte dürfen die Kantone Mindestvoraussetzungen sowohl für die wissenschaftliche Ausbildung als auch für die praktischen Kenntnisse und Erfahrungen der Anwältinnen und Anwälte aufstellen¹⁰. 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 aufgrund eines Hochschulabschlusses erteilt worden ist¹¹. 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*

⁵ BGE **89** I 366 E. 2.

⁶ BGE vom 10. April 1996 in Sachen L. W., M. und D. gegen den Kanton Waadt.

⁷ BGE **39** I 48, 65 I 4, 80 I 146.

⁸ BGE **42** I 277.

⁹ BGE **67** I 332.

¹⁰ BGE **84** I 24.

¹¹ BGE **69** I 1.

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 soll¹².

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. Die Prüfung dieser persönlichen Voraussetzungen bindet die anderen Kantone aber nicht. Sie können diesbezüglich selbständig entscheiden. Sie müssen allerdings das Verhalten der Anwältin oder des Anwalts in den Kantonen, in denen bereits eine solche Bewilligung ausgestellt worden ist, mitberücksichtigen¹³. Diese persönlichen Voraussetzungen dürfen aber nicht zu einem versteckten Protektionismus führen¹⁴. Ausserdem dürfen die Kantone nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht verlangen, dass die Anwaltstätigkeit die Haupttätigkeit der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers darstellt¹⁵. Auch das schweizerische Bürgerrecht kann nicht mehr als Voraussetzung für die Berufsausübungsbewilligung gefordert werden¹⁶.

113 Die Notwendigkeit einer Bundesgesetzgebung für die Anwältinnen und Anwälte

Die Zahl der Anwältinnen und Anwälte nimmt kontinuierlich zu. Im Jahre 1977 zählte der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) 2'497 eingetragene Anwältinnen und Anwälte. Im Jahre 1997 waren es 5'541, was einer Zunahme um 121,9% entspricht¹⁷. Die Mobilität der Anwältinnen und Anwälte wächst ebenfalls; heutzutage kommt es eher selten vor, dass eine Anwältin oder ein Anwalt nur in einem einzigen Kanton Parteien vor Gericht vertritt. Die relativ geringe Ausdehnung der Kantonsgebiete - im Vergleich mit beispielsweise 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.

Zur Zeit müssen Anwältinnen und Anwälte, die in einem anderen Kanton als demjenigen, in dem sie ihr Anwaltsbüro haben, Parteien vertreten wollen, eine Berufsausübungsbewilligung beantragen. Dafür müssen sie Dokumente vorweisen, die belegen, dass sie neben der theoretischen und praktischen Ausbildung eine Reihe von persönlichen Voraussetzungen erfüllen (guter Leumund, Ehrenhaftigkeit usw.). Diese Voraussetzungen sind in formeller Hinsicht von Kanton zu Kanton verschieden. Sie sind in der Regel in den kantonalen Anwaltsgesetzen festgehalten. Die Bewilligungen

¹² Vgl. auch Fritz Rothenbühler, Freizügigkeit für Anwälte, Bern 1995, S. 222.

¹³ BGE **119** Ia 374.

¹⁴ Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 UeB, Rz. 2.

¹⁵ BGE **112** Ia 318.

¹⁶ BGE **119** Ia 35.

¹⁷ Vgl. Michael Pfeifer, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996, S. 282; Der Schweizer Anwalt 167/1997, S. 20.

werden gegen Entrichtung einer Kanzleigebühr erteilt, die dem Grundsatz der Kostendeckung entsprechen muss¹⁸. Anwältinnen und Anwälte, die auf dem ganzen Gebiet der Schweiz tätig sein wollen, müssen in praktisch allen Kantonen ein Gesuch einreichen und Gebühren bezahlen. Einzig der Kanton Solothurn verlangt für die Zulassung zum Anwaltsberuf keine Bewilligung. Die Gebühr variiert im allgemeinen zwischen 50 und 250 Franken. Eine Gebühr von 500 Franken wurde vom Bundesgericht als übermässig beurteilt¹⁹. Eine Aufhebung dieser bürokratischen Berufsausübungsbewilligungsverfahren, die zur Konkretisierung von Artikel 5 UeB BV jedoch notwendig sind, ist sicher wünschenswert.

Die durch das System der Berufsausübungsbewilligungen ausgeübte Kontrolle muss durch eine Reihe von Massnahmen ersetzt werden, welche es erlauben, die erforderlichen Auskünfte über Anwältinnen und Anwälte schnell und einfach einzuholen. Dafür ist eine Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden und die Harmonisierung der Inhalte der kantonalen Anwaltsregister nötig. Oftmals üben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf nicht unmittelbar nach Erwerb des Anwaltspatentes 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 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) 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 aufheben. Auch wenn diese Disparitäten nicht überbewertet werden dürfen, werden sie von den Anwältinnen und Anwälten gleichwohl als störend empfunden und von der Lehre kritisiert²⁰. 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. 16). Obwohl sich die kantonalen Gesetze voneinander unterscheiden, ist es möglich, einen "gemeinsamen Nenner" zu bestimmen, eine Art schweizerisches Anwaltsrecht²¹. Dies ist das Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfs, der die kantonalen Kompetenzen respektiert und nur in dem Umfang vereinheitlicht, in dem eine Harmonisierung im Interesse der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte erwünscht ist.

¹⁸ BGE 75 I 116.

¹⁹ Unveröffentlichter BGE vom 22. November 1988 in Sachen W. gegen den Kanton Neuenburg.

²⁰ Vgl. Rothenbühler, S. 221 ff.

²¹ Vgl. Wolffers, S. 17 f.

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 eine Bundesgesetzgebung über die Anwältinnen und Anwälte

Bereits im Jahre 1901 reichte der SAV dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement einen Gesetzesentwurf ein, der die Schaffung eines eidgenössischen Anwaltspatentes 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 Anwaltspatentes, sondern darum, Mindestanforderungen festzulegen, nach denen weiterhin die Kantone die Anwaltspatente ausstellen sollten²². 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".

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 zugunsten eines Bundesrahmengesetzes anstelle 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. 16). Diese Motion ist vom Nationalrat am 20. Dezember 1995 angenommen²³ und vom Ständerat am 3. Juni 1996 in ein Postulat umgewandelt worden²⁴.

²² Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 33, Rz. 24 ff.

²³ AB 1995 N 2658 f.

²⁴ AB 1996 S 292.

12 Komplementarität zu den Massnahmen zur Liberalisierung der Wirtschaft

121 Allgemeines

Im Rahmen der Massnahmen, die ins Auge gefasst worden sind, um eine optimale Umsetzung des EWR-Abkommens zu ermöglichen, das interne System zu vereinfachen und einen angemessenen Rahmen für die Übernahme des Gemeinschaftsrechts auf Bundesebene zu bieten, wurde eine Skizze für ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ausgearbeitet. Für die anderen Berufe, für welche die Zulassung ebenfalls kantonal geregelt war - namentlich für die paramedizinischen und die Lehrerberufe -, zogen die Kantone Konkordatslösungen vor²⁵.

In seiner Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens²⁶ äusserte der Bundesrat die Absicht, die rechtlichen Bestimmungen, welche den Wettbewerb beeinträchtigen, aufzuheben und einen eurokompatiblen schweizerischen Binnenmarkt zu schaffen. Dieser Binnenmarkt sollte durch die Anwendung des "Cassis-de-Dijon"-Prinzips²⁷ innerhalb der Schweiz verwirklicht werden. Die Durchsetzung dieses Prinzips sollte namentlich dazu führen, dass kantonale Fähigkeitsausweise für wissenschaftliche Berufe künftig in sämtlichen Kantonen ohne weiteres anerkannt würden. Die Anwendung dieses Prinzips auf dem ganzen Gebiet der Schweiz sollte durch den Erlass eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt verwirklicht werden. Die Kantone ihrerseits beabsichtigten, diese Ziele hauptsächlich mit zwei interkantonalen Vereinbarungen zu erreichen: mit der interkantonalen Vereinbarung vom 18. Februar 1993 über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen und der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen²⁸. Sowohl das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM)²⁹ als auch die beiden interkantonalen Vereinbarungen sind heute in Kraft. Im Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen sieht Artikel 4 Absatz 4 des Binnenmarktgesetzes vor, dass die Vorschriften der interkantonalen Vereinbarung dem Bundesgesetz vorgehen. Die Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen ist für den

²⁵ Vgl. Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl **1992** IV 259, Ziff. 7.37.

²⁶ BBl **1993** I 805.

²⁷ Im Cassis-de-Dijon-Urteil von 1979 (EuGH, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, S. 649 ff.) hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass es in Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung bezüglich der Herstellung und Vermarktung eines Erzeugnisses in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, für ihr Hoheitsgebiet die entsprechenden Vorschriften zu erlassen. Die sich daraus ergebenden Handelshemmnisse müssen aber nur soweit hingenommen werden, als die Bestimmungen "notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes". Der Europäische Gerichtshof stellte deshalb den Grundsatz auf, dass die in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellten und in Verkauf gebrachten Erzeugnisse grundsätzlich gemeinschaftsweit zugelassen werden sollen.

²⁸ SR **172.056.4**; AS **1996** 1438 und 2552.

²⁹ AS **1996** 1738.

Anwaltsberuf jedoch nicht anwendbar. Da 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, Honorare) nicht zu lösen. Das vorliegende Anwaltsgesetz schliesst folglich eine Lücke in der Bundesgesetzgebung und ergänzt die Massnahmen, welche vom Bund und den Kantonen bereits getroffen worden sind.

122 Ergänzung zum Binnenmarktgesetz

Das Binnenmarktgesetz ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. In Artikel 3 sieht es vor, dass der freie Zugang zum Markt anderer Kantone nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes 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 aufgrund ihrer 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 aufgrund von Artikel 4 Absatz 3 BGBM möglich; diese würde gegenüber der heutigen Situation allerdings einen Rückschritt bedeuten. Das Problem der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte stellt sich jedoch ohnehin vor allem hinsichtlich der Prüfung der persönlichen Voraussetzungen³⁰. Artikel 4 Absatz 3 BGBM sieht aber vor, dass das einfache, rasche und kostenlose Verfahren zur Prüfung der Frage des freien Zugangs sich auf die **erforderlichen Kenntnisse** bezieht und nicht auf die persönlichen Voraussetzungen. Die Prüfung dieser persönlichen Voraussetzungen könnte folglich Gegenstand eines Verfahrens sein, welches die Erhebung einer Gebühr rechtfertigt. 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 Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und verhältnismässig sind. Diese Beschränkungen dürfen darüber hinaus in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

Als Ergänzung zum Binnenmarktgesetz und für eine bessere Verwirklichung der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte muss deshalb festgelegt werden, welche fachlichen und persönlichen Voraussetzungen verlangt werden können, in welchem Zeitpunkt sie durch wen geprüft werden und wie die Gerichtsbehörden die notwendi-

³⁰ Vgl. Wolfers, S. 77 und dort zitierte Literatur; P. Chaulmontet, Contribution à l'étude de la profession d'avocat, Lausanne 1970, S. 54.

gen Informationen über die vor ihnen auftretenden Anwältinnen und Anwälte einholen können. Die Bestimmungen des vorliegenden Anwaltsgesetzes ergänzen und konkretisieren somit für den Anwaltsberuf die vom Binnenmarktgesetz verfolgten Ziele.

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 vor³¹. Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält jedoch keine Regelung zu diesem Monopol, 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 werden³²: die monopolisierte Anwaltstätigkeit, die nicht monopolisierte Anwaltstätigkeit und schliesslich die Tätigkeit ausserhalb des eigentlichen Anwaltsberufs. Der monopolisierte Anwalts-tätigkeitsbereich lässt sich aufgrund des kantonalen Rechts relativ einfach abgrenzen. Schwieriger ist die Unterscheidung zwischen der nicht monopolisierten Anwaltstätigkeit und der Tätigkeit ausserhalb des Anwaltsberufs. Das Bundesgericht 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 nicht den Berufs- und Standesregeln (namentlich hinsichtlich des Werbeverbots) und der Kontrolle der Aufsichtsbehörden 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. 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

³¹ Vgl. Wolffers, S. 79 ff.; Rothenbühler, S. 66 ff.

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

waren, gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstie³³. 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 können ihren Eintrag in einem Anwaltsregister erwähnen. Mit dieser Erwähnung wird ersichtlich, dass sie den Berufsregeln und den Aufsichtsbehörden unterstehen. Die in einem Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte zeigen folglich mit der Erwähnung ihres Registereintrags, dass sie sich von anderen Anwältinnen und Anwälten unterscheiden.

Nach den Artikeln 3 und 5 des Anwaltsgesetzes 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 schützt Artikel 22 des Anwaltsgesetzes die Abgabe des Eintrags in einem kantonalen Anwaltsregister. Das Anwaltsgesetz 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 aufgrund des Anwaltsgesetzes in anderen Kantonen von der monopolisierten Anwaltstätigkeit ausgeschlossen werden.

14 Die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte aus der Sicht des GATS und in der Europäischen Union

141 Das 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 Dienstleistun-

³³ BGE 112 Ia 318.

gen). 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 Mitgliedstaaten³⁴. Das Rahmenabkommen enthält Bestimmungen und Verpflichtungen allgemeiner Art für die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs, die von allen Mitgliedern der WTO ab 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 speziellen 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 GATS³⁵ stellt den Grundsatz der Meistbegünstigung auf. Lässt ein Mitgliedstaat ausländische Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer auf seinem Gebiet zu, muss er aufgrund 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 sein³⁶.

Auch **Artikel V GATS** enthält eine besondere Ausnahme vom Grundsatz der Meistbegünstigung. Er erlaubt die Bildung von wirtschaftlichen Integrationsräumen und

³⁴ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBl 1994 IV 242 und SR 0.632.20, S. 327 ff.

³⁵ SR 0.632.20, S. 306.

³⁶ Vgl. Anhang zu den Ausnahmen von den Pflichten nach Artikel II, BBl 1994 IV 762.

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 allfälliger bilateraler sektorieller Vertrag zwischen der Schweiz und der EG im Bereich des Personenverkehrs diesen Anforderungen nicht genügen wird³⁷.

In der **Liste der nationalen Befreiungen zu Artikel II GATS**³⁸ hat die Schweiz für Personen, die nicht in ihrer Verpflichtungsliste aufgeführt sind, eine Ausnahme vom Grundsatz der Meistbegünstigung ausgehandelt. Diese gilt zugunsten von EU- und EFTA-Staatsangehörigen bezüglich Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt. Eine autonome oder eine auf einem bilateralen Vertrag mit der EG 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 möglich³⁹. 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 Vertrages, 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 einen künftigen bilateralen Vertrag zwischen der Schweiz und der EG 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 Vertrages verlangen.

³⁷ BBI 1994 IV 252.

³⁸ SR 0.632.20, S. 326.

³⁹ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBI 1994 IV 280.

In der **Liste der spezifischen Verpflichtung**⁴⁰ hat sich die Schweiz verpflichtet, die Rechtsberatung auf dem Gebiet des Heimatrechts und des internationalen Rechts zu liberalisieren. Die EG ihrerseits hat eine analoge Verpflichtung übernommen, da für sie das Gemeinschaftsrecht nicht zum Völkerrecht gehört.

142 Das Gemeinschaftsrecht

Zur Zeit enthält der Entwurf des Anwaltsgesetzes noch keine Vorschriften für Anwältinnen und Anwälte aus EU- und EFTA-Staaten. Der allfällige Abschluss eines Vertrages zwischen der Schweiz und der EG über die Liberalisierung des Personenverkehrs müsste jedoch eine Regelung über die Modalitäten des Zugangs zum Anwaltsberuf nachsichziehen.

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 gelten zur Zeit zwei Richtlinien, die in Anwendung der Artikel 49, 57 und 66 des EWG-Vertrags erlassen worden sind:

- Richtlinie 77/249/EWG vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte⁴¹;
- Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen⁴².

Die Europäische Kommission hat zudem im Dezember 1994 einen Entwurf des Europäischen Parlamentes und des Rates für eine Richtlinie zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, verabschiedet⁴³.

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 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 handelt, die oder der beim angerufenen Gericht zugelassen ist. Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verwenden die Berufsbezeichnung des Staates, in

⁴⁰ SR 0.632.20, S. 317.

⁴¹ ABl. Nr. L 78 vom 26.3.1977, S. 17.

⁴² ABl. Nr. L 19 vom 24.1.1989, S. 16.

⁴³ KOM(94)572 endg., von der Kommission vorgelegt am 30. März 1995; ABl. Nr. C 128 vom 24.5.1995, S. 6.

dem sie niedergelassen sind. Neben den im Herkunftsstaat obliegenden Verpflichtungen unterstehen sie zudem für die vorübergehend ausgeübten Tätigkeiten den Berufsregeln des Aufnahmestaates.

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 hervorzuheben⁴⁴. 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 Mitgliedstaates 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 Staates wendet, fällt er unter das Niederlassungsrecht und nicht unter das Recht über die Dienstleistungen.

Die **Richtlinie 89/84/EWG** enthält ein allgemeines System zur Anerkennung der Hochschuldiplome. Sie regelt momentan als einziger Erlass die Voraussetzungen, die Anwältinnen und Anwälte erfüllen müssen, wenn sie sich dauernd in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen, um dort ihren Beruf auszuüben. 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 Aufnahmestaates, 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 Aufnahmestaates zu verlangen. Haben die auswärtigen Anwältinnen und Anwälte 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

⁴⁴ Rs. C-55/94, Slg. 1996, S. I - 4165.

alle primär Parteien vor Gericht vertreten wollen oder Rechtsberatung im Recht des Aufnahmestaates 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 Entwurf für eine spezielle Richtlinie über die Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte auszuarbeiten. Wird diese neue Richtlinie vom Parlament und vom Rat angenommen, wird sie das System ergänzen, das die beiden für die Anwältinnen und Anwälte bereits geltenden Richtlinien bilden.

Die vorgeschlagene **Richtlinie zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde**⁴⁵, soll die Niederlassungsmöglichkeiten erweitern und die Modalitäten der Ausübung des Anwaltsberufs in einer Gruppe regeln. 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 hatten 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. Der Richtlinienentwurf trägt diesen Veränderungen Rechnung und versucht, einen Rahmen für die neuen Formen der Berufsausübung zu schaffen.

Im einzelnen ermöglicht der von der Europäischen Kommission vorgelegte Richtlinienentwurf allen Anwältinnen und Anwälten, während fünf Jahren unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung in jedem anderen Mitgliedstaat die gleichen beruflichen Tätigkeiten auszuüben wie die Anwältinnen und Anwälte, die mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaates praktizieren. Voraussetzung für die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung ist, dass die zuwandernden Anwältinnen und Anwälte sich bei der zuständigen Stelle des Aufnahmestaates registrieren lassen. Neben den Berufs- und Standesregeln des Herkunftsstaates haben die zuwandernden Anwältinnen und Anwälte für die dort ausgeübten Tätigkeiten auch die Berufs- und Standesregeln des Aufnahmestaates zu beachten. Nach fünf Jahren haben die Anwältinnen und Anwälte entweder ihre Tätigkeit im Aufnahmestaat einzustellen oder ihre Eingliederung in den Berufsstand im Aufnahmestaat zu beantragen, indem sie die in der Richtlinie 89/48/EWG vorgesehene Eignungsprüfung absolvieren oder den Nachweis erbringen, dass sie während mindestens drei Jahren effektiv und ständig im Recht des Aufnahmestaates tätig gewesen sind. Schliesslich würde die Richtlinie die Ausübung des Anwaltsberufs in einer Gruppe ermöglichen. Sie sieht verschiedene Formen der gemeinsamen Berufsausübung vor und gewährleistet den Grundsatz der Unabhängigkeit der im Rahmen einer Gruppe tätigen Anwältinnen und Anwälte.

Das Europäische Parlament hat den Richtlinienentwurf im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens in einer ersten Lesung geprüft und am 19. Juni 1996 einen gesetzgeberischen Beschluss gefasst: Es sprach sich zugunsten des Richtlinienentwurfs aus, behielt sich aber eine Reihe von Änderungen vor, wie beispielsweise den Ver-

⁴⁵ KOM(94)572 endg., ABl. Nr. C 128 vom 24.5.1995, S. 6; ABl. Nr. C 198 vom 8.7.1996, S. 85.

zucht auf die Eignungsprüfung zugunsten einer objektiven Beurteilung und die Aufhebung der zeitlichen Beschränkung von fünf Jahren für die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung unter Anwendung des oben erwähnten Urteils Gebhard, das bestätigt, dass die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung dem EWG-Vertrag nicht widerspricht. Die Europäische Kommission hat die wichtigsten Verbesserungswünsche des Europäischen Parlaments (ständige Berufsausübung unter der Herkunftsbezeichnung, Ersatz der Eignungsprüfung durch ein Verfahren zur Nachprüfung der Berufserfahrung) akzeptiert und dem Europäischen Parlament am 24. September 1996 einen geänderten Richtlinienentwurf vorgelegt⁴⁶. Die definitive Annahme dieser Richtlinie wird nicht vor Mitte 1997 erfolgen.

Wenn diese Richtlinie von der EG beschlossen wird, besteht die Möglichkeit, dass die EG und die Schweiz über ihren Einbezug in das bilaterale Abkommen über eine gegenseitige Liberalisierung des Personenverkehrs diskutieren. Über dieses Abkommen wird zur Zeit noch verhandelt.

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 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 sogenannte 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).

⁴⁶ ABl. Nr. C 355 vom 25.11.1996, S. 19.

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

Das Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz (RADG)⁴⁷ regelt die Stellung der Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staates sind. Sie 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

Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staates 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-Staates, 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 Herkunftsstaates und des Völkerrechts (unter Ausschluss des EG-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 Herkunftsstaates 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,

⁴⁷ Gesetz vom 16. August 1980 zur Durchführung der Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

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 1971⁴⁸, welches durch das Gesetz Nr. 90-1259 vom 31. Dezember 1990⁴⁹ 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 Anwälten, 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 Anwaltsberufs⁵⁰ 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 Verfahrensakten 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.

⁴⁸ Journal officiel vom 5. Januar 1972.

⁴⁹ Journal officiel vom 5. Januar 1991.

⁵⁰ Journal officiel vom 28. November 1991.

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 Staates, in dem sie niedergelassen sind.

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 aufgrund des EWR-Abkommens auch für Anwältinnen und Anwälte aus den EWR-Staaten.

152.4 Anwältinnen und Anwälten 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 offenstehen - 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 1993⁵¹ 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 (Lizentiat, 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.

⁵¹ Journal officiel vom 29. Januar 1993.

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

Der Fragebogen war in zwei Hauptteile gegliedert. Im ersten Teil ging es um die Beurteilung der vom SAV in seiner Swisslex-Skizze vorgeschlagenen Massnahmen. Der zweite Teil des Fragebogens betraf die Voraussetzungen für die Zulassung zum Anwaltsberuf von Ausländerinnen und Ausländern und von Inhaberinnen und Inhabern ausländischer Anwaltspatente. Ein weiterer Teil befasste sich mit den Auswirkungen des GATS.

Der Fragebogen wurde von den Justizdepartementen von dreiundzwanzig Kantonen beantwortet (AG, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SG, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZH). Im allgemeinen sprachen sie sich für ein Bundesrahmengesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte aus und anerkannten den Harmonisierungsbedarf in diesem Bereich. Insbesondere die Aufhebung des Berufsausübungsbewilligungsverfahrens für Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen wurde von sämtlichen Justizdepartementen begrüsst. Die einzelnen Regelungsvorschläge wurden jedoch unterschiedlich beurteilt.

Die neunzehn kantonalen Gerichte, von denen der Fragebogen beantwortet wurde (AR, BE, BL, BS, FR, GR, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SG, TG, TI, UR, VD, ZH, ZG), stimmten einer bundesrechtlichen Harmonisierung im Bereich des Anwaltsberufs

grundsätzlich ebenfalls zu. Auch sie sprachen sich, mit Ausnahme des Kantonsgerichts von Freiburg, für die Aufhebung des Bewilligungsverfahrens aus.

Schliesslich wurde der Vorschlag, die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte zu verwirklichen, auch von den Universitäten Bern, Neuenburg, Genf, Lausanne und Zürich begrüsst. Die Universität von Lausanne zog jedoch die Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Massnahmen in Zweifel, da diese über Artikel 33 Absatz 2 BV, die einzige Grundlage für die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufe, hinausgehen würde. Die Universität von Bern warf die Frage auf, ob ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte mit der Annahme des Binnenmarktgesetzes (vgl. Ziff. 122) überhaupt noch nötig sei.

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 Disziplinaraufsicht 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 mit der Harmonisierung und dem 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 weitgehenden 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, umso mehr, als der SAV die beiden Gesetzesskizzen "Eurolex" und "Swisslex" erarbeitet hatte. Die Konferenz der kantonalen Anwaltsverbände hat sich ebenfalls zweimal mit dem Projekt befasst.

Schliesslich sind auch Vertreter der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren vor der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens angehört worden.

2 Besonderer Teil

21 Das Konzept des Gesetzes

Das Anwaltsgesetz soll die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz gewährleisten und gewisse Grundsätze und Mindestanforderungen für die Ausübung des Anwaltsberufs festlegen. 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. Damit die in einem kantonalen Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte ohne vorgängige Kontrolle durch die andern kantonalen Behörden ihren Beruf auf dem ganzen Gebiet der Schweiz frei ausüben können, müssen gewisse Punkte auf Bundesebene harmonisiert werden:

- die Mindestanforderungen für die Anerkennung von Anwaltspatenten im Zusammenhang mit der Freizügigkeit;
- die kantonalen Anwaltsregister;
- die Berufsregeln;
- die Disziplinaraufsicht;
- die Honorare;
- der Schutz der Berufsbezeichnung.

Da kein eidgenössisches Anwaltspatent vorgesehen ist, müssen die kantonalen Strukturen für die Disziplinaraufsicht beibehalten und harmonisiert werden. Das Anwaltsgesetz geht von kantonalen Aufsichtsbehörden aus. Anstelle 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.

Das Anwaltsgesetz bietet ausserdem, im Falle eines Abschlusses der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EG über die Liberalisierung des Personenverkehrs, den geeigneten Rahmen für die Verwirklichung der europaweiten Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte.

22 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 Lehre⁵² und der grossen 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 (Ausbildungsanforderungen im Sinne des BGBM) bestätigt wird. Das "Patent" dagegen wird nach Prüfung der fachlichen Kenntnisse und gewisser persönlicher Voraussetzungen

⁵² Vgl. Wolffers, S. 63; vgl. auch Rothenbühler, S. 59.

(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 dürfen⁵³.

23 Kommentar zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen

231 Gegenstand und Geltungsbereich

231.1 Gegenstand (Art. 1)

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

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

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 vertreten⁵⁴. Es handelt sich um Anwältinnen und Anwälte, die unabhängig arbeiten (zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. Ziff. 233.21). 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.

Die Kompetenz zur Festlegung des Tätigkeitsbereichs vor den kantonalen Gerichtsbehörden, der zum "Anwaltsmonopol" gehört, liegt nach wie vor bei den Kantonen.

⁵³ Einige Kantone erteilen diese Berufsausübungsbewilligung in Form des eigentlichen kantonalen Patents (vgl. beispielsweise Art. 36 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24. September 1978 des Kantons Graubünden).

⁵⁴ 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.

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 lassen⁵⁵. 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 statt⁵⁶. 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, Ausländerinnen und Ausländer müssten zum Nachweis zugelassen werden, 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.

Anwältinnen und Anwälte, die ihr Anwaltspatent im Ausland erworben haben und die in einem Kanton von der zuständigen Behörde zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen worden sind, können sich nicht in ein kantonales Register eintragen lassen - auch wenn sie das Schweizer Bürgerrecht besitzen (Art. 6 BGFA). Bereits heute können sich Personen, die ihr Anwaltspatent von einer ausländischen Behörde erhalten haben, nicht auf Artikel 5 UeB BV berufen⁵⁷. Sie unterstehen jedoch den Vorschriften des Anwaltsgesetzes über die Berufsregeln, die Disziplinaraufsicht und die Honorare, da sie in einem Schweizer Kanton Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Dasselbe gilt für Anwältinnen und Anwälte, die ihr Patent in einem Kanton erhalten haben, der nach der Anpassungsfrist in Artikel 23 weiterhin Anwaltspatente erteilt, die den Anforderungen in Artikel 6 Absatz 1 BGFA nicht genügen.

232 Freizügigkeit und kantonales Anwaltsregister

232.1 Grundsatz der Freizügigkeit (Art. 3)

⁵⁵ Vgl. beispielsweise im Kanton Zürich: Die Zürcher Aufsichtsbehörde verlangt, 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.); vgl. auch Dreyer, S. 417.

⁵⁶ BGE **119** Ia 35 und Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 1993 in der Rechtssache Tim Brockmann gegen den Staatsrat des Kantons Genf.

⁵⁷ Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 UeB, Rz. 5.

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. 8 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. Die Kantone sind berechtigt, Anwältinnen und Anwälten, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu verweigern.

232.2 Kantonales Anwaltsregister (Art. 4)

Aus den oben dargelegten Gründen (vgl. Ziff. 16) soll auf die Schaffung eines eidgenössischen Anwaltsregisters verzichtet werden; vielmehr 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 in Artikel 8 festgelegten kantonalen Behörden 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 mit denjenigen Anwältinnen und Anwälten 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 beruflich nicht unabhängig tätig 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 zu⁵⁸, müssen sich diese im Register eintragen lassen und unterstehen dann auch der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde.

⁵⁸ Vgl. oben, Fussnote 55.

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)⁵⁹: 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 Anwaltspatentes, die Bescheinigungen, welche belegen, dass die Voraussetzungen nach Artikel 7 erfüllt sind, die Geschäftsadressen (verfügen die Anwältinnen und Anwälte auch in einem anderen Kanton über ein Anwaltsbüro, muss dieses ebenfalls angegeben werden) und schliesslich die nicht gelöschten Disziplarmassnahmen.

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 Disziplarmassnahmen 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 beauftragt 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 geographische 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. Es wäre auch der Kanton Y, der ein allfälliges dauerndes Berufsausübungsverbot für die ganze Schweiz aussprechen könnte (Art. 16). Ist eine Anwältin oder ein Anwalt Mitglied einer grossen Anwaltskanzlei mit mehreren Büros, muss sie oder er sich nur in denjenigen Kantonen eintragen lassen, in denen sie oder er tatsächlich über ein Büro verfügt und nicht in allen Kantonen, in denen die Anwaltskanzlei eine Geschäftsadresse hat.

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 würde, Parteien vor Gerichtsbehörden anderer Kantone zu vertreten. Es ist denkbar, wenn auch unwahrscheinlich, dass ein Kanton weiterhin Anwaltspatente erteilt, die den Anforderungen in 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 h haben die in einem Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte der registerführenden Behörde - der Aufsichtsbehörde - jede Änderung

⁵⁹

der sie betreffenden Daten im Register mitzuteilen (Adressänderung, Eröffnung oder Schliessung eines Anwaltsbüros in einem anderen Kanton usw.). Unterlassen sie diese Mitteilung, haben sie mit einer Disziplarmassnahme, die von der Aufsichtsbehörde ausgesprochen wird, zu rechnen.

Die Aufsichtsbehörde prüft, ob die Anwältinnen und Anwälte die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen (Art. 6 und 7 BGFA) erfüllen. Artikel 5 Absatz 3 präzisiert, dass die Verweigerung des Eintrags einer Anwältin oder eines Anwalts mit einer Verfügung mitgeteilt wird. 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 in anderen Kantonen anerkannt wird, muss es jedoch den Voraussetzungen nach Artikel 6 genügen: ein mindestens dreijähriges juristisches Studium, das an einer schweizerischen Hochschule mit einem Lizentiat oder einem gleichwertigen Diplom abgeschlossen wurde und ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde.

232.41 Juristisches Hochschulstudium (Art. 6 Abs. 1 Bst. a)

Heute schreiben die meisten Kantone keine Minstdauer des Studiums vor, sondern verlangen einen Hochschulabschluss (Lizentiat der Rechte), um das für den Erhalt eines Anwaltspatents erforderliche Praktikum antreten zu können⁶⁰. Die Dauer der Ausbildung ist somit diejenige, die für die Erwerbung eines Lizentiats 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 Graubünden⁶¹ verlangt eine Studiendauer von mindestens drei Jahren, während der Kanton Schwyz eine ausreichende juristische Ausbildung verlangt, "wovon wenigstens vier Semester an

⁶⁰ AR, OW, SZ und TG verlangen hingegen kein Hochschuldiplom im formellen Sinn.

⁶¹ Art. 3 Ziff. 3 der Verordnung vom 1. Dezember 1955 über den Fähigkeitsausweis und die Berufsausübung der Anwälte.

schweizerischen Universitäten"⁶². Der Kanton Waadt fordert neben dem Lizentiat der Rechte, dass die Anwältskandidatin oder der Anwältskandidat eine der drei folgenden Voraussetzungen erfüllt: Ermächtigung zur Verfassung einer Dissertation an einer schweizerischen oder ausländischen Rechtsfakultät, ein nach mindestens zwei Semestern abgeschlossenes juristisches Nachdiplomstudium an einer schweizerischen oder ausländischen Hochschule oder eine mindestens zweijährige anerkannte juristische Praxis⁶³. 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. 142).

232.42 Praktikum (Art. 6 Abs. 1 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.

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

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

⁶³ Art. 20 des waadtländischen Anwaltsgesetzes vom 22. November 1944.

232.43 Anerkennung eines Diploms einer italienischen Hochschule (Art. 6 Abs. 2)

Artikel 6 Absatz 2 BGFA bestimmt, dass Kantone, in denen Italienisch Amtssprache ist (Tessin und Graubünden), ausnahmsweise ein dem Lizentiat gleichwertiges Diplom einer italienischen Hochschule 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 zur Zeit nicht möglich. Der Kanton Tessin lässt zum Anwaltspraktikum bereits heute Personen zu, die ihr juristisches Diplom in Italien erworben haben.

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 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 werden⁶⁴.

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 wird⁶⁵. 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, da sie vielmehr zu vermuten ist.

232.52 Keine strafrechtliche Verurteilung, wegen Handlungen, die das Ansehen des Berufsstandes beeinträchtigen, deren Eintrag im Strafregister nicht gelöscht ist (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. Nicht jede strafrechtliche Verurteilung ist hingegen geeignet, dieses Vertrauensverhältnis zu beeinträchtigen. Anwältinnen und Anwälte, die wegen Geschwindigkeitsüberschreitungen gebüsst

⁶⁴ Vgl. Rothenbühler, S. 60 f.

⁶⁵ Vgl. Wolffers, S. 67 und die dort zitierten Hinweise.

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 entgegengehalten 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 verlangen⁶⁶. 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 aufgrund des aus Artikel 4 BV abgeleiteten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu erfolgen⁶⁷. 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 stellen⁶⁸.

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 mehr 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 Konkurs⁶⁹ sieht ausdrücklich vor, dass die fruchtlose Pfändung 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 keine Verlustscheine bestehen. Nach Artikel 7

⁶⁶ Vgl. Wolffers, S. 72 f.

⁶⁷ BGE **104** Ia 189.

⁶⁸ BGE **106** Ia 105.

⁶⁹ SR **281.1**; AS **1995** 1233.

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.

232.6 Einsicht in das Register (Art. 8)

Nach Artikel 8 ist die Einsicht in das Anwaltsregister den eidgenössischen und kantonalen Behörden vorbehalten, vor denen eine Anwältin oder ein Anwalt auftritt (im Bundesrecht sind die Gemeindebehörden im Begriff "kantonale Behörden" miteingeschlossen). 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. 8 Bst. b 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. 8 Bst. c 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 Kantone⁷⁰ über eigene Datenschutzgesetze. Ein Kanton⁷¹ hat einige Mindestbestimmungen in sein Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen. Vier Kantone⁷² haben hingegen nur Richtlinien erlassen und fünf Kantone⁷³ haben überhaupt keine Regelung. Nach Artikel 37 Datenschutzgesetz gilt in diesen neun Kantonen folglich derzeit⁷⁴ das Datenschutzgesetz.

Auch wenn der Inhalt des Registers nicht öffentlich ist, kann die Aufsichtsbehörde 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 sind⁷⁵. 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.

⁷⁰ BBl 1997 I 723.

⁷¹ St. Gallen.

⁷² Solothurn, Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Aargau.

⁷³ Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell Innerrhoden.

⁷⁴ In Nidwalden, Glarus, Zug, Solothurn und Graubünden wird ein Gesetz ausgearbeitet.

⁷⁵ 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.

232.7 Berufsbezeichnung (Art. 9)

Während in der welschen Schweiz die Anwältinnen und Anwälte alle dieselbe Berufsbezeichnung tragen, findet man in der deutschen Schweiz je nach Kanton unterschiedliche Titel: "Rechtsanwalt", "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.

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 nur auf den französischen Text des Anwaltsgesetzes.

Auf eine Regelung hinsichtlich der Berufsbezeichnung für ausländische Anwältinnen und Anwälte, die in der Schweiz Parteien vor Gericht vertreten, kann vorläufig verzichtet werden. Es gibt zur Zeit 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 Herkunftsstaates vornehmen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb sie dazu verpflichtet werden sollten, ihre herkömmliche Berufsbezeichnung zu verwenden, ergänzt mit allfälligen zusätzlichen Angaben über ihre Berufsorganisation oder die Gerichtsbarkeit, bei der sie in ihrem Heimatstaat zugelassen sind⁷⁶. Eine solche Behandlung wäre gegenüber Schweizer Anwältinnen und Anwälten, die nur in der Rechtsberatung tätig und deshalb nicht im Register eingetragen sind, diskriminierend. Zweitens können ausländische Anwältinnen und Anwälte 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 in den anderen Kantonen auch nicht Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Es handelt sich demnach um ein ausschliesslich kantonales Problem.

Diese Problematik wird im Fall eines Vertrages zwischen der Schweiz und der EG über die Liberalisierung des Personenverkehrs neu überprüft werden.

233 Berufsregeln und Disziplinaufsicht

Die Harmonisierung gewisser Berufsregeln, die in der Swisslex-Gesetzesskizze des SAV vorgeschlagen wurde (vgl. Ziff. 116), ist sowohl von einer sehr grossen Mehrheit der kantonalen Justiz- und Polizeidepartemente als auch von den kantonalen Gerichten begrüsst worden. Die wichtigsten Detailvorbehalte betrafen das Vertretungsmonopol, das in der Gesetzesskizze des SAV in der Vorschrift über die Berufs-

⁷⁶ Vgl. Artikel 3 der Richtlinie 77/249/EWG.

regeln vorgesehen war. Das Vertretungsmonopol betrifft eigentlich nicht die Berufsregeln, sondern die Gerichtsorganisation. Eine diesbezügliche Bundesregelung wäre mit den kantonalen Kompetenzen im Bereich der Organisation der Gerichte und des gerichtlichen Verfahrens nicht vereinbar. Die betreffenden kantonalen Besonderheiten sind nach wie vor wichtig. Um aber eine Ungleichbehandlung zu vermeiden, stellt das Anwaltsgesetz den Grundsatz auf, dass Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln des Bundes und der Kantone zu beachten haben, sobald sie nach kantonalem Recht zur monopolisierten Tätigkeit (Parteienvertretung) zugelassen sind. Lässt ein Kanton angestellte Anwältinnen und Anwälte zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu, haben sich diese ins Register eintragen zu lassen. Das Anwaltsgesetz legt zudem den Grundsatz der Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte fest (Art. 11 Bst. a). Die Kantone haben jedoch die Möglichkeit, diese Unabhängigkeit auch im Rahmen eines Arbeitsvertrages gelten zu lassen⁷⁷.

Die Berufsregeln sind von den Standesregeln zu unterscheiden⁷⁸. 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 Anwältinnen und Anwälte, die gerichtlich tätig sind, gelten, gehören die Standesregeln zum Privatrecht und sind nur für Mitglieder der Berufsorganisation direkt anwendbar⁷⁹. Im Jahre 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"⁸⁰ zu erwähnen, die von den 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 erlauben⁸¹. Ein einfacher Verweis in einem kantonalen Gesetz auf die Standesregeln führt jedoch zu gewissen Problemen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage⁸². Die Anpassung der kantonalen Gesetze an das Anwaltsgesetz (vgl. Ziff. 236.1 zu Art. 23) gibt deshalb

⁷⁷ Vgl. Fussnote 55.

⁷⁸ Vgl. Wolffers, S. 11 ff.; Rothenbühler, S. 55 ff.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Vgl. Statuten und Richtlinien des SAV, Heft Nr. 90, S. 56.

⁸¹ BGE **98** Ia 356 E. 3.

⁸² Vgl. Dominique Dreyer, L'avocat dans la société actuelle, ZSR 115/1996, S. 504.

den Kantonen Gelegenheit, die Grenze zwischen den kantonalen Berufsregeln und den Standesregeln neu festzulegen.

Die von einem Kanton zur Vertretung von Parteien zugelassenen ausländischen Anwältinnen und Anwälte sind den eidgenössischen Berufsregeln ebenfalls unterstellt, auch wenn für sie die Freizügigkeit nicht gilt.

233.1 Geltung der Berufsregeln (Art. 10)

Die Anwältinnen und Anwälte unterstehen einerseits den eidgenössischen Berufsregeln (Art. 11 BGFA) und andererseits kantonalen Berufsregeln. Die Geltung der eidgenössischen Berufsregeln bietet keine Probleme. Es können sich jedoch Regelkonflikte ergeben, wenn eine Anwältin oder ein Anwalt im Register des Kantons X eingetragen ist und gelegentlich im Kanton Y gerichtlich tätig ist und sich die kantonalen Berufsregeln dieser beiden Kantone nicht decken. Heute enthält kein kantonales Gesetz eine Konfliktregel, die festlegen würde, welches Recht im Falle einer Zuwiderhandlung zur Anwendung käme und welche Aufsichtsbehörde eine Disziplinar-massnahme aussprechen könnte. Der SAV hat ein Konkordat betreffend die interkantonale Geltung der Standesregeln beschlossen. Danach unterstehen Anwältinnen und Anwälte der Disziplinargewalt desjenigen kantonalen Anwaltsverbands, dem sie angehören; sie müssen aber die Standesregeln des Kantons, auf dessen Gebiet sie gelegentlich oder regelmässig tätig sind, beachten.

Artikel 10 Absatz 1 BGFA stellt den Grundsatz auf, dass für Anwältinnen und Anwälte die eidgenössischen Berufsregeln und die Berufsregeln des Kantons, in dessen Register sie eingetragen sind, gelten. Somit ist der Ort des Anwaltsbüros und nicht die Herkunft des Anwaltspatents massgebend für die Bestimmung der Berufsregeln, welche die Anwältinnen und Anwälte beachten müssen. Haben Anwältinnen und Anwälte mehrere Büros in verschiedenen Kantonen, sind sie für die Gesamtheit ihrer Tätigkeiten sämtlichen Berufsregeln dieser Kantone unterstellt, da sie sich ins Register jedes Kantons eintragen lassen müssen, in dem sie über eine Geschäftsadresse verfügen (Art. 5 Abs. 1 BGFA). Nach Artikel 10 Absatz 2 BGFA haben die Anwältinnen und Anwälte zudem die Berufsregeln der Kantone zu beachten, in denen sie den Anwaltsberuf ausüben, ohne im Register eingetragen zu sein, aber nur im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit. Aufgrund der allgemeinen Grundsätze nach Artikel 3 BGBM (vgl. Ziff. 122) müssen die in einem Kanton, in dem eine Anwältin oder ein Anwalt nicht im Register eingetragen ist, geltenden Berufsregeln zudem zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein und dürfen darüber hinaus in keinem Fall ein verdecktes Hindernis zu Gunsten einheimischer Anwältinnen und Anwälte darstellen. Kantonale Berufsregeln, welche Anwältinnen und Anwälten eines anderen Kantons verunmöglichen, ihre Dienstleistung zu erbringen, ihnen die Erbringung ihrer Dienstleistung erschweren oder mögliche Klientinnen und Klienten daran hindern, eine Anwältin oder einen Anwalt frei zu wählen, würden ungerechtfertigte Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs bewirken und vor dem BGBM nicht standhalten. So kann es vorkommen, dass für die Erbringung einer einfachen Dienstleistung in einem anderen Kanton nicht alle Berufsregeln anwendbar sind, welche Anwältinnen und Anwälte beachten müssen, die im Register dieses Kantons eingetragen sind.

Diese Bestimmungen über den Geltungsbereich werden durch die Artikel 13 und 14 des Anwaltsgesetzes über die Disziplinaraufsicht ergänzt.

233.2 Eidgenössische Berufsregeln (Art. 11)

Das Anwaltsgesetz führt auf Bundesebene eine Reihe von Berufsregeln ein, die direkt anwendbar sind. Sie sind in enger Zusammenarbeit mit dem SAV ausgearbeitet worden.

Die Liste der Berufsregeln im Anwaltsgesetz ist nicht abschliessend. Die Kantone haben die Möglichkeit, allenfalls zusätzliche Berufsregeln zu erlassen. Sie müssen aber ihre Gesetzgebungen überprüfen und gegebenenfalls anpassen, damit nur solche kantonale Berufsregeln in Geltung bleiben, die nicht bereits vom Bundesrecht aufgestellt werden.

Eine der wichtigsten kantonalen Regeln betrifft das absolute Verbot für Anwältinnen und Anwälte, persönlich zu werben. Bei den Standesregeln fordert Ziffer 6 der Richtlinien des SAV: "Der Anwalt unterlässt jegliche Reklame und jeglichen Kundenfang. Bei Erklärungen an Radio, Presse oder Fernsehen übt er Zurückhaltung." 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). Die Frage der Werbung für Anwältinnen und Anwälte war in der Lehre bereits Gegenstand zahlreicher Ausführungen und Kontroversen⁸³. Die Tendenz geht in Richtung einer Lockerung des grundsätzlichen Verbots, damit insbesondere im Bereich der Rechtsberatung Waffengleichheit mit den Treuhandgesellschaften und den Banken geschaffen wird⁸⁴. In einigen Kantonen besteht die Möglichkeit, Hinweise auf Spezialisierungen in die Anwaltsverzeichnisse aufzunehmen, in anderen Kantonen hingegen nicht⁸⁵. Diese Problematik des Werbeverbots wird zur Zeit innerhalb des SAV näher geprüft und dürfte dort wahrscheinlich zu einer grosszügigeren Regelung führen. Mit dem Anwaltsgesetz wird eine Lockerung des Werbeverbots für Anwältinnen und Anwälte nicht verhindert. Das Gesetz geht auf dieses Thema nicht ein, sondern überlässt es den Kantonen, ob sie in diesem Bereich legiferieren wollen oder nicht.

233.21 Unabhängigkeit (Art. 11 Bst. a)

Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung ihres Berufs. Sie ist sowohl in den Standesregeln der CCBE als auch in den Richtlinien des SAV ausdrücklich vorgesehen⁸⁶. Im Gegensatz zu den

⁸³ Vgl. insbes. Wolfers, S. 150 ff.; Dreyer, S. 459 ff.; Pierre Tercier, Les avocats et la concurrence, in: Der Schweizer Anwalt 160/1996, S. 12 ff.

⁸⁴ Max Oesch, Bekanntmachung der Tätigkeitsgebiete der Rechtsanwälte, in: Der Schweizer Anwalt, 145/1993, S. 5 ff.

⁸⁵ Vgl. Lelio Vieli, Spezialisierung oder bevorzugtes Tätigkeitsgebiet - Werbung oder Information, in: Der Schweizer Anwalt, 145/1993, S. 9 ff.; Pierre Jomini, L'avocat vaudois et la publicité, in: Der Schweizer Anwalt, 145/1993, S. 14 ff.

⁸⁶ Art. 1 der Richtlinien des SAV; Ziff. 2.1 der Standesregeln der CCBE. Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist auch im Ethik-Kode der "International Bar Association" (Art. 3) und

deutschschweizerischen Kantonen wird die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte in den kantonalen Anwaltsgesetzen der welschen Schweiz sowie des Kantons Bern besonders erwähnt. Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird aber auch in den deutschschweizerischen Kantonen vorausgesetzt und aus anderen Berufsregeln, namentlich im Zusammenhang mit Interessenkonflikten, abgeleitet.

Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte hat zahlreiche Diskussionen hervorgerufen, insbesondere in Zusammenhang mit der Frage der Vereinbarkeit mit einer Anstellung. Die Kantone haben hierfür verschiedene Lösungen gefunden⁸⁷. Die Forderung nach Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird jedoch nicht in Frage gestellt. Die Kantone, die angestellte Anwältinnen und Anwälte zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zulassen, gehen ebenfalls vom Grundsatz aus, dass diese unabhängig sind und bleiben⁸⁸. Wie oben ausgeführt (vgl. Ziff. 233) beschränkt sich das Anwaltsgesetz darauf, den Grundsatz aufzustellen, dass alle Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln des Bundes und der Kantone beachten müssen und damit zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, sobald sie nach kantonalem Recht zur Parteienvertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen sind. Auch wenn Anwältinnen und Anwälte in einem Unternehmen angestellt sind, sind sie verpflichtet, unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung zu handeln. Werden aber angestellte Anwältinnen und Anwälte aufgrund der "liberalen" Praxis eines Kantons im Anwaltsregister eingetragen, können die anderen Kantone ihnen das Recht, auf ihrem Gebiet Parteien vor Gericht zu vertreten, nicht aufgrund der Tatsache, dass sie angestellt sind, verweigern. Die Unabhängigkeit wird vermutet und verlangt, sobald ein Kanton zulässt, dass Anwältinnen und Anwälte in dem ihnen vorbehaltenen Monopolbereich tätig werden.

233.22 Berufsgeheimnis (Art. 11 Bst. b)

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, die wichtigsten Elemente zu bestimmen, die das Berufsgeheimnis begründen und rechtfertigen⁸⁹. 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 sind⁹⁰. Nach Artikel 321 des Strafgesetzbuches⁹¹ 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

in den "Principes fondamentaux de la profession d'avocat de l'Union internationale des avocats" enthalten.

⁸⁷ Vgl. Dreyer, S. 416 ff.

⁸⁸ Vgl. Fussnote 55 oben.

⁸⁹ BGE **112** Ib 607.

⁹⁰ BGE **117** Ia 348.

⁹¹ SR **311.0**.

des Anwaltsberufs haben. Demgegenüber und gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹² können sich Anwältinnen und Anwälte, die für eine Klientschaft andere Tätigkeiten als spezifische Anwaltstätigkeiten ausüben, 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 Fall zu Fall geprüft werden, ob die Tätigkeit einer Anwältin oder eines 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)⁹³ 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 Andere Berufsregeln (Art. 11 Bst. c - h)

Artikel 11 Buchstaben c - h betreffen eher technische Punkte, die im übrigen unbestritten sind und weitestgehend mit den betreffenden kantonalen Regeln übereinstimmen. In gewissem Sinne handelt es sich um eine Kodifikation des kantonalen Rechts. Das Verbot des pactum de quota litis (Bst. c) und die Verpflichtung, eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen (Bst. d) 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. e). Nach Buchstabe f sind sie verpflichtet, die ihnen anvertrauten Gelder getrennt von ihrem Vermögen 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 g die Anwältinnen und Anwälte, ihre Klientinnen und Klienten periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Diese Obliegenheit besteht bereits in einigen Kantonen, manchmal in Form einer Bestimmung, die den Anwältinnen und Anwälte 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).

⁹² BGE 87 IV 108; BGE 112 Ib 606; BGE vom 11. April 1996 in der Rechtssache K. gegen die Anklagekammer des Kantons Genf.

⁹³ SR 220.

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. Die Zusammensetzung und die Organisation dieser Behörde wird den Kantonen überlassen. Diese können die Zuständigkeit zur Ausübung der Disziplinaufsicht auch einem Anwaltsverband übertragen. Da für Disziplinarmaßnahmen, die wegen einer Verletzung der eidgenössischen 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)⁹⁴ vorsehen, wenn die Aufsichtsbehörde keine gerichtliche Instanz ist. Die Frage, ob eine Disziplinarmaßnahme "strafrechtlicher Natur" im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁹⁵ ist, kann somit offen bleiben. Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat jedoch entschieden, dass nach den Grundsätzen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Engel⁹⁶ 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 darstellt⁹⁷.

Jede Aufsichtsbehörde ist nach Artikel 12 Absatz 1 BGFA 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 Kantone teilen dem Bundesamt für Justiz die zuständigen Aufsichtsbehörden mit. Diese Mitteilung hat innerhalb der Frist von drei Jahren, die für die Anpassung des kantonalen Rechts vorgesehen ist, zu erfolgen (Art. 23 BGFA). Da kein eidgenössisches Anwaltsregister vorgesehen ist, soll zur Erleichterung der Informationsbeschaffung die Liste der Aufsichtsbehörden nach Ablauf der Frist nach Artikel 23 BGFA im Anhang des Anwaltsgesetzes veröffentlicht werden. Dieser Anhang hat keinen normativen Charakter, sondern dient nur zur Information; er wird, ohne vorher dem Bundesparlament unterbreitet worden zu sein, veröffentlicht. Selbstverständlich wird der Anhang angepasst werden, wenn ein Kanton nachträglich die Zuständigkeit für die Aufsicht ändert.

233.4 Meldepflicht (Art. 13)

⁹⁴ SR 173.110.

⁹⁵ SR 0.101.

⁹⁶ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Engel vom 8.6.1976, Serie A Nr. 22, S. 34.

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

Nach Artikel 13 haben die Gerichte, die Strafuntersuchungsbehörden und die Verwaltungsbehörden der Kantone 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, mitzuteilen.

233.5 Disziplinarverfahren in einem anderen Kanton (Art. 14)

In Übereinstimmung mit der Mehrheit der kantonalen Gesetze⁹⁸ 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 ein Anwaltsbüro führen oder nicht (Art. 12 BGFA). Artikel 14 Absatz 1 BGFA schreibt hingegen vor, dass die Aufsichtsbehörde, die gegen eine Anwältin oder einen Anwalt, die oder der nicht im Register des 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 zugunsten, aber auch zuungunsten der betroffenen Anwältin oder des betroffenen Anwalts auswirken. Dieses System stellt sicher, dass die "zur Hauptsache" zuständige Aufsichtsbehörde über den Ablauf 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). Ist eine Anwältin oder ein Anwalt in mehreren Kantonen im Anwaltsregister eingetragen, müssen die Aufsichtsbehörden all dieser Kantone informiert werden.

233.6 Disziplinar-massnahmen (Art. 15)

Zwecks Harmonisierung der Praxis im Bereich des Disziplinarrechts und parallel zur Einführung gewisser Berufsregeln auf Bundesebene, vereinheitlicht das Anwalts-gesetz die Disziplinar-massnahmen. Die Massnahmen, die in der Liste von Artikel 15 vorgesehen sind, gelten sowohl für die Verletzung der bundesrechtlichen als auch der kantonalen Berufsregeln.

In einigen kantonalen Gesetzen wird die Verwarnung nicht als Disziplinar-massnahme betrachtet. Das Bundesgericht ist aber zurecht der Auffassung, dass gewissenhafte Anwältinnen und Anwälte eine Verwarnung als ebenso strenge Massnahme empfinden können wie einen Verweis⁹⁹. Würde man den disziplinarischen Charakter der Verwarnung ablehnen, hätte dies zur Folge, dass Anwältinnen und Anwälte, wel-

⁹⁸ Vgl. beispielsweise Art. 48 Abs. 2 des Genfer Anwalts-gesetzes.

⁹⁹ BGE **103** Ia 428.

che die Sanktion für ungerechtfertigt hielten, keine Beschwerdemöglichkeit hätten. Das Anwaltsgesetz sieht deshalb die Verwarnung als schwächste Disziplarmassnahme 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 Disziplarmassnahme 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 vornehmen¹⁰⁰. Ein dauerndes Berufsausübungsverbot kann nur ausgesprochen werden, wenn aufgrund einer Gesamtbewertung der bisherigen Berufstätigkeit der Anwältin oder des Anwalts eine andere Sanktion als ungenügend erscheint, um in der Zukunft ein korrektes Verhalten zu gewährleisten¹⁰¹.

Zur Beurteilung der Wirkung dieser Massnahmen muss danach unterschieden werden, ob die verfügende Aufsichtsbehörde diejenige des Kantons ist, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, oder nicht. Jeder Kanton sollte die Möglichkeit haben, Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen aus disziplinarischen Gründen von der Vertretung von Parteien vor seinen Gerichtsbehörden auszuschliessen. Aber nur derjenige Kanton, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, kann ein für die ganze Schweiz gültiges Verbot der Berufsausübung verhängen. Die Harmonisierung der Berufsregeln und der Disziplarmassnahmen dürfte die Vereinheitlichung der Praxis der Kantone im Disziplinarrecht, die bereits weit fortgeschritten ist, noch vorantreiben. Dennoch werden einige Unterschiede wegen allfälliger zusätzlicher kantonalen Berufsregeln bestehen bleiben.

233.8 Verjährung (Art. 17)

Da die Berufsregeln und die Disziplarmassnahmen harmonisiert werden, sind Unterschiede bei den Verjährungsfristen für die disziplinarische Verfolgung nicht mehr gerechtfertigt. Das Anwaltsgesetz vereinheitlicht deshalb die Verjährungsfristen auf Bundesebene.

Eine Disziplarmassnahme kann nur verhängt 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.

¹⁰⁰ Vgl. Wolffers, S. 188.

¹⁰¹ BGE **106** Ia 100.

233.9 Löschung der Disziplinar massnahmen (Art. 18)

Wie die Verjährung der disziplinarischen Verfolgung sollte auch die Löschung der Disziplinar massnahmen in allen Kantonen einheitlich sein. Das Anwalts gesetz 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 dagegen wird natürlich nicht gelöscht.

234 Honorare

234.1 Kantonale Empfehlungen für die Honorare (Art. 19)

Der Höhe der Anwaltshonorare wird meistens aufgrund von Tarifen festgelegt oder beeinflusst, die je nach Kanton variieren¹⁰². Es gibt einerseits die **staatlichen Tarife**, die gestützt auf eine gesetzliche Grundlage beschlossen werden und deren Höhe für die Anwältinnen und Anwälte zwingend ist. Diese gelten für Rechtsstreitigkeiten und manchmal sogar für Rechtsberatungen. Andererseits können Berufsorganisationen **Konventionaltarife** erlassen, die auf Privatrecht beruhen. Werden dies jedoch aufgrund einer Delegationsbestimmung beschlossen, sind sie mit staatlichen Tarifen vergleichbar.

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)¹⁰³ ist für Konventionaltarife direkt anwendbar. Werden die Konventionaltarife von der Berufsorganisation, die sie beschlossen hat, für zwingend erklärt oder wird durch die Praxis der Anwältinnen und Anwälte ein Einheitstarif geschaffen, liegt eine Abrede vor, von der nach Kartellgesetz vermutet wird, dass sie den wirksamen Wettbewerb verhindert (Art. 5 Abs. 3 KG). Die Berufsorganisation muss diese Vermutung widerlegen und gegebenenfalls die Zulässigkeit der Abrede nachweisen, indem sie zu ihrer Rechtfertigung Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorbringt (Art. 5 Abs. 2 KG). Die staatlichen Tarife hingegen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Die Wettbewerbskommission kann jedoch den kantonalen Behörden Empfehlungen unterbreiten (Art. 45 KG) und zu kantonalen rechtsetzenden Erlassesentwürfen Stellung nehmen (Art. 46 Abs. 2 Satz 2 KG). Zudem kann der Preisüberwacher den Kantonen aufgrund von Artikel 14 des Preisüberwachungsgesetzes¹⁰⁴ Empfehlungen abgeben.

Das Anwaltsgesetz schlägt für alle Kantone eine einheitliche Lösung vor. Es sieht den Erlass nicht zwingender Empfehlungen für die Festlegung der Honorare vor und verzichtet auf verbindliche staatliche Tarife. Diese Empfehlungen dienen nur als Wegweiser und gelten nur für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden¹⁰⁵. Sie sollen eine Grössenordnung angeben, auf die sich sowohl Anwältinnen und Anwälte als auch Klientinnen und Klienten beziehen können. Diese können vertraglich jedoch auch ein niedrigeres Honorar festsetzen.

Das Anwaltsgesetz sieht zudem vor, dass die Kantone die Zuständigkeit für den Erlass solcher Empfehlungen auf eine Berufsorganisation (Anwaltsverband) übertragen können. Diese müssen dann aber durch den Kanton genehmigt werden, damit sie ihre Wirkungen entfalten können.

234.2 Kantonale Behörde für die Überprüfung der Honorare (Art. 20)

¹⁰² Vgl. Tercier, S. 8 ff.

¹⁰³ AS 1996 546, SR 251.

¹⁰⁴ SR 942.20.

¹⁰⁵ Vgl. Wolffers, S. 160 f.

Artikel 20 Absatz 1 BGFA schreibt vor, dass jeder Kanton eine kantonale Behörde zu bezeichnen hat, die für die Überprüfung der Anwaltshonorare für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zuständig ist. Diese Lösung entspricht der Regelung in einigen Kantonen, die zwischen dem geschuldeten Honorar für die gerichtliche Tätigkeit einerseits und dem für die übrigen Anwaltstätigkeiten, einschliesslich der Rechtsberatung, geschuldeten Honorar anderseits unterscheiden. Die Überprüfung des Honorars für die gerichtliche Tätigkeit ist einer speziellen Behörde anvertraut (beispielsweise dem in der Rechtssache zuständigen Gericht). Das Honorar für die übrigen Anwaltstätigkeiten wird durch die Zivilgerichte nach dem ordentlichen Verfahren überprüft, als Streit zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer. Die Kantone können der speziellen Überprüfungsbehörde auch die Überprüfung des Honorars für aussergerichtliche Anwaltstätigkeiten zuweisen.

Der Entscheid der Behörde für die Überprüfung der Honorare stellt jedoch weder ein vollstreckbares Urteil noch einen Rechtsöffnungstitel dar. Er gibt nur Antwort auf die Frage, ob das Honorar - unter der Voraussetzung, dass die in Rechnung gestellten Bemühungen erforderlich oder wenigstens vertretbar sind - den Empfehlungen entspricht und angemessen ist¹⁰⁶. Der Streit über ein Honorar kann als Streit über "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" im Sinne von Artikel 6 EMRK betrachtet werden, weil die Prüfung der Übereinstimmung mit den Empfehlungen für die Ansprüche einer Partei unmittelbar entscheidend sein kann¹⁰⁷. Die Behörde für die Überprüfung der Honorare muss deshalb den Anforderungen in Artikel 6 Absatz 1 EMRK genügen, wenn das kantonale Recht keinen Rechtsweg gegen ihre Entscheide vorsieht. Handelt es sich bei der Behörde für die Überprüfung der Honorare nicht um ein Gericht im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK, braucht es eine nachträgliche Kontrolle durch eine kantonale Gerichtsbehörde. Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann nur Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht sein, da er nicht aufgrund von Bundesverwaltungsrecht ergeht.

Nach Artikel 20 Absatz 2 BGFA teilen die Kantone dem Bundesamt für Justiz die für die Überprüfung zuständigen Behörden mit. Die Liste dieser Behörden wird zusammen mit derjenigen der Aufsichtsbehörden nach Ablauf der in Artikel 23 BGFA vorgesehenen Frist im Anhang des Anwaltsgesetzes publiziert (Abs. 3).

234.3 Überprüfung der Honorare (Art. 21)

Die zuständige kantonale Behörde entscheidet auf Begehren von Klientinnen und Klienten oder Anwältinnen und Anwälten über die Angemessenheit der Honorare für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden. Sie setzt aber nicht den genauen Betrag fest, sondern beschränkt sich darauf, festzustellen, ob die geforderten Honorare übertrieben sind. Es handelt sich demnach um ein einfaches und rasches Verfahren. Die zuständige kantonale Behörde fällt einen Entscheid, der gegebenenfalls nach kantonalem Recht weitergezogen werden kann.

¹⁰⁶ Vgl. Wolffers, S. 168.

¹⁰⁷ Vgl. Andrew Grotian, L'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg 1994, S. 12.

Da die Beziehungen zwischen einer Anwältin oder einem Anwalt und einer Klientin oder einem Klienten auf Auftragsrecht beruhen, können beide Parteien wegen einem Streit direkt ans Zivilgericht gelangen. Sie können sich aber auch erst ans Zivilgericht wenden, wenn sie vom Entscheid der kantonalen Behörde für die Überprüfung der Honorare Kenntnis haben.

235 Falsche Angabe eines Registereintrags (Art. 22)

Der Eintrag in einem kantonalen Register oder, für den französischen Gesetzestext, "à un barreau cantonal", wird mit einer Strafbestimmung geschützt. Personen, die Rat bei Anwältinnen und Anwälten suchen, müssen klar erkennen können, ob diese einer Aufsichtsbehörde unterstehen oder nicht. Sie sollen nicht riskieren müssen, dass sie mit einer falschen Angabe eines Registereintrags getäuscht werden. Das Recht, den Eintrag im Anwaltsregister anzugeben, soll denjenigen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten bleiben, die der Disziplinaufsicht unterstehen und verpflichtet sind, die eidgenössischen und kantonalen Berufsregeln zu beachten. Damit der Praxis der welschen Kantone Rechnung getragen werden kann, soll auch der Eintrag "avocat au barreau" geschützt werden.

Als Strafe ist eine Busse bis zu 20'000 Franken vorgesehen. Nach Absatz 2 obliegt die Strafverfolgung den Kantonen.

236 Schlussbestimmungen

236.1 Anpassung des kantonalen Rechts (Art. 23)

Die in Artikel 23 vorgesehene Anpassungsfrist von drei Jahren sollte den Kantonen erlauben, ihr Recht den Vorschriften des Anwaltsgesetzes anzupassen. Zuerst wurde eine zweijährige Frist, analog derjenigen nach Artikel 12 des Binnenmarktgesetzes, ins Auge gefasst. Die Reaktionen der Kantone im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens werden vielleicht dazu führen, dass diese Frist auf zwei Jahre reduziert werden kann.

Sobald ein Kanton sein Anwaltsregister eingerichtet hat und imstande ist, die notwendigen Angaben zu liefern, werden die eingetragenen Anwältinnen und Anwälte sich auf den Registereintrag berufen und von der interkantonalen Freizügigkeit profitieren können.

236.2 Übergangsrecht (Art. 24)

Personen, die aufgrund bisherigen kantonalen Rechts über ein Anwaltspatent verfügen, sollten 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 aufgrund 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, sollten 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 aufgrund des alten kantonalen Rechts erworben haben, d.h. vor seiner Anpassung an das Anwaltsgesetz. Erteilt ein Kanton nach der Frist in Artikel 23 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.

236.3 Referendum und Inkrafttreten (Art. 25)

Als Bundesgesetz ist das Anwaltsgesetz dem fakultativen Referendum nach Artikel 89 Absatz 2 BV unterstellt. Artikel 25 BGFA ermächtigt den Bundesrat, das Datum für das Inkrafttreten des Gesetzes festzusetzen.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1 Für den Bund

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

3.2 Für die Kantone

Die Kantone werden für Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen keine Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung mehr durchführen müssen. Soweit diese Bewilligungen gegen eine Gebühr, die dem Grundsatz der Kostendeckung entsprach, erteilt worden ist, wird diese Umstellung in finanzieller Hinsicht keine Auswirkungen haben. 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. Das Anwaltsgesetz wird demnach eine Vereinfachung der administrativen Arbeiten bewirken, da die Kantone nur noch ein Register mit denjenigen Anwältinnen und Anwälten führen müssen, die im Kanton über eine Geschäftsadresse verfügen. Es versteht sich von selbst, dass die Kantone auch eine Liste mit den Personen beibehalten werden, denen sie ein kantonales Anwaltspatent erteilt 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 Das GATS

Das GATS ist für die Schweiz am 1. Juli 1995 in Kraft getreten. In seiner Botschaft¹⁰⁸ hob der Bundesrat hervor, dass sich aus dem GATS für die Schweiz grundsätzlich keine schwerwiegenden 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 zur Zeit in praktisch keinem Kanton geregelt ist.

52 Das Gemeinschaftsrecht und der Entwurf eines Abkommens zwischen der Schweiz und der EG (und Mitgliedstaaten) über die Freizügigkeit des Personenverkehrs

In seiner aktuellen Fassung ist der Entwurf des Anwaltsgesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da die Mitgliedstaaten der EU frei bleiben, die Ausbildung und die Ausübung des Anwaltsberufs auf ihrem Gebiet nach ihrem Willen zu organisieren. Der Entwurf des Anwaltsgesetzes liefert darüber hinaus den geeigneten Rahmen für eine allfällige Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien betreffend die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte zwischen den Mitgliedstaaten (Niederlassung und grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung).

Das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EG über die gegenseitige Liberalisierung des Personenverkehrs, über das zur Zeit verhandelt wird, soll zu einer progressiven Liberalisierung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt auf dem Gebiet der Vertragsparteien führen. Der Einbezug des personengebundenen freien Dienstleistungsverkehrs ins Abkommen ist noch Gegenstand von Verhandlungen. Zur Erleichterung des Zugangs zu einer Arbeit - im Angestelltenverhältnis oder unabhängig - und deren Erfüllung ergreifen die Vertragsparteien diejenigen Massnahmen, die für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Ausweise und anderer Titel gemäss den Gemeinschaftsrichtlinien, die in einem Anhang des Abkommens über die Personenfreizügigkeit enthalten sind, notwendig sind. Die Richtlinien über die Anerkennung der Diplome gelten folglich nur, soweit die Voraussetzungen der Personenfreizügigkeit erfüllt sind.

Werden die Vertragsverhandlungen über die Liberalisierungen im Personenverkehr erfolgreich abgeschlossen, muss die schweizerische Gesetzgebung im Hinblick auf die Niederlassung von Anwältinnen und Anwälten aus der EU in der Schweiz insbesondere an die Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerken-

¹⁰⁸ BBl 1994 IV 278.

nung der Hochschuldiplome angepasst werden¹⁰⁹. Die Richtlinie 89/48/EWG wird teilweise im Anwaltsgesetz und teilweise auf kantonaler Ebene umgesetzt werden müssen. Bei der Verteilung der Anpassungsaufgaben auf Bund und Kantone sollen der Grundsatz der Subsidiarität, aber auch der Harmonisierungsbedarf auf nationaler Ebene, die Sorge um Transparenz unseren ausländischen Partnern gegenüber und der Handlungsspielraum, der dem nationalen Gesetzgeber im Abkommen gelassen wird, beachtet werden.

Im Anwaltsgesetz werden voraussichtlich insbesondere die folgenden Punkte geregelt werden:

- der Grundsatz der Anerkennung von Diplomen, die in einem Mitgliedstaat der EU ausgestellt worden sind;
- der Grundsatz der Gleichstellung der Anwältinnen und Anwälte aus der EU mit den schweizerischen Anwältinnen und Anwälten hinsichtlich der interkantonalen Freizügigkeit;
- der Grundsatz der Auferlegung einer Fähigkeitsprüfung für Anwältinnen und Anwälte, die sich gemäss der Richtlinie 89/48/EWG in der Schweiz niederlassen wollen;
- der Inhalt dieser Fähigkeitsprüfung (allenfalls in eine Verordnung des Bundesrates zu delegieren);
- die Unterstellung unter die Berufsregeln und die Disziplinaraufsicht;
- der Gebrauch der Berufsbezeichnung.

53 Zusammenhang zwischen dem bilateralen Vertrag Schweiz-EG und dem GATS

Der Abschluss eines Abkommens zwischen der Schweiz und der EG über den freien Personenverkehr wird den anderen Mitgliedstaaten der WTO ermöglichen, 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 hat¹¹⁰. 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 EG deshalb verpflichtet, den anderen WTO-Mitgliedern auf Wunsch eine angemessene Verhandlungsmöglichkeit einzuräumen, entweder über den Beitritt zu ihrem Abkommen über die Anerkennung der Diplome 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 EG sind. Im übrigen bleiben Angehörige der WTO-Staaten, die mit der Schweiz ein solches

¹⁰⁹ Da über die Frage eines Einbezugs des personengebundenen freien Dienstleistungsverkehrs ins Abkommen über die Personenfreizügigkeit noch verhandelt wird, ist noch offen, ob die Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte in das Abkommen integriert wird.

¹¹⁰ Vgl. BBl 1994 IV 280.

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.

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 BV¹¹¹ (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, aufgrund 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, die Berufsregeln und die Honorare bildet Artikel 31^{bis} 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. Die Erbringung von Dienstleistungen, also die Anwaltstätigkeit, gehört zu den privatwirtschaftlichen Betätigungen, auf die sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nach Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV erstreckt. Der Bundesgesetzgeber verfügt folglich über eine umfassende Kompetenz, Vorschriften über die Ausübung des Anwaltsberufs zu erlassen. Das Anwaltsgesetz legt Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest, um die Ausübung des Anwaltsberufs zu vereinfachen und zu erleichtern.

¹¹¹ Wolffers, S. 24; BGE 111 Ia 110.

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 Anwaltsgesetz, teilweise), gelten die entsprechenden Vorschriften der Kantone¹¹².

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 weitergehendere 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 ein kantonales Register verweigern.

RAM; Anwaltsgesetz, erl-Beri.doc

¹¹² Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

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

Rapport explicatif

1 **Partie générale**

11 **Point de la situation**

111 **La libre circulation intercantonale des avocats**

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

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

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

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

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

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

⁴ ATF **111** Ia 108, consid. 2.

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

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

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

⁵ ATF 89 I 366 consid. 2.

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

⁷ ATF 39 I 48, 65 I 4, 80 I 146.

⁸ ATF 42 I 277.

⁹ ATF 67 I 332.

¹⁰ ATF 84 I 24.

¹¹ ATF 69 I 1.

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

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

113 La nécessité d'une législation fédérale pour les avocats

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

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

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

¹³ ATF **119** Ia 374.

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

¹⁵ ATF **112** Ia 318.

¹⁶ ATF **119** Ia 35.

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

¹⁸ ATF **75** I 116.

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

Le contrôle effectué aujourd'hui par les cantons au moyen du système des autorisations devra être remplacé par un certain nombre de mesures permettant d'obtenir rapidement et aisément les renseignements nécessaires au sujet d'un avocat. La mise en réseau des autorités de surveillance et l'harmonisation du contenu des registres cantonaux des avocats prévus par le projet de LLCA visent ces objectifs. Il arrive en effet très souvent qu'un avocat ne pratique pas immédiatement le barreau après avoir reçu son brevet, mais travaille dans une administration ou pour le compte d'une entreprise, ou encore 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 loi sur la libre circulation des avocats (LLCA), seul l'avocat effectivement inscrit à un registre cantonal pourra sans autres formalités pratiquer ou s'établir sur tout le territoire suisse.

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

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

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

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

²¹ Cf. Wolffers, op. cit., p. 17 s.

114 Les initiatives visant une législation fédérale sur les avocats

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

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

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

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

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

²³ BO 1995 N 2658 s.

²⁴ BO 1996 E 292.

12 Complémentarité avec les objectifs de revitalisation de l'économie

121 Généralités

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

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

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

²⁶ FF **1993** I 757.

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

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

²⁹ RO **1996** 1738.

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

122 Complémentarité avec la loi sur le marché intérieur

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ ATF 112 Ia 318.

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

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

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

141 Le GATS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁵ RS 0.632.20, p. 330.

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

³⁷ FF 1994 IV 246 s.

³⁸ RS 0.632.20, p. 351.

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

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

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

142 Le droit communautaire

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

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

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

⁴⁰ RS **0.632.20**, p. 342.

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

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

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

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

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

⁴¹ JOCE n^o L 78 du 26.3.1977, p.17.

⁴² JOCE n^o L 19 du 24.1.1989, p. 16.

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

⁴⁴ Aff. C-55/94, Rec. 1996 p. I-4165.

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

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

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

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

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

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

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

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

15 Droit comparé

151 Allemagne

151.1 Libre circulation des avocats allemands

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

⁴⁶ JOCE n^o C 355 du 25.11.1996, p. 19.

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

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

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

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

151.3 Etablissement des avocats de l'UE/EEE

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

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

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

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

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

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

151.5 Autres avocats

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

152 France

152.1 Libre circulation des avocats français

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

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

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

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

⁴⁸ Journal officiel du 5 janvier 1972.

⁴⁹ Journal officiel du 5 janvier 1991.

⁵⁰ Journal officiel du 28 novembre 1991.

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

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

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

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

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

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

153 Italie

153.1 Généralités

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

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

⁵¹ Journal officiel du 29 janvier 1993.

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

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

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

153.2 Libre circulation des avocats italiens

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

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

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

153.4 Etablissement des avocats de l'UE/EEE

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

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

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

16 Travaux préparatoires à la LLCA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Partie spéciale

21 La conception de la loi

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

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

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

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

22 Remarques terminologiques

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

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

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

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

23 Commentaire des différentes dispositions de la loi

231 Objet et champ d'application

231.1 Objet (article premier)

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

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

231.2 Champ d'application personnel (art. 2)

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

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

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

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

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

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

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

232 Libre circulation et registres cantonaux des avocats

232.1 Principe de la libre circulation (art. 3)

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

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

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

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

232.2 Registre cantonal des avocats (art. 4)

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

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

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

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

⁵⁸ Cf. note 55 ci-dessus.

⁵⁹ RS 235.1.

232.3 Inscription au registre (art. 5)

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

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

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

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

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

232.4 Conditions de formation (art. 6)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

232.5 Conditions personnelles (art. 7)

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

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

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

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

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

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

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

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

232.53 Bonne réputation (art. 7 let. c)

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

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

⁶⁶ Cf. Wolffers, op. cit. p. 72 s.

⁶⁷ ATF 104 Ia 189.

⁶⁸ ATF 106 Ia 105.

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

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

232.6 Consultation du registre (art. 8)

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

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

⁶⁹ RS 281.1; RO 1995 1233.

⁷⁰ FF 1997 I 706.

⁷¹ Saint-Gall.

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

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

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

232.7 Dénomination professionnelle (art. 9)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

233 Règles professionnelles et surveillance disciplinaire

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

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

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

⁷⁷ Cf. note 55 ci-dessus.

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

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

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

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

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

233.1 Assujettissement aux règles professionnelles (art. 10)

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

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

⁸¹ ATF 98 Ia 356 cons. 3.

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

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

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

233.2 Règles professionnelles fédérales (art. 11)

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

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

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

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

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

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

233.21 Indépendance (art. 11 let. a)

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

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

233.22 Secret professionnel (art. 11 let. b)

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

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

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

⁸⁷ Cf. Dreyer, op.cit. p. 416 ss.

⁸⁸ CF. note 55 ci-dessus.

⁸⁹ ATF **112** Ib 607.

⁹⁰ ATF **117** Ia 348.

⁹¹ RS **311.0**.

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

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

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

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

233.3 Autorité cantonale de surveillance (art. 12)

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

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

⁹³ RS 220.

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

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

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

233.4 Devoir de communication (art. 13)

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

⁹⁴ RS 173.110.

⁹⁵ RS 0.101.

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

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

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

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

233.6 Mesures disciplinaires (art. 15)

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

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

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

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

⁹⁹ ATF **103** Ia 428.

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

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

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

233.8 Prescription (art. 17)

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

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

233.9 Radiation des mesures disciplinaires (art. 18)

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

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

¹⁰⁰ Cf. Wolffers, op. cit. p. 188.

¹⁰¹ ATF **106** Ia 100 ss.

234 Honoraires

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

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

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

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

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

¹⁰² Cf. Tercier, op. cit. p. 8 ss.

¹⁰³ RO **1996** 546, RS 251.

¹⁰⁴ RS **942.20**.

¹⁰⁵ Cf. Wolffers, op. cit. p. 160 s.

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

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

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

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

234.3 Examen des honoraires (art. 21)

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

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

¹⁰⁶ Wolffers, op. cit. p. 168

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

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

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

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

236 Dispositions finales

236.1 Adaptation du droit cantonal (art. 23)

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

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

236.2 Droit transitoire (art. 24)

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

236.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 25)

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

3 Conséquences financières et sur l'état du personnel

31 Pour la Confédération

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

32 Pour les cantons

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

4 Programme de législation

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

5 Relation avec le droit international

51 GATS

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ FF **1994** IV 273.

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

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

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

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

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

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

¹¹⁰ Cf. FF **1994** IV 274.

6 Constitutionnalité

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

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

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

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

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

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

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

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

63 Les compétences cantonales

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