

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	115 (1996)
Artikel:	L'avocat dans la société actuelle : de la nécessité de passer du XIXe au XXIe siècle
Autor:	Dreyer, Dominique
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895922

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 09.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

L'avocat dans la société actuelle

De la nécessité de passer du XIX^e au XXI^e siècle

Rapport présenté par DOMINIQUE DREYER

Avocat, Dr en droit, LL.M., chargé de cours à l'Université de Fribourg

Je remercie particulièrement Me Marianne LORETAN, Me Gabrielle MULTONE et M. Bernard DUBEY, avocat-stagiaire, qui par leurs recherches, remarques et suggestions ont nourri la substance de ce rapport. Mes remerciements vont également à Mlle Laurence MÜLLER qui a assumé la mise à jour continue du texte.

Table des matières

Introduction	401
I. La profession d'avocat	404
1.1. L'avocat au barreau	404
1.1.1. Qu'est-ce qu'un avocat?	404
1.1.2. Nécessité de l'avocat dans une société démocratique	407
1.1.3. Une activité souvent mal connue	408
1.1.4. L'avocat, une réalité mal perçue	409
1.2. L'évolution récente de la profession	410
1.2.1. Les réformes à l'étranger	410
1.2.2. L'évolution en Suisse	413
1.3. Deux constantes	414
1.3.1. L'avocat est indépendant	414
1.3.2. Les règles professionnelles	417
II. L'accès à la profession d'avocat et le droit d'établissement	419
2.1. L'accès à la profession: une réglementation cantonale	419
2.2. Le droit d'établissement	419
2.2.1. L'autorisation délivrée par le canton d'établissement	420
2.2.2. La reconnaissance du diplôme par le canton d'établissement	421
A. La reconnaissance selon l'art. 5 D.T.	421
B. La reconnaissance selon la loi sur le marché intérieur (LMI)	421
C. Reconnaissance des diplômes étrangers?	425
2.3. Accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne? . .	426
2.3.1. Le système communautaire	426
A. La jurisprudence de la Cour de Justice	427
B. Les directives	428
2.3.2. La liberté d'établissement en droit communautaire .	429
A. Fondements jurisprudentiels	429
B. L'apport de la directive «diplôme» (89/48)	430
C. La proposition de directive sur la liberté d'établissement des avocats	431
2.3.3. Effets sur la «circulation» des avocats entre la Suisse et l'Union européenne	434
A. L'établissement d'avocats européens en Suisse	434
B. L'établissement des avocats suisses dans l'Union européenne	436
2.3.4. Effets de la liberté d'établissement sur le marché intérieur suisse	437

III. La libre prestation des services (LPS)	438
3.1. Priviléges et restrictions dans le canton d'établissement	438
3.2. Prestations de services dans les autres cantons	438
3.2.1. L'art. 5 D.T.	438
3.2.2. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)	438
3.3. La libre prestation des services selon le GATS	440
3.3.1. Les principes d'un traité évolutif	440
3.3.2. Professions soumises à autorisation	442
3.3.3. Effets pour les avocats	442
A. Accord bilatéral avec l'Union européenne	443
B. La réglementation cantonale	443
C. Un cas particulier: la consultation juridique	443
3.4. Accord bilatéral avec l'Union européenne?	444
3.4.1. Le système communautaire	444
3.4.2. La directive 77/249	444
A. Une prestation de service transfrontalière	444
B. Conditions d'exercice de la libre prestation de services et restrictions	446
3.4.3. Effets du principe de la libre prestation de services sur les échanges entre la Suisse et l'Union européenne	448
A. Avocats de l'Union agissant en Suisse	448
B. Avocats suisses agissant dans l'Union européenne	449
3.4.4. Effets de la libre prestation de services sur le marché intérieur suisse	450
A. Effets du droit communautaire	450
B. Effets de la libre prestation de services par rapport aux effets de la LMI	451
3.5. Le nouveau projet de loi fédérale sur la profession d'avocat	452
IV. L'étude d'avocat, une organisation au service du client	454
4.1. L'organisation de l'étude	454
4.1.1. La pratique individuelle	454
4.1.2. La pratique en groupe	454
A. Les formes juridiques disponibles	455
B. Les associations interdisciplinaires	457
4.2. La présentation de l'étude	458
4.2.1. Le nom de l'étude	458
A. Position du problème	458
B. Mesures de protection du nom	459
4.3. Information au public (publicité)	460
4.3.1. L'interdiction de la publicité	460
4.3.2. Le droit d'informer le public	461

4.3.3. Le contenu des informations	462
4.3.4. L'indication des domaines de prédilection	463
V. Les obligations de l'avocat	465
5.1. Le devoir d'indépendance	465
5.2. La bonne et fidèle exécution du mandat	465
5.2.1. Le principe	465
5.2.2. Le préjudice	466
5.2.3. Le devoir de diligence	468
A. Notion concrète et objective	468
B. L'étendue du devoir de diligence de l'avocat	469
C. Devoir de diligence et faute du mandataire	471
D. Le degré de la «faute» (ou la violation du devoir de diligence)	473
5.2.4. Limitation conventionnelle de la responsabilité de l'avocat	476
A. Limitation conventionnelle de la responsabilité contractuelle	476
B. Limitation de la responsabilité délictuelle	478
5.2.5. La responsabilité pour les auxiliaires	478
5.2.6. L'avocat d'office	479
A. Les positions de la doctrine	479
B. La jurisprudence	480
C. Tendances actuelles	481
5.2.7. Tendances récentes en matière de responsabilité du mandataire	482
A. Devoirs accessoires	482
B. Répartition du fardeau de la preuve	482
C. Mesure préventive: la qualité des services	484
D. Responsabilité à l'égard des tiers?	484
5.3. Le respect du secret professionnel	486
5.3.1. L'enjeu	486
5.3.2. Rappel des principes	487
A. Les intérêts protégés	487
B. L'avocat astreint au secret professionnel	489
C. Le secret	490
5.3.3. L'avocat, confident nécessaire	493
A. La jurisprudence récente	493
B. Observations critiques	494
C. Libre communication entre l'avocat et son client	495
5.3.4. Les limites du secret professionnel	496
A. Obligation de témoigner	496
B. Obligation de renseigner	496

VI. Protection et surveillance de l'Etat	499
6.1. Le monopole des avocats	499
6.1.1. Un monopole limité	499
6.1.2. Le refus des avocats	499
6.1.3. L'activité de conseil	499
6.1.4. Pas d'obligation de représentation (Anwaltszwang)	500
6.1.5. Le monopole de représentation	501
6.2. Le respect des règles professionnelles	503
6.2.1. Les règles professionnelles	503
A. Les différentes sortes de règles	503
B. Dichotomie entre règles étatiques et us et coutumes?	503
C. Nature des règles disciplinaires	504
6.2.2. Les autorités de surveillance	505
A. Les différentes sortes d'autorités	505
B. La composition des autorités de surveillance étatiques	505
6.2.3. Les relations intercantonales et internationales	506
A. Les règles de conflit	506
B. Les relations intercantonales	506
C. Les relations internationales	507
6.3. La surveillance des honoraires	507
6.3.1. La modération des honoraires	507
6.3.2. Les honoraires établis selon un tarif	508
A. Les tarifs étatiques	508
B. Les tarifs conventionnels	508
Conclusion: L'acquis nécessaire et les réformes souhaitables	513
Bibliographie	515
Annexe: Législations cantonales sur l'exercice de la profession d'avocat	519

Introduction

En 1876, la Société suisse des juristes a délibéré pour la première fois du problème de la reconnaissance des brevets d'avocats en Suisse et de la nécessité d'une loi fédérale en la matière pour conclure en 1878 qu'il fallait se contenter momentanément (!) des dispositions transitoires en attendant l'unification du droit civil, du droit des obligations et éventuellement du droit pénal¹.

Cent vingt ans plus tard, la place de l'avocat dans l'ordre juridique suisse n'a guère changé alors que l'exercice de la profession d'avocat a considérablement évolué dans notre pays et dans ceux de l'Union européenne. Voici quelques illustrations de l'évolution de la profession et de la diversité des activités de l'avocat:

- Une grande étude anglaise, ayant des bureaux dans «*23 business and financial centers around the world*» cherche à engager un avocat pour son département «*World Trade Organization Agreements*»².
- Une grande étude new-yorkaise annonce ainsi l'arrivée d'un nouvel associé dans son département «*Corporate and Capital Markets Group*»: «*where he represents public and private corporations and other entities in mergers, and in acquisitions and divestitures of assets and stock, as well as venture capital and other risk capital investment firms with regard to investments in start-up, early stage and leveraged buyout corporations. He also represents issuers in public offerings and private placements of equity and debt securities, borrowers and lenders in secured and unsecured credit facilities and other loans, and corporations in general securities, commercial and corporate governance matters*».
- Plus près de nous, la Feuille Officielle Suisse du commerce du 30 octobre 1995 annonce, à Vouvry (VS), la constitution de la société «*Juris Law Office Sàrl*», au capital de Fr. 20000.– et dont le but est toutes activités de conseils juridiques et financiers, ainsi que le rôle du consultant lors d'opérations juridiques et commerciales ou financières; de plus, la société «*peut exercer toutes activités convergentes* (sic), y compris immobilières, participer à d'autres entreprises en rapport avec son but».

On aurait tort de croire que ces exemples sont éloignés de notre réalité helvétique; la place financière suisse et nos entreprises multinationales créent une demande pour des conseils juridiques toujours plus sophistiqués; la prochaine entrée en vigueur de la loi fédérale sur la bourse et les valeurs mobilières, ainsi que les opérations de dérégulation qui débutent ne feront qu'accroître cette demande.

¹ P. CHAULMONTET, Contribution à l'étude de la profession d'avocat, th. Lausanne 1970, p. 134.

² Cf. THE ECONOMIST, 4 novembre 1995, p. 9.

L'avocat, qui a toujours été considéré comme exerçant une profession libérale, est de plus en plus présenté comme un entrepreneur qui offre un service: «*Der Rechtsanwalt der Zukunft ist ein Unternehmer, der eine erstklassige Dienstleistung erbringt*»³. Déjà certaines études envisagent de se soumettre aux contrôles de qualité internationalement reconnus afin d'arborer un certificat ISO 9000!

Pendant la préparation de ce rapport, le contexte juridique a lui aussi brusquement changé: la Suisse a ratifié l'accord dit du GATS; le législateur fédéral a adopté une loi sur le marché intérieur (LMI) qui aura d'importants effets pour l'exercice de la profession; l'administration fédérale négocie des accords bilatéraux avec l'Union européenne qui concernent notamment la profession d'avocat.

Aussi, même si certains aspects de la profession d'avocat ont déjà été discutés⁴ au sein de la Société suisse des juristes, il est temps de remettre l'ouvrage sur le métier.

Le but du présent rapport est d'examiner certains problèmes que doit affronter l'avocat à la veille du XXIe siècle:

- a) Il s'agira tout d'abord d'expliquer ce qui caractérise la profession d'avocat (I). L'avocat est un juriste mais les avocats constituent une caste particulière parmi les juristes, caste à laquelle on n'appartient pas tant en raison du titre que l'on porte que de la fonction exercée, ce qui explique que l'avocat est différent du juriste d'entreprise même si celui-ci a le titre d'avocat.
- b) Les conditions d'accès à la profession et les conditions de son exercice (II) sont encore essentiellement fixées par la législation cantonale qui, même si elle a été adaptée dans plusieurs cantons, tire ses racines et reste trop marquée par le contexte du XIXe siècle.

Cette réglementation a déjà été modifiée par les règles du GATT (en l'occurrence celles du GATS) et la Loi fédérale sur le marché intérieur qui va entrer en vigueur en 1996 et modifier profondément les conditions d'exercice de la profession d'avocat en Suisse.

Les accords bilatéraux actuellement en négociation entre la Suisse et l'Union européenne exerceront – s'ils sont conclus – une grande influence sur le statut de l'avocat en Suisse.

³ H. SITTA, *Wir Rechtsanwälte – übermorgen*, Österreichisches Anwaltsblatt, 1994/5, p. 325 ss.

⁴ E. MARTIN-ACHARD, *La discipline des professions libérales*, RDS 1951, p. 137a ss; W. DUBACH, *Das Disziplinarrecht der freien Berufe*, RDS 1951, p. 1a ss; ég. P. CHAUL-MONTET, p. 135 explique:

- qu'en 1901, la Fédération suisse des avocats, constituée depuis peu, adresse au Département fédéral de justice et police un projet pour la création d'un brevet fédéral;
- qu'en 1942, la Fédération suisse des avocats charge l'un de ses membres, R. Blass, d'établir un projet de modification de l'art. 33 Cst. (relatif aux professions libérales) et un projet de loi fédérale sur la profession d'avocat; mais les temps ne sont guère propices et il n'est toujours pas question d'unifier les procédures cantonales.

c) La personnalité bien trempée de l'avocat – exigence requise pour la pratique de cette profession – en fait souvent un individualiste. L'ampleur des tâches à accomplir, le coût du personnel et des «moyens de production» (locaux, bibliothèque, machines) l'obligent cependant souvent à s'associer avec d'autres confrères. Dans un monde plus ouvert, l'avocat doit apprendre à communiquer sans perdre son âme (IV).

d) Les problèmes abordés par l'avocat sont très différents selon qu'il s'occupe de divorces, d'un procès pénal ou civil, de «mergers and acquisitions» ou du contenu du prospectus d'un emprunt par obligations. Quelles sont ses obligations dans ces diverses situations (V)?

e) L'accès à la profession n'étant pas ouvert à tous et le monopole de certaines activités lui étant encore garanti, l'avocat doit accepter de se soumettre à une surveillance de la part de l'Etat et de ses confrères (VI).

Quelques remarques préliminaires s'imposent encore:

- Il n'était guère possible de traiter de tous les problèmes relatifs à l'avocat. Le rapporteur s'en est tenu à ceux qui lui paraissaient essentiels ou ceux qui lui plaisaient!
- Un coup d'oeil sur l'évolution de la profession chez nos voisins s'imposait même si les comparaisons faites n'ont pas la rigueur d'une analyse de droit comparé.
- La législation pertinente est – on l'a dit – essentiellement cantonale. Des références constantes aux règles des vingt-six cantons – lorsqu'elles existent – auraient été fastidieuses. Elles sont faites lorsque cela est utile pour la compréhension des similitudes ou des divergences des règles topiques. De même, les règles des us et coutumes ont été choisies dans des cantons où elles ont fait l'objet de publications récentes (Zurich, Lucerne)⁵ ou encore à Genève et à Fribourg.
- Enfin, préoccupé par l'avenir (et malgré son goût pour l'histoire), le rapporteur s'est contenté de quelques références au passé; le lecteur intéressé par l'histoire du barreau – et qui resterait sur sa faim – est invité à consulter les excellents ouvrages déjà publiés sur ce sujet⁶.

⁵ Cf. *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zurich*, (édité par l'Ordre des avocats zurichois, sur la base de la thèse de P. WEGMANN), Zurich 1988; W. FELLMANN/O. SIDLER, *Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*, Berne 1996.

⁶ W. SALZMANN, *Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat*, th. Fribourg, 1976, p. 2 à 27; pour le droit français: cf. HAMELIN/DAMIEN, *Les règles de la profession d'avocat*, 8e éd., Paris 1995, p. 17 à 27; pour le droit anglais: D. LEMMINGS, *Gentlemen and barristers. The Inns of Court and the English bar, 1680-1780*, Oxford 1990.

I. La profession d'avocat

1.1. L'avocat au barreau

1.1.1. Qu'est-ce qu'un avocat⁷?

Les définitions de la profession d'avocat traduisent la conception que l'on se fait de son activité.

a) L'avocat *représente et assiste les parties en justice*⁸.

En raison de cette description de son rôle, l'avocat est souvent qualifié d'auxiliaire de la justice (Diener der Rechtspflege). Cette conception, fondée sur l'histoire⁹, est source de confusion; ainsi que l'explique GYGI, elle est dépassée si l'on veut dire par là que l'avocat serait «*halb Beistand der Parteien, halb Mitarbeiter des Richters*»¹⁰. Le Tribunal fédéral s'est lui-même rendu compte du risque de confusion et, afin d'éviter une interprétation qui pourrait conduire à des restrictions des droits fondamentaux qui seraient incompatibles avec la Constitution, en a expliqué le sens dans un arrêt remarquable de compréhension (dans le sens d'intelligence) pour la profession d'avocat: «*L'avocat est <serviteur du droit> et <collaborateur de la justice> dans la mesure où il lui incombe de conseiller et de soutenir les justiciables dans la poursuite de leurs intérêts subjectifs juridiquement protégés. Il assume ainsi une tâche sans laquelle le citoyen ne pourrait très souvent pas faire valoir ses prétentions juridiques et la réalisation de l'ordre juridique serait remise en question de façon toute générale. (...) Mais les expressions de <serviteur du droit> et de <collaborateur de la justice> ne signifient pas que l'avocat est, comme le juge, tenu de rechercher la vérité objective et la juste application du droit. Sans doute son activité contribue-t-elle à la réalisation du droit objectif: on peut en effet admettre que le juge parviendra d'autant mieux à rendre un jugement*

⁷ La profession d'avocat est évidemment aussi exercée par des femmes. Le terme «avocat», utilisé dans ce rapport, les désigne également. Il n'existe guère d'études expliquant pour quelles raisons le pourcentage des femmes avocates reste faible (cf. note 23 ci-dessous) alors même qu'elles représentent actuellement en Suisse une proportion égale à celle des hommes dans les facultés de droit. La proportion est encore plus faible parmi les associés des grandes études. M. HARRINGTON (Women Lawyers, Rewriting the Rules, New York, 1994, p. 21 ss) l'explique par le fait que dans ces études le nombre annuel d'heures facturables attendues des collaborateurs est passé ces dernières années de 1600 à 2000 et que, dans ces conditions, une femme étant à l'étude de 8 à 9h. du matin à 5 à 6h. du soir était considérée comme travaillant à temps partiel et donc ne faisant pas preuve d'assez de «commitment» pour devenir partenaire.

⁸ Art. 2 de la loi fribourgeoise du 10.5.1977 sur la profession d'avocat, RSF 137.1; «Der Rechtsanwalt ist der beauftragte berufmässige Vertreter oder Beistand einer Partei in streitigen Rechtssachen vor Gericht.» cf. ZÜRCHER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 1920, p. 39.

⁹ Cf. W. SALZMANN, p. 15.

¹⁰ Cf. F. GYGI, Der Beruf des Anwaltes, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Berne 1986, p. 535 ss, 543.

objectif que l'avocat aura mieux défendu les intérêts subjectifs opposés. Mais l'avocat n'est pas un organe étatique et pas non plus l'assistant du juge, mais bien le défenseur des intérêts d'une partie et à ce titre il agit unilatéralement en faveur de son mandant. Tel est le cas notamment du défenseur d'un accusé dans un procès pénal. Il lui incombe de s'opposer à l'action pénale de l'Etat et de s'efforcer d'obtenir la libération de son client ou du moins un jugement qui soit le plus clément possible. C'est de cette manière qu'il s'acquitte de sa tâche de collaborateur de la justice»¹¹.

Relevant l'importance de cet arrêt après avoir passé en revue toute la jurisprudence du Tribunal fédéral, CHRISTE arrivait à la conclusion que l'expression de «partenaire de la justice» serait plus appropriée pour résumer la conception actuelle de la profession¹².

Dans cette fonction, l'avocat se rapproche du barrister anglais ou de l'avocat tel que le connaissait le droit français avant la fusion avec la profession de conseil juridique intervenue en 1992.

b) L'avocat donne aussi des *consultations juridiques* et des *conseils* à ses clients. Il le fait évidemment souvent avant et pendant une procédure judiciaire. Mais il conseille aussi ses clients en dehors de tout litige (afin précisément, dans la mesure du possible, de leur éviter un procès ou du moins leur permettre d'être en position favorable si une procédure est engagée).

L'augmentation constante des règles juridiques a engendré des besoins accrus de conseils dans toutes sortes de domaines, en particulier dans les domaines industriels, commerciaux et financiers. En Suisse – comme dans les autres pays – les études qui se sont développées ces dernières années ne sont pas celles dont les avocats sont constamment au tribunal, mais celles dont les clients ont besoin de conseils. (En France, c'étaient les cabinets des conseils juridiques – qui ne pouvaient pratiquer le barreau jusqu'en 1992 – qui se développaient au détriment des avocats; en Angleterre, c'est le nombre des solicitors qui a considérablement augmenté par rapport à celui des barristers; aux Etats-Unis, dans les «law firms», les «litigators» sont – hors écran (de cinéma ou de TV!) – plutôt tolérés par nécessité qu'admirés.)¹³

Répondant à la demande de conseils, le nombre de juristes a aussi augmenté dans les administrations publiques, les banques, les assurances,

¹¹ ATF 106 Ia 100 = JdT 1982 I 579 ss, 581 s.

¹² Cf. P. CHRISTE, Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits, RDS 1988, p. 463 ss, 471; cf. également J.-P. MÜLLER, Funktion des Rechtsanwaltes im Rechtsstaat – Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht, Berne 1985, p. 11.

¹³ «The prestige of litigation within the profession, however, has varied. It declined considerably around the turn of the present century, concomitant with the rising status of corporate counselors. In recent years, it has risen again as corporations have abandoned their traditional reluctance to sue one another.» M.A. GLENDON, A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society, New York 1994, p. 41.

les entreprises. De plus en plus souvent, ces conseillers juridiques ont effectué un stage et obtenu le brevet d'avocat. Pourtant, on continue à consulter l'avocat inscrit au barreau¹⁴.

c) L'avocat est évidemment un juriste (presque toutes les législations cantonales exigent du candidat au brevet une licence en droit). La connaissance du droit lui est indispensable même si – et selon une longue tradition («*Da mihi facta, dabo tibi jus*») – les tribunaux appliquent librement et d'office le droit. Mais tout juriste n'est pas avocat.

Qu'est-ce qui caractérise l'avocat par rapport aux autres juristes, notamment le juriste d'entreprise? Le juriste d'entreprise connaît aussi le droit; il est souvent docteur en droit ou titulaire du brevet d'avocat et a aussi parfois pratiqué le barreau quelques années avant d'entrer au service d'une entreprise, d'une banque ou d'une compagnie d'assurances.

L'avocat inscrit au barreau se distingue par les aspects suivants:

- Il exerce une profession libérale. A l'heure où nombreux sont ceux qui considèrent que la pratique du droit serait un «business», il est nécessaire de rappeler qu'exercer la profession du barreau peut et doit être autre chose que de diriger une entreprise de services. La qualification de profession libérale n'a pas seulement pour but de permettre l'application de l'art. 33 Cst. L'usage même du terme «profession» connote un état d'esprit qui devrait rester d'actualité: «*The term 'profession' refers to a group of men pursuing a learned art as a common calling in the spirit of a public service – no less a public service because it may incidentally be a mean of livelihood*»¹⁵. Le caractère de profession libérale implique également que l'avocat est à la disposition du public. Certes, il n'est pas, comme le notaire, un officier public qui ne peut refuser les clients qui se présentent chez lui. Néanmoins, l'avocat offre ses services au public dans son ensemble et l'Etat peut lui demander d'assumer une défense d'office.
- Il agit à titre professionnel en toute indépendance: «*Consilium verum dare audeamus libere*»¹⁶. Cet élément est si essentiel pour l'exercice de la profession qu'il sera développé ci-dessous (1.3.1.).
- Enfin, l'avocat ne se contente pas d'indiquer quelle est la solution juridique telle que la donnerait un professeur d'université dans un avis de droit. L'avocat est toujours consulté *in concreto*; soit il participe avec le tribunal à l'application du droit dans le cas d'espèce qui l'occupe,

¹⁴ C'est ce qui était déjà mis en évidence dans cette définition du début du siècle: «*L'avocat est la personne qui, régulièrement inscrite à un Barreau, fait profession de donner des avis et des consultations sur des questions d'ordre juridique ou contentieux et de défendre en justice, oralement ou par écrit, l'honneur, la liberté, la vie et les intérêts des justiciables qu'il assiste, ou même représente s'il y a lieu.*» J. APPLETON, Traité de la profession d'avocat, 2e éd., Paris 1929, p. 14.

¹⁵ R. POUND, The Lawyer from Antiquity to Modern Times, St-Paul 1953, p. 5.

¹⁶ M. CICERO, De Amicitia, ch. 13, sec. 44.

soit il conseille son client en se fondant sur ses connaissances du fonctionnement du système judiciaire¹⁷.

1.1.2. Nécessité de l'avocat dans une société démocratique

Les auteurs qui ont étudié l'évolution du rôle de l'avocat au cours des siècles ont constaté que l'avocat apparaît dès qu'une société atteint un certain degré d'organisation: «*Eine Geschichte der Rechtsanwaltschaft ist daher eine Geschichte der menschlichen Kultur*»¹⁸. (Même les sociétés qui ne sont pas formellement organisées semblent ressentir ce besoin de l'avocat. On se souvient que, dans le film de Fritz Lang, «M» le maudit n'est pas condamné par le «jury populaire» sans qu'un membre de la pègre ne tienne le rôle de son avocat.)

Dans nos sociétés modernes, les tribunaux constituent l'un des trois pouvoirs essentiels au bon fonctionnement de toute démocratie: «*Rechtsprechung und Gericht treten neben Parlament und demokratisch organisiertem Volk als Zentren rechtlich verfasster Entscheidfindung in den Vordergrund*»¹⁹.

L'avocat est l'un des acteurs qui participent au processus de recherche de la vérité dans le procès²⁰. Dans cet esprit, l'avocat remplit une fonction qui est non seulement utile pour son client ou pour le juge, mais nécessaire pour garantir le bon fonctionnement de la justice. Cette profession répond donc à un besoin d'intérêt général²¹. En effet, il ne suffit pas pour satisfaire aux exigences de l'Etat de droit que les lois (les règles juridiques) soient adoptées selon un processus démocratique; il faut aussi que leur application soit contrôlée. En exerçant son activité dans la procédure (et en conseillant ses clients), l'avocat participe à ce contrôle. L'avocat joue donc un rôle indispensable dans le bon fonctionnement de l'Etat de droit²².

¹⁷ Cette caractéristique de l'avocat est mise en évidence par A. KRONMAN (*The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Mass., 1993, p. 120 ss, 124): «From the client's point of view, therefore, the most important part of his lawyer's expertise is his knowledge of a certain sort of human behavior: the behavior of those who play a role in determining how the law shall be applied.»

¹⁸ J. MAGNUS, *Die Rechtsanwaltschaft*, Leipzig 1929, p. 1. «Partout où il y a une justice, le barreau est venu sous une dénomination quelconque se placer à côté d'elle comme une institution corrélatrice.» Répertoire Dalloz, p. 459 n. 20, cité par W.R. SCHLUEP, *Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat*, Zurich 1994, p. 58 n. 189, et par E. MARTIN-ACHARD, *L'avocat aujourd'hui*, Bâle 1990, p. 8.

¹⁹ J.-P. MÜLLER, p. 8.

²⁰ J.-P. MÜLLER: «(Der Anwalt) partizipiert als konstitutives Agens im diskursiven Prozess der Wahrheits- und Rechtssuche, in jenem Prozess, der allein die Chance der Einsicht in Wahres und Gerechtes in sich birgt.»

²¹ Cf. E. MARTIN-ACHARD, *Discipline*, p. 181a s.

²² Cf. P. CHRISTE, p. 471; ég. W.R. SCHLUEP, p. 58, nos 71 ss.

1.1.3. Une activité souvent mal connue

Le public a généralement de l'avocat l'image du défenseur au pénal ou de l'avocat qui assiste son client en droit civil. Mais cette présence de l'avocat au tribunal ne représente de plus en plus qu'une partie restreinte de son activité:

- tout d'abord, plus souvent qu'on ne le pense, l'avocat sera amené à expliquer à son client qu'il ne faut pas introduire action en justice (parce qu'il n'a pas de droit à faire valoir, parce que son action est déjà périmée ou prescrite, parce que la partie adverse ne sera pas à même d'exécuter le jugement);
- ensuite, l'avocat conseille à son client de chercher une transaction et négocie un accord avec l'avocat de la partie adverse (*«un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès»*); dans les procès en divorce, combien d'heures d'audience ne sont-elles pas épargnées par les conventions élaborées par les mandataires des parties sur les effets accessoires du divorce et la liquidation du régime matrimonial!

En plus de cette activité rattachée à la procédure, l'avocat exerce un rôle de conseil dans le but d'éviter un procès à son client. Avant même d'agir, le client, qui doit faire face à un nombre croissant de réglementations, consulte un avocat afin de s'assurer que l'entreprise envisagée n'est pas illégale, que si plusieurs parties sont concernées leurs obligations réciproques sont clairement définies, etc. Cet aspect de l'avocat est mieux connu par les dirigeants d'entreprises qui ont appris par expérience que le conseil juridique est un élément nécessaire de la réussite de leurs opérations commerciales. En raison de l'énorme développement des activités économiques aussi bien des entreprises suisses à l'étranger que des sociétés étrangères (et de la clientèle étrangère privée) en Suisse, ainsi que de la complexité des problèmes, la demande en conseils juridiques a crû d'une manière inimaginable. Sur ce marché-là, les avocats au barreau ne sont certes pas les seuls à pouvoir donner des conseils puisque les services juridiques des fiduciaires et des banques le font également. Malgré cette concurrence, le développement des études d'avocats actives sur ce marché démontre que le client continue à solliciter et à apprécier les conseils d'avocats indépendants²³.

Les besoins croissants des clients ont également pour conséquence une très grande diversité des activités de l'avocat:

- diversité des problèmes soumis à l'avocat généraliste qui traite du divorce, du conflit opposant des propriétaires, qui rencontre toutes les

²³ En France, le nombre d'avocats est en 1995 de 31700 (dont 38% de femmes), pour une population de 57 millions d'habitants; en Allemagne, on compte 67500 avocats (dont 17,4% de femmes) pour 79 millions d'habitants; en Grande-Bretagne, on compte 63600 solicitors (dont 29% de femmes) et 8100 barristers (dont 22% de femmes) pour 60 millions d'habitants.

facettes de la vie commerciale au travers du droit des contrats, qui accompagne son client dans les méandres de l'administration, qui redonne confiance à l'accusé dans la procédure pénale;

- diversité des clients aussi pour l'avocat spécialisé dans un domaine du droit et qui, en raison du contexte international des affaires, est presque constamment en contact avec des clients ou des confrères étrangers;
- diversité des services sollicités par le client; la jurisprudence relative au secret professionnel et la législation récente (et en préparation) sur la vigilance en matière d'opérations financières le démontrent²⁴.

1.1.4. L'avocat, une réalité mal perçue

L'avocat ne laisse pas indifférent et provoque des sentiments antagonistes. A leur propos, on cite volontiers Shakespeare («*The first thing we do, let's kill all the lawyers.*» Henri VI, Acte II) ou Voltaire («*J'aurais voulu être avocat, c'est le plus bel état du monde!*»).

Malgré l'injonction de Shakespeare, les avocats ont non seulement survécu jusqu'à nos jours, mais la profession se développe sur tous les continents et l'avocat reste ou est devenu un partenaire indispensable et incontournable dans un grand nombre de situations. (Même les pays tels que la Chine découvrent le rôle nécessaire des juristes.)

Dans la société contemporaine, l'avocat est souvent considéré négativement principalement en raison de l'image qu'en donnent les médias.

L'avocat dans l'exercice de son mandat est au centre de conflits d'intérêts que la presse, par son regard immédiat mais fugace, n'est guère à même d'expliquer. L'avocat a le devoir de tout entreprendre pour la défense des intérêts de son client. Les multiples droits et perfectionnements de la procédure voulus par le législateur – c'est-à-dire le peuple, puisque nous sommes dans une démocratie référendaire – offrent à l'avocat de nombreux griefs à faire valoir tout en respectant la légalité. Pourquoi reprocher à l'avocat d'enrayer le système alors qu'il ne fait qu'utiliser les armes mises à sa disposition? Quant aux retards occasionnés par les démarches judiciaires, ils sont en grande partie dus aux défauts d'organisation de la justice ou à des règles procédurales parfois dépassées²⁵.

Le rôle de l'avocat est aussi parfois mal perçu par les clients qui, oubliant que celui-ci a une obligation de moyens et non de résultat, considèrent que leur mandataire doit leur obtenir le gain du procès. D'autres clients comprennent mal que leur avocat, avant ou après une audience judiciaire, semble se trouver en bons termes avec l'avocat de la partie adverse.

²⁴ Cf. ci-dessous, 5.3.4.

²⁵ Or, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé qu'il appartient aux Etats d'organiser leur appareil judiciaire de telle sorte que les procès puissent avoir lieu sans retards excessifs; cf. ATF 107 Ib 160, 164.

Le public connaît le rôle de l'avocat plaideur mais ignore – tout comme le client d'ailleurs – la pression ressentie par l'avocat dans la préparation de l'audience et au cours de celle-ci, et surtout dans la rédaction du recours, démarche au cours de laquelle il devra d'abord identifier la voie de recours (qui ne sera pas toujours évidente), ce qui déterminera le délai de recours, et durant ce laps de temps, parfois très court, rédiger le recours. L'avocat est parfois tout de suite mis sous pression lors de la consultation et devra alors sans délai prendre des mesures à défaut desquelles son client perdra tous ses droits: par exemple l'interruption d'un délai de prescription, qui presuppose une analyse immédiate de la situation juridique, ou une requête de mesures provisionnelles urgentes d'inscription d'une hypothèque légale (malgré l'urgence, l'avocat devra encore vérifier les documents que lui remet son client, y compris la numérotation des articles du cadastre)²⁶. Ces très fortes pressions et les risques encourus incitent nombre d'avocats patentés à renoncer à la pratique du barreau et à y préférer une place de conseiller juridique dans une administration publique ou privée (banque, assurance, société).

1.2. L'évolution récente de la profession

Participant à l'œuvre de justice, l'avocat apprécie les avantages de la tradition et du respect des règles de procédure. Cherchant toujours à faire progresser les droits de ses clients, il n'est pas surpris par les besoins de changements et doit s'adapter constamment aux nouvelles réalités ou règles de droit.

Cependant, ce qui est particulier aujourd'hui, c'est que la nouveauté ne touche pas seulement son environnement mais sa propre situation dans la société. Cette évolution n'est pas particulière à la Suisse; elle s'est manifestée depuis plusieurs années à l'étranger et ses vagues touchent maintenant notre pays.

1.2.1. Les réformes à l'étranger

a) Généralités

Dans la plupart des pays européens (Belgique, Danemark, Allemagne, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Espagne, Grande-Bretagne), la législation sur l'accès à la profession d'avocat a subi d'importants changements²⁷.

²⁶ ATF 117 II 563.

²⁷ Cf. F. ROTHENBÜHLER, *Freizügigkeit für Anwälte, Grundzüge des schweizerischen und europäischen Anwaltsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Freizügigkeit*, thèse Fribourg, Berne/Zurich 1995, p. 96 ss; les exigences universitaires pour l'obtention d'une licence en droit et la formation juridique complémentaire requise pour l'exercice des professions juridiques, dont celle d'avocat, en France, aux Pays-Bas, en Belgique,

b) En France

La France connaissait la distinction entre l'avocat qui assistait les clients en justice et l'avoué chargé d'établir les actes de procédure²⁸. Une loi du 31 décembre 1971 a supprimé cette distinction des fonctions, du moins devant les tribunaux de grande instance, car les avoués – qui ont un statut de droit public et sont des officiers ministériels – ont maintenu leur position devant les cours d'appel (quant aux recours au Conseil d'Etat – l'instance supérieure de recours en matière administrative – et à la Cour de cassation, seul un nombre restreint d'avocats, agréés auprès de l'une ou l'autre de ces cours, sont habilités à les présenter). Toutefois, une différence subsistait entre les avocats qui représentaient les parties en justice et les conseils juridiques – une profession reconnue par la loi du 31 décembre 1971 – qui devaient se contenter de conseiller les parties sans pouvoir les représenter ou les assister en justice. Ces diverses manières de rendre des services juridiques ont été unifiées par la loi du 31 décembre 1990 – en vigueur depuis le 1er janvier 1992 – qui a ainsi établi une notion unique de la profession d'avocat (qui continue pourtant à recouvrir plusieurs réalités)²⁹.

c) En Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, il faut d'abord distinguer la législation relative à l'Angleterre et au Pays de Galles, de celle relative à l'Ecosse ou encore de l'Irlande du Nord.

Depuis des siècles, les activités des avocats ont été divisées: les *solicitors* offrent aux particuliers et aux entreprises tous les services juridiques à l'exception de la représentation en justice qui était réservée aux *barristers*³⁰. La loi a récemment modifié les prérogatives des barristers (avocats-plaideurs) pour accorder aux solicitors (avocats-conseils) un accès limité aux tribunaux. Malgré cette modification, il reste le plus souvent nécessaire, dans le cas d'une procédure judiciaire, de consulter d'abord un solicitor qui abordera ensuite un barrister³¹. A noter que le client n'a pas d'accès direct au barrister avec lequel il communique par l'intermédiaire du solicitor.

en Irlande, au Danemark, en Allemagne et en Grande-Bretagne, ont été présentées d'une manière détaillée dans le no 1, vol. 2, 1995 de la revue International Journal of the Legal Profession.

²⁸ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 79 s.; cf. ég. E. MARTIN-ACHARD, Discipline, p. 180a.

²⁹ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 79 s.; ég. J. HAMELIN/A. DAMIEN, Les règles de la profession d'avocat, 8 éd., Paris 1995, p. 30 ss.

³⁰ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 90 ss.

³¹ Cf. les explications données dans le bulletin de la FSA, L'avocat suisse, 158/1995, p. 20 et 21 par P. GOLDSMITH, Chairman of the General Council of the Bar of England and Wales.

d) En Allemagne

Alors qu'en Allemagne ce sont les Länder qui adoptent la législation relative à l'organisation de la justice et de la profession d'avocat, ce pays connaît néanmoins depuis 1959 une loi fédérale: la Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)³². Cette loi a fait récemment l'objet d'une révision totale: Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte, du 2.9.1994³³, qui s'applique évidemment aussi aux nouveaux Länder de l'est du pays.

L'Allemagne ne connaît qu'un seul type d'avocat, le *Rechtsanwalt*, dont la formation (en deux phases: un premier examen – *Referendarexamen* ou *erste Staatsprüfung* – après une formation universitaire et un second examen – *Assessoriatsexamen* – après divers stages de deux ans) est la même que celle du juriste qui se destine à la carrière judiciaire³⁴.

L'avocat allemand est rattaché au ressort d'un tribunal déterminé (*Lokalisierungsgebot*). De plus, il n'est pas de ce fait autorisé à plaider devant toutes les instances puisqu'il ne sera admis, sur requête, devant l'*Oberlandsgericht*, que s'il peut justifier de 5 ans de pratique. De même, il ne pourra être admis, sur requête, devant la Cour fédérale – *Bundesgerichtshof* – que s'il est âgé de 35 ans et justifie de 5 ans de pratique³⁵.

e) Dans l'Union européenne

Puisque l'accès à la profession d'avocat est réglé par les législations nationales, tout devrait être dit à ce niveau. Pourtant, ce n'est pas le cas, pour deux raisons:

- Le droit européen exerce une grande influence sur le libre exercice de la profession dans les pays membres en adoptant des directives sur la reconnaissance des diplômes et sur la libre prestation des services³⁶. Une directive sur la liberté d'établissement des avocats est en projet³⁷.
- Les organes de l'Union européenne créent du droit qui imprègne les droits nationaux et s'applique non seulement directement devant les instances nationales mais encore devant les instances communautaires (Commission, Tribunal de Première Instance, Cour de Justice). L'argumentation du droit européen intégrée dans une procédure nationale est une activité connue de l'avocat; par contre, soutenir un dossier devant une instance européenne implique des connaissances procédurales nou-

³² BGBI. I 1959, p. 565.

³³ BGBI. I 1994, p. 2278; cf. K. JESSNITZER/H. BLUMBERG, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, Kommentar, 7e éd., Cologne 1995.

³⁴ Cf. ROTHENBÜHLER, p. 99 s.

³⁵ Cf. ROTHENBÜHLER, p. 129 s.

³⁶ Voir ci-dessous 2.3. B et 3.4.2.

³⁷ Voir ci-dessous 2.3.2. C.

velles qui ne peuvent être maîtrisées que par une nouvelle formation ou le recours à un avocat spécialisé, l'avocat «européen»³⁸.

f) Sur d'autres continents

Aux Etats-Unis, la réglementation relative aux avocats dépend des Etats. Comme dans d'autres domaines, ce pays a déjà connu certains des développements qui nous attendent et qui sont déjà en partie réalisés en Europe: création d'études regroupant des centaines d'avocats, bourgeonnement autour du pouvoir central – Washington là-bas, Bruxelles ici – d'une espèce particulière d'avocats, les «lobbyistes»³⁹.

1.2.2. L'évolution en Suisse

a) Face aux changements vécus dans les pays qui nous entourent, la situation helvétique donne l'impression d'un train-train quotidien. Les législations cantonales sont modifiées au gré des humeurs locales. Un projet de loi fédérale «cadre» sur la profession d'avocat a bien été mis en consultation auprès des milieux intéressés sans pour autant être frappé du sceau de l'urgence. Mais les apparences sont fausses; de grands changements sont en vue.

b) Le marché des avocats est en mutation. La demande se modifie en ce sens qu'une partie de sa clientèle traditionnelle (et assurée) se détourne peu à peu de l'avocat et trouve réponse à ses problèmes, à moindres frais, auprès de conseillers plus ou moins spécialisés (plus spécialisés dans le domaine en cause – bail, prud'hommes, problèmes familiaux – mais moins spécialisés dans les principes juridiques). Une autre partie de la clientèle (entreprises petites, moyennes ou grandes) continue à consulter l'avocat mais exige davantage de lui et attend des conseils aussi sophistiqués que ceux des services juridiques des fiduciaires ou des banques.

c) Alors que, depuis plus d'un siècle, l'ordre juridique suisse s'est contenté de dispositions transitoires pour réglementer l'exercice de la profession d'un canton à l'autre (art. 5 D.T. Cst.), un traité vient d'entrer en vigueur, une loi fédérale est sur le point de l'être et deux nouveaux changements pourraient intervenir d'ici peu:

- entrée en vigueur du GATS (General Agreement on Trade and Services) le 1.7.1995;
- entrée en vigueur probable de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) le 1.7.1996;

³⁸ Cf. diverses contributions sur le statut et le rôle de l'avocat en droit communautaire dans: L'avocat et l'Europe des 12 et des 21, La défense des droits de l'homme, L'intégration communautaire, Perspectives 1992, Actes du XIIe Congrès de l'Association française des Centres de formation professionnelle du barreau, 1988.

³⁹ M. GREEN, The Other Government, The Unseen Power of Washington Lawyers, New York 1975.

- négociations des accords bilatéraux entre la Suisse et l’Union européenne qui, s’ils sont conclus, auront des répercussions immédiates et importantes en Suisse⁴⁰;
- élaboration d’un projet de loi fédérale cadre sur l’exercice de la profession d’avocat⁴¹.

1.3. Deux constantes

Quelle que soit la définition donnée de l’avocat, quelle que soit l’importance de l’évolution constatée au cours des dernières décennies, deux constatations reviennent toujours: l’avocat doit être indépendant et respecter les règles de sa profession.

1.3.1. L’avocat est indépendant

a) Le terme d’avocat, au sens de l’avocat inscrit au barreau, doit être synonyme d’indépendance! Cette exigence essentielle est soulignée par les organisations professionnelles:

- Art. 1er des lignes directrices relatives aux us et coutumes préconisées par la Fédération suisse des avocats⁴².
- Art. 3 du Code d’éthique de l’International Bar Association.
- Art. 4 des principes fondamentaux de la profession d’avocat de l’Union internationale des avocats.
- Art. 2 de la déclaration de Pérouse sur les principes déontologiques des barreaux de la Communauté européenne.

Dans les cantons romands et dans le canton de Berne, la loi sur l’exercice de la profession d’avocat énonce le principe: «*L’avocat agit en toute indépendance et sous sa responsabilité personnelle.*»

Curieusement, les lois des cantons alémaniques – à l’exception du canton de Berne – et du Tessin ne contiennent pas de référence expresse à cette vertu que nos confrères pratiquent pourtant de la même manière que dans l’ensemble du pays car plusieurs lois traitent du problème sous l’angle du conflit d’intérêts.

b) L’avocat doit être indépendant à l’égard de l’Etat et des autorités, de ses clients et des tiers⁴³:

⁴⁰ Cf. 2.4. ci-dessous.

⁴¹ Cf. 3.5. ci-dessous.

⁴² Le thème de l’indépendance de l’avocat a fait l’objet de quatre contributions publiées dans l’Avocat suisse, nos 115, 116, 118/1988 et réunies dans un tiré à part in: Publication FSA, volume 5.

⁴³ Voir à ce sujet l’excellent commentaire de FELLMANN/SIDLER (Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes, p. 7 à 14) sur l’art. 1er des Us et coutumes de Lucerne: «Der Anwalt übt seinen Beruf in voller Unabhängigkeit aus.»

- à l'égard de l'Etat, l'avocat doit oser dire et faire tout ce qui est utile pour la défense des intérêts de son client;
- l'avocat ne doit pas dépendre de son client; l'avocat n'est pas non plus un simple porte-parole qui ne ferait que répéter ce que lui dit son client;
- l'avocat ne doit pas recevoir ses instructions d'un tiers.

c) L'indépendance doit se manifester économiquement, moralement et intellectuellement: «*Il n'a pas d'employeur, il agit selon sa science et sa conscience*»⁴⁴; il est donc libre «*von dienstvertraglichen oder ähnlichen dauernden Bedingungen*»⁴⁵.

Cette exigence implique aussi que le mandataire garde une certaine distance vis-à-vis de son client auquel il ne doit pas s'identifier en affirmant par exemple publiquement sa conviction personnelle de l'innocence de son client. La règle signifie que l'avocat offre, contre rémunération, de mettre au service du client ses compétences professionnelles mais non pas ses convictions personnelles⁴⁶.

On se plaît à souligner dans les milieux de la profession que les clients reçoivent souvent le conseil de ne pas entamer une procédure ou de ne pas résister inutilement à une action en justice. Ose-t-on encore s'exprimer avec toute la franchise voulue face à un client habituel qui représente des revenus réguliers pour l'étude⁴⁷? L'avocat dont la clientèle est diversifiée sera en mesure d'examiner sereinement les questions délicates. L'avocat qui reçoit un «retainer» (montant annuel fixe donnant au client le droit «d'accès» à l'avocat et à des conseils à concurrence du montant versé) ne perd pas de ce seul fait son indépendance. Le «retainer» a d'abord pour but d'assurer au client que l'avocat sera à sa disposition en cas de besoin; toutefois, selon son importance, et surtout la proportion qu'il représente par rapport à l'ensemble des honoraires annuels de l'étude, le «retainer» crée le même problème que celui de la clientèle dominante qui vient d'être évoqué.

d) L'avocat qui est au service d'une fiduciaire (ou d'une banque) peut-il représenter un client de la fiduciaire (ou de la banque) dans une procédure judiciaire?

⁴⁴ E. MARTIN-ACHARD, p. 155a.

⁴⁵ W. DUBACH, p. 16a.

⁴⁶ «The rule incorporates the notion that although lawyers' services and technical skills are for sale, their personal and political convictions are not, for they each have a core identity that must be exempt from commodification. The loyalty purchased by the client is *limited*, because a part of the lawyer's professional persona must be set aside for dedication to public purposes.» R.W. GORDON, The Independence of Lawyers, 68 Boston University Law Review, 68/1988, p. 13.

⁴⁷ Selon des études menées dans les années 1950 et 1988, l'indépendance des avocats d'affaires aux Etats-Unis, qui dans les années 1950 étaient encore, si nécessaire, la conscience de leurs clients, s'est bien amoindrie dans les années 1980; cf. R. NELSON, Partners with Power: The Social Transformation of the Large Firm, Berkeley, 1988, p. 5.

- Les autorités jurassiennes⁴⁸, celles de Bâle-Campagne⁴⁹ et celles de Lucerne⁵⁰ ont refusé d'accorder une patente d'avocat à un avocat breveté qui était employé d'une association économique, d'une fiduciaire ou d'une assurance de protection juridique parce que leur indépendance n'était pas garantie et qu'il y avait des risques de conflits d'intérêts.
- Dans le canton de Fribourg, la loi cantonale sur la profession d'avocat a été modifiée et complétée afin de clarifier la situation: pour obtenir la patente d'avocat, le requérant doit avoir une étude permanente dans le canton ou dans le canton au barreau duquel il est inscrit⁵¹.
- D'autres autorités cantonales ont été d'avis contraires puisque des patentés d'avocats ou des autorisations générales de plaider ont été accordées à des avocats ayant le statut d'employés à Zurich⁵², St-Gall et Berne⁵³.
- L'avocat peut exercer son activité à temps partiel. Il n'a pas l'obligation de travailler à plein temps. Rien n'empêche qu'il apprécie tout simplement la vie une partie de son temps (s'il peut se le permettre économiquement).

Les difficultés peuvent surgir lorsqu'il exerce une autre activité professionnelle parallèlement à celle d'avocat. Une autre activité n'est pas exclue par principe mais elle ne doit pas entrer en conflit avec les règles professionnelles (en particulier la dignité, l'indépendance, le secret professionnel).

- A titre de comparaison, en Allemagne, le Syndikusanwalt (avocat au service d'une entreprise) ne peut pas représenter son entreprise devant les tribunaux⁵⁴. Par contre, il arrive qu'il travaille à temps partiel au service d'une entreprise et qu'il pratique à titre indépendant le reste du temps.

e) Quant au Tribunal fédéral, tout en rappelant la nécessité de l'indépendance, il a jugé qu'un employé pouvait exercer la fonction d'avocat, c'est-à-dire représenter des parties en justice⁵⁵.

Selon notre Haute Cour, le principe de l'indépendance est satisfait si l'avocat est libre dans la conduite du mandat et qu'il est à l'abri de toute instruction de l'employeur. Ces arrêts sont erronés et le raisonnement qui

⁴⁸ Cf. F. WOLFFERS, *Rechtsanwalt in der Schweiz. Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung*, th. Zurich 1986, p. 58.

⁴⁹ BJM 1993, 334 ss.

⁵⁰ Cf. LGVE 1985 I no 33 et FELLMANN/SIDLER, p. 9 s.

⁵¹ Art. 4 al. 2 let. h loi fribourgeoise sur la profession d'avocat; dans le canton de Vaud, la condition de l'étude permanente n'est exigée que de l'avocat qui veut s'établir dans le canton (art. 12 et 13 de la loi sur le Barreau).

⁵² ZR 79/1980, no 86.

⁵³ F. WOLFFERS, p. 59.

⁵⁴ Cf. JESSNITZER/BLUMBERG, ad § 46.

⁵⁵ Arrêt Jlg du 17.10.1981 non publié; arrêt Clivaz, ATF 113 Ia 283.

tente de les justifier renferme une contradiction dans ses termes. L'avocat n'est pas indépendant si sa liberté de conduite du procès lui est accordée par un tiers, qui plus est son employeur. L'«*Unabhängigkeit*» ne peut pas dépendre d'arrangements prévus dans un contrat de travail⁵⁶.

f) L'autorité de surveillance zurichoise a de son côté cherché à concrétiser les garanties que devrait donner l'avocat employé d'un tiers⁵⁷. Selon cette décision, le contrat de travail devrait prévoir notamment:

- que les us et coutumes doivent être respectés;
- que le devoir de fidélité à l'égard du client a la priorité sur le devoir de fidélité à l'égard de l'employeur;
- que le droit de l'employeur d'exiger des comptes de l'employé ou d'examiner ses dossiers est exclu;
- que l'accès aux dossiers des clients par les organes ou les autres collaborateurs de l'employeur est exclu;
- que l'avocat utilisera un papier à lettre distinct de celui de l'employeur.

En parcourant cette liste, on obtient la confirmation du premier sentiment: il y a incompatibilité entre l'exigence d'indépendance et l'existence d'un contrat de travail. Si l'indépendance doit être garantie par l'employeur, c'est bien la preuve qu'elle n'existe pas. L'indépendance de l'avocat ne peut être garantie que par lui-même; avec raison, l'autorité lucernoise de surveillance a jugé que l'opposition – on peut même dire la contradiction – entre les devoirs de l'employé et les devoirs professionnels de l'avocat ne peut pas être éliminée par des dispositions contractuelles⁵⁸.

1.3.2. Les règles professionnelles

Les avocats sont conscients que leurs prérogatives (situation de monopole, droits de la défense) ne leur sont pas accordées en raison de leur personne mais de la fonction qu'ils exercent. L'octroi de ces priviléges implique le respect de règles professionnelles d'autant mieux reconnues et acceptées que les membres du barreau savent depuis longtemps que les manquements d'un seul d'entre eux nuisent à tous les autres et que l'activité de l'avocat repose sur le respect des valeurs fondamentales de la profession (l'indépendance, la confiance, la confidentialité et le secret professionnel; ce dernier aspect est développé sous 5.3. ci-dessous).

Les principes généraux sont inscrits, en général, dans les lois cantonales sur l'exercice de la profession d'avocat. Les organisations profes-

⁵⁶ FELLMANN/SIDLER, p. 12; LGVE 1985 I, no 33. Il est par ailleurs difficilement compréhensible que les autorités fédérales et cantonales ne soient pas plus strictes sur cette question alors que dans d'autres domaines du droit (organes de révision, arbitres) cette condition est exigée; cp. à ce propos les considérations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Coca, citée ci-dessous n. 195) et qui justifiaient, en contrepartie des exigences en matière de publicité, des règles strictes sur l'indépendance.

⁵⁷ ZR 79/1980, no 126; FELLMANN/SIDLER, p. 11.

⁵⁸ LGVE 1985 I no 33.

nelles, les ordres cantonaux, reprennent ces principes d'une manière beaucoup plus détaillée dans ce qu'il est convenu d'appeler les us et coutumes (*Standesregeln*).

Si chacun reconnaît leur nécessité, la relation entre les deux types de règles est moins évidente; (elle sera examinée dans la partie 6.2. ci-dessous).

II. L'accès à la profession d'avocat et le droit d'établissement

2.1. *L'accès à la profession: une réglementation cantonale ...*

Chaque citoyen suisse est au bénéfice de la liberté d'établissement et de la liberté économique (liberté du commerce et de l'industrie) selon lesquelles il peut s'installer en Suisse où il le souhaite et y exercer, en principe, l'activité économique de son choix. Dès les débuts de notre Etat fédéral, ses autorités ont souhaité décloisonner les marchés en interdisant aux cantons d'avantagez leurs ressortissants par des règles protectionnistes⁵⁹. Mais la variété des législations cantonales freinait les échanges. La liberté économique (art. 31 Cst.) fut instaurée en 1874. Cependant, la Confédération et les cantons peuvent apporter des restrictions quant à l'activité économique choisie. Les professions libérales sont soumises à une réglementation particulière.

Selon l'art. 33 al. 1 Cst., les «cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales». Le législateur fédéral n'ayant toujours pas donné suite au mandat donné par le Constituant à l'al. 2 de cette même disposition⁶⁰, l'accès à la profession d'avocat est réglé – pour l'instant – exclusivement par les lois cantonales⁶¹, les titulaires d'un certificat cantonal de capacité pouvant s'en prévaloir dans toute la Suisse selon l'art. 5 D.T. Cst. féd. (ci-après art. 5 D.T.).

Ce régime – qui a survécu cahin-caha pendant près de cent vingt ans – est sur le point d'être profondément modifié de l'intérieur et de l'extérieur: la loi fédérale sur le marché intérieur⁶², irriguée par le principe dit «Cassis-de-Dijon», va enfin réaliser le marché intérieur suisse; quant à l'accord bilatéral en négociation entre la Suisse et l'Union européenne, il pourrait – selon son contenu – étendre ce marché intérieur à l'ensemble des pays de l'Union.

2.2. *Le droit d'établissement*

Ce droit est garanti par la Constitution fédérale, mais le droit de s'établir dans une partie du territoire suisse pour y exercer la profession d'avocat est encore réglé par le droit cantonal pour les raisons qui viennent d'être rappelées.

⁵⁹ Cf. art. 29 Cst. de 1848, cf. E. GRISEL, Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse, Vol. I, Berne 1993, p. 27 s.

⁶⁰ «La législation fédérale pourvoit à ce que ces derniers [ceux qui veulent exercer des professions libérales] puissent obtenir à cet effet des actes de capacité valables dans toute la Confédération.»

⁶¹ Voir la liste de ces lois cantonales en annexe.

⁶² FF 1995 I 1268 ss; Message: FF 1995 I 1193 ss.

2.2.1. L'autorisation délivrée par le canton d'établissement

Les cantons exigent donc en général d'abord un *certificat de capacité* (brevet d'avocat, Fähigkeitsausweis, Diplom, Anwaltsdiplom). Ils ne sont pas obligés de l'imposer («...peuvent...», dit l'art. 33 al. 1 Cst.). Ce certificat est généralement délivré à la suite d'un examen dont les exigences sont posées par la législation ou la réglementation cantonale. L'examen a pour but de vérifier, d'une part, que le candidat a acquis des connaissances suffisantes dans les domaines du droit les plus importants pour l'avocat et, d'autre part, qu'il a également bénéficié d'une expérience pratique. Il est vrai que les autorités sont libres d'organiser ces examens ou non, ainsi que d'en déterminer le contenu. Cependant, si les exigences requises ne sont pas suffisantes, le titulaire de ce brevet d'avocat peut se voir refuser le droit de pratiquer dans d'autres cantons⁶³.

En plus du certificat de capacité, les cantons (en se fondant sur l'art. 31 al. 2 Cst.) peuvent faire dépendre leur autorisation de pratiquer (patente) d'autres conditions:

- l'exercice des droits civils (une personne sous tutelle ne peut exercer la profession);
- un certificat de bonnes moeurs et un extrait du casier judiciaire;
- un extrait des registres des offices de poursuites et de faillites.

Il est en effet admis que, en plus des connaissances scientifiques, les cantons peuvent soumettre leur autorisation à des conditions d'honorabilité de l'avocat; ces restrictions doivent néanmoins être compatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁴.

Bien que le pouvoir d'appréciation des cantons soit reconnu très large⁶⁵, certaines restrictions sont de plus en plus critiquées, jugées incompatibles avec le droit à l'exercice d'une activité économique et injustifiées par un intérêt public; il en est ainsi de:

- l'exigence d'un domicile ou d'une étude dans le canton (selon laquelle l'avocat ne pourrait être inscrit au barreau du canton requis que s'il a dans ce canton son étude permanente);
- l'exigence que l'exercice de la profession d'avocat constitue l'activité prépondérante du requérant⁶⁶;
- l'exigence de la nationalité suisse; sur ce point, la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁷ vient d'évoluer rapidement; plusieurs cantons (AG, BL, GL, NE, VD et VS) n'exigent plus la nationalité suisse comme condition de la patente⁶⁸.

⁶³ ATF 111 Ia 108.

⁶⁴ ATF 119 Ia 374 = JdT 1995 I 615; ATF 119 Ia 35 = JdT 1995 I 309.

⁶⁵ ATF 113 Ia 286 c. 4.

⁶⁶ ATF 112 Ia 318.

⁶⁷ ATF 119 Ia 35.

⁶⁸ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 61 s.

2.2.2. La reconnaissance du diplôme par le canton d'établissement

L'avocat titulaire d'une patente cantonale peut évidemment pratiquer dans le canton qui la lui a délivrée. S'il veut s'installer en dehors de ce canton, il doit solliciter une patente (autorisation). Lorsque cette personne a déjà passé un examen d'avocat et donc obtenu un certificat de capacité, ce certificat sera en principe reconnu en application de l'art. 5 D.T. La plupart des cantons exigent cependant encore le respect de conditions personnelles qui devront être établies par des attestations.

A. La reconnaissance selon l'art. 5 D.T.

L'art. 33 al. 2 Cst. étant resté lettre morte à ce jour, c'est l'art. 5 D.T. qui continue (depuis 1874) à garantir la libre circulation de l'avocat en Suisse: «*Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'article 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.*»

Cependant, cette reconnaissance du certificat de capacité n'est pas automatique. Dans sa jurisprudence récente⁶⁹, le Tribunal fédéral a admis que le canton requis de délivrer une autorisation générale de plaider puisse vérifier que la patente a été délivrée après un examen formel des connaissances tant théoriques que pratiques du candidat; des attestations de la qualité du travail du candidat ne suffisent plus. De plus, les cantons restent compétents pour examiner à nouveau, s'ils le souhaitent, les conditions personnelles qu'ils ont fixées pour l'exercice de la profession⁷⁰.

L'art. 5 D.T. s'applique aux certificats délivrés par un canton, mais non pas à ceux délivrés par une autorité étrangère⁷¹.

Ni les avocats-stagiaires (qui ne sont pas encore au bénéfice d'un certificat de capacité) ni les avocats d'office (qui exercent une fonction publique) ne peuvent se prévaloir de l'art. 5 D.T.⁷².

B. La reconnaissance selon la loi sur le marché intérieur (LMI)

Le 1er juillet 1996 devrait entrer en vigueur la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI). Il s'agit d'examiner ici de quelle manière cette nouvelle loi va faciliter l'*établissement* d'un avocat dans un canton autre que celui dans lequel cet avocat a pratiqué jusqu'alors. Autre est la question de l'avocat qui ne se déplace dans un autre canton que pour une prestation de services (cf. 3.2.2.).

⁶⁹ ATF 111 Ia 108.

⁷⁰ Cf. Ph. Bois, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Bâle, Berne, Zurich, Art. 5 D.T., no 2 et Art. 33 nos 15 ss.

⁷¹ Cf. Ph. Bois, Art. 5 D.T. no 5.

⁷² Cf. Ph. Bois, Art. 5 D.T. nos 6 s.

a) Généralités

La libre circulation des personnes exerçant une profession libérale était, paraît-il, un but visé par le Conseil fédéral lorsque l'art. 33 Cst. fut adopté⁷³. Le moins que l'on puisse dire, c'est que le législateur n'a que partiellement rempli sa mission puisqu'il s'est contenté d'instituer des certificats de capacité fédéraux dans le domaine des professions médicales. A ce jour, il n'existe pas de certificat fédéral pour les avocats.

Alors qu'aucune progression n'avait été constatée pendant plus d'un siècle, les milieux intéressés réalisèrent soudainement, peu après le rejet du Traité de l'EEE, que le marché intérieur suisse n'existant toujours pas depuis 1848. Il était temps de l'établir car – indépendamment des relations juridiques – les relations économiques avec l'Union européenne s'intensifient et la Suisse est maintenant liée aux accords du GATS⁷⁴. Soudainement, au pas de charge⁷⁵, le Parlement a adopté une loi fédérale sur le marché intérieur (ci-après «LMI») dans la foulée de l'adoption de la nouvelle loi sur les cartels et de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce.

La LMI est simple dans ses principes et ne comprend que treize articles; les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques auront pourtant bien du travail pour adapter – dans les deux ans à compter dès l'entrée en vigueur de la loi – leurs prescriptions à celles de la loi, même si leur travail consistera d'abord à supprimer nombre de dispositions légales ou réglementaires.

b) Les principes de la LMI (ou la création du marché intérieur par la reconnaissance des diplômes)

En adoptant la LMI, le législateur a voulu garantir l'accès au marché à toute personne exerçant une activité lucrative, c'est-à-dire toute personne bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 1er al. 3 LMI). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁶, les avocats bénéficient de la liberté du commerce et de l'industrie. Ils tombent donc dans le champ d'application de cette loi.

La LMI garantit le libre accès au marché des services sur tout le territoire suisse à toute personne, pour autant que l'exercice de l'activité lucrative soit licite dans le canton où cette personne a son siège ou son établissement (art. 2 LMI)⁷⁷.

⁷³ Cf. Ph. BOIS, Art. 33, note no 8 et renvoi à BURCKHARDT.

⁷⁴ Cf. ci-dessous ad 3.3.

⁷⁵ Une commission d'étude fut instituée le 4 juin 1993; un avant-projet fut présenté 6 mois plus tard au DFEP; la procédure de consultation s'est déroulée en deux mois, en mars et avril 1994; le Message du Conseil fédéral fut publié le 23 novembre 1994, la loi adoptée par le Parlement le 6 octobre 1995.

⁷⁶ ATF 114 Ia 34; 112 Ia 318.

⁷⁷ L'art. 2 LMI précise bien que la loi s'applique aussi aux activités de services et non seulement aux échanges de marchandises comme c'est le cas de l'Accord de libre-échange entre la Suisse et l'Union européenne; Message, FF 1995 I 1243.

Ainsi que l'explique le Conseil fédéral dans son Message⁷⁸, la loi fixe deux principes élémentaires:

- La non-discrimination: l'accès au marché ne peut être refusé à des offreurs externes (mais ayant leur siège en Suisse) en raison de leur seule qualification d'«externe».
- Le principe dit «Cassis-de-Dijon» qui, adapté au contexte helvétique, «établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives bénéficiant de la protection de la LCI sont équivalentes, de sorte que la personne qui a obtenu l'autorisation d'exercer une activité dans un canton peut la pratiquer dans tous les cantons, à moins qu'on ne puisse démontrer, dans un cas particulier, que la présomption n'est pas exacte»⁷⁹.

Cette législation qui crée une véritable brèche dans les cloisonnements cantonaux de toutes sortes apparaît respectueuse du fédéralisme puisqu'elle n'impose aucune harmonisation des diplômes ou certificats cantonaux (laissant aux cantons le soin d'y procéder eux-mêmes par des concordats). Certains fédéralistes pourraient se demander si une telle manière d'agir ne vide pas la compétence cantonale de sa substance; en effet, les autorités cantonales peuvent certes toujours fixer les conditions auxquelles elles accordent un diplôme ou un certificat de capacité, mais elles ne peuvent, selon le principe dit «Cassis-de-Dijon», sauf exceptions, empêcher le titulaire d'un diplôme ou d'un certificat de capacité d'un autre canton de pratiquer dans leur canton.

En effet, selon l'art. 4 LMI – qui complète le principe de l'art. 2 – les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal sont valables sur tout le territoire suisse «pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3». Il serait faux de se fier aux apparences: un examen attentif de l'art. 3 LMI démontre que les restrictions ne peuvent être introduites que d'une manière très limitée.

c) Les restrictions à la libre circulation

Des restrictions peuvent certes être apportées à l'accès au marché, mais, selon l'art. 3 al. 1 LMI, elles doivent:

- ne pas être discriminatoires, c'est-à-dire s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (let. a);
- être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b: explicitée à l'art. 3 al. 2 LMI);
- respecter le principe de proportionnalité (let. c: explicitée à l'art. 3 al. 3 LMI).

⁷⁸ FF 1995 I 1236 s.

⁷⁹ Message, FF 1995 I 1237.

Les exigences cantonales prévues (sous le régime de l'art. 5 D.T.) pour l'autorisation d'exercer la profession d'avocat pourront-elles être maintenues après l'entrée en vigueur de la LMI?

- Un certificat de capacité? Selon l'art. 2 al. 1 LMI, l'accès au marché des services d'avocat est libre. Dans la mesure où un certificat de capacité est exigé, le certificat délivré par le canton de provenance est suffisant. Le canton d'accueil ne peut pas exiger la production d'un certificat pour délivrer lui-même ensuite, sur cette base, une autorisation de pratiquer. Cette attitude ne respecterait pas le principe de proportionnalité puisque «*la protection recherchée peut être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance*» (art. 3 al. 3 let. a LMI) et puisqu'il doit être tenu compte des certificats déjà produits au lieu de provenance (art. 3 al. 3 let. b LMI). Cependant, l'autorité cantonale peut restreindre la liberté d'accès si ces restrictions sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b LMI), en particulier la garantie d'un niveau de formation suffisant (art. 3 al. 2 let. e LMI). Autrement dit, le canton peut se réservé le droit de vérifier que l'avocat qui n'est pas détenteur d'une patente du canton d'accueil est au bénéfice d'un niveau de formation suffisant. Apparemment, la situation est la même qu'actuellement selon la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'art. 5 D.T⁸⁰. Mais ce n'est pas le cas puisque la LMI institue une présomption d'équivalence qui exclut la possibilité d'un contrôle préalable généralisé⁸¹.
- Les conditions personnelles (certificat de bonnes moeurs, attestation de l'autorité disciplinaire du canton, extrait du casier judiciaire, p. ex.)?

Même si ces exigences s'appliquent de la même façon aux «offreurs locaux» (art. 3 al. 1 let. a LMI), ces restrictions doivent encore ne pas être contraires au principe de proportionnalité, ce qui serait le cas si l'on ne tient pas compte des certificats déjà produits au lieu de provenance (art. 3 al. 3 let. b LMI) et si la protection visée peut être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (art. 3 al. 3 let. a LMI).

Or, si cet avocat était autorisé à pratiquer dans son canton de provenance, c'est qu'il remplissait généralement ces conditions. En conséquence, une attestation – ne datant pas de plus de deux mois, p. ex. – de son inscription au barreau de son canton de provenance devrait permettre son inscription au barreau de son canton d'accueil.

⁸⁰ Cf. ATF 111 Ia 108.

⁸¹ Cf. Message, FF 1995 I 1194 et 1246; Art. 3 al. 4 LMI.

C. Reconnaissance des diplômes étrangers?

a) GATS

Le 1er juillet 1995, l'Accord général sur le commerce des services (GATS: General Agreement on Trade in Services), qui fait partie intégrante de l'accord de Marrakech du 15.4.1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), est entré en vigueur en Suisse. En application de cet accord, un avocat de nationalité étrangère, établi à l'étranger, peut-il obtenir une autorisation générale de plaider ou d'ouvrir une étude d'avocat en Suisse? En l'état, la réponse est négative.

En effet, le degré actuel de libéralisation des services a été précisé par chacun des pays signataires dans des listes dites «d'engagements spécifiques». En signant l'accord du GATS, la Suisse s'est uniquement engagée à ne pas apporter de restrictions nouvelles par rapport à sa «liste» qui:

- ne comprend aucun engagement quant à l'établissement d'un avocat étranger en Suisse;
- ne comprend aucun engagement quant à la représentation des parties en justice;
- comprend la prestation de services dans le domaine du conseil juridique tout en limitant cette prestation au droit international et au droit national de l'avocat étranger (voir ci-dessous: 3.3.).

Cependant, comme les autres signataires de l'accord, la Suisse s'est engagée à ouvrir, au plus tard dans les 5 ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord, des négociations en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation (Art. XIX. 1.).

Ces constatations justifient quelques explications complémentaires:

- Le GATS s'applique au commerce de services sous toutes ses formes (fourniture transfrontalière de services, établissement d'une présence commerciale à l'étranger, mouvement transfrontalier des fournisseurs ou des consommateurs de services). L'établissement d'une personne physique étrangère souhaitant exercer une profession libérale n'était pas possible du point de vue du droit administratif aussi longtemps que l'exigence de la nationalité suisse était maintenue. Ce refus d'entrer en matière pourra-t-il être maintenu si l'avocat étranger a seulement pour but de donner des conseils? (Le canton de Vaud établit une liste des avocats-conseils à côté de sa liste des avocats.) Pour quel motif pourrait-on lui interdire la consultation en droit suisse alors que l'Etat ne reconnaît pas de monopole pour ce genre d'activités puisque le monopole est restreint à la représentation en justice?
- Ces restrictions administratives ne s'appliquent pas à l'établissement en Suisse d'une succursale d'une société étrangère ayant pour but de donner des conseils juridiques. Si les activités de la succursale sont limitées au droit international et au droit national de l'établissement principal, on voit mal ce qui pourrait empêcher l'inscription au registre du commerce. Et si cette succursale engage un avocat titulaire d'une

patente d'un canton suisse, cet avocat pourra – sous réserve du problème de l'indépendance – représenter des parties en justice.

Le GATS n'ouvre donc pour l'instant aucune porte en ce qui concerne l'établissement en Suisse; il n'en va pas de même pour les prestations de services (cf. 3.3. ci-dessous).

2.3. Accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne?

Au moment de la rédaction de ces lignes, les négociations en vue de la signature d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne sont encore en cours. Dans cet éventuel accord, le principe de la libre circulation des personnes occupe une place centrale⁸². Ce principe comprend la liberté d'établissement et la liberté d'offrir des services⁸³. Malgré l'incertitude quant à l'issue des négociations et les menaces référendaires déjà proférées, notre confiance dans les capacités de nos négociateurs et dans la sagesse du peuple suisse, d'une part, et les conséquences d'un tel accord pour les avocats, d'autre part, nous obligent à présenter l'acquis communautaire dans ce domaine et ses conséquences pour l'ordre juridique suisse.

Il est d'ailleurs intéressant et instructif d'observer de quelle manière les problèmes auxquels nous sommes confrontés en Suisse depuis 1848 (liberté d'établissement, liberté économique) ont été résolus au sein de l'Union européenne au cours des trente dernières années.

2.3.1. Le système communautaire

L'objectif fondamental de libre circulation généralisée des personnes au sein de l'Union européenne a été affirmé dès les origines de la Communauté (Art. 8A du Traité: «*Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application.*»). Avant d'expliquer les implications des principes de libre établissement et de libre prestation de services, il faut rappeler une étape incontournable dans la mise en place et la prise en compte de ces deux libertés. En effet, alors que la période de transition

⁸² Cf. B. KAHIL, Suisse-Europe: mesurer le possible, viser à l'essentiel, Lausanne 1995, p. 39 ss.; cf. également O. GUILLOD, Professions libérales, professions libérées? in: Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Zurich, 1990, p. 75 ss.

⁸³ On sait que les négociations sont difficiles puisque la Suisse semble vouloir maintenir des contingentements et des clauses de préférence indigène. Ces libertés d'établissement et de services pourraient ne pas être applicables en plein immédiatement.

Il est difficile de comprendre le sens que pourrait avoir la clause de préférence indigène dans le domaine juridique. En effet, si elle signifie que la préférence doit être donnée aux juristes suisses lorsqu'il s'agit de donner des conseils en droit suisse, c'est enlever tout effet à la liberté d'établissement; d'autre part, dire que la préférence ne s'applique pas pour le droit étranger ou international n'apporte rien de plus que l'accord du GATS.

pour l'élimination des restrictions existantes par voie de directives s'était achevée le 1er janvier 1971 sans que le but eût été atteint, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a déclaré, en 1974, les articles 52 et 59 du Traité «*directement applicables, et ce nonobstant l'absence éventuelle, dans un domaine déterminé, des directives prévues*» par le Traité⁸⁴.

Ainsi, «*par une interprétation très dynamique et quelque peu déformatrice, le juge communautaire a sensiblement accéléré le processus de libération*» entre les Etats membres⁸⁵.

A. La jurisprudence de la Cour de Justice

Le premier problème à résoudre avait été celui des barrières visibles entre Etats membres et de la discrimination due à la nationalité. Il fut rapidement éliminé par l'application généralisée du principe de l'égalité de traitement, dit également du «traitement national»⁸⁶. C'était un premier pas qui ne suffisait toutefois pas à permettre l'usage effectif de la liberté de circulation, notamment par les professionnels⁸⁷. Ainsi, alors même qu'ils avaient obtenu une qualification semblable ou même supérieure, les ressortissants d'un Etat membre ne pouvaient exercer leur profession dans un autre Etat de la Communauté, du seul fait qu'ils ne pouvaient présenter leur diplôme pour prouver qu'ils avaient acquis la compétence voulue⁸⁸. Le Traité ne comprend pas de clause semblable à l'art. 5 D.T. Cst. L'absence de prise en considération des diplômes obtenus dans un autre Etat membre se révélait dès lors être une importante «*entrave à l'exercice effectif de la liberté garantie par le Traité*»⁸⁹.

La Cour de Justice a alors imposé aux Etats membres l'obligation de reconnaître l'existence des qualifications acquises par une personne bénéficiaire de la libre circulation sur le territoire d'un autre Etat de la Communauté en se fondant notamment sur l'art. 5 du Traité, aux termes duquel les Etats membres sont tenus de prendre toute mesure, générale ou particulière, propre à assurer l'exécution des obligations découlant du Traité et de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du Traité⁹⁰.

⁸⁴ CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. 631 et CJCE, 3 déc. 1974, van Binsbergen, aff. 33/74, Rec. 1299

⁸⁵ L. et J. VOGEL, Le droit européen des affaires, Paris 1992, p. 34; sur ces arrêts et leur importance: GAVALDA/PARLEANI, Traité de droit communautaire des affaires, Paris 1992, p. 295 à 300 et GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, Droit commercial européen, Paris 1994, p. 282 à 285.

⁸⁶ Cf. CJCE, 2 fév. 1989, Cowan, aff. 186/87, Rec. 195.

⁸⁷ Cf. J. PERTEK, Reconnaissance des diplômes, Juris Classeur Europe, vol. 2, fasc. 720, p. 2 s.

⁸⁸ J. PERTEK, p. 3.

⁸⁹ CJCE, 15 oct. 1987, Unectef c/Heylens, aff. 222/86, Rec. 4097, point 11.

⁹⁰ Arrêt Unectef précité, point 12; également: CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, aff. C-340/89, Rec. I-2357.

En conséquence, il n'était plus permis à un Etat membre de faire abstraction des preuves de compétence obtenues dans un autre Etat membre; les autorités de l'Etat d'accueil étaient dorénavant tenues d'examiner dans quelle mesure les connaissances et qualifications attestées par le diplôme du pays d'origine correspondaient à leurs exigences⁹¹. C'était un premier pas vers le Marché intérieur européen.

B. Les directives

En application de l'art. 57 du Traité l'enjoignant de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Conseil des ministres (actuellement Conseil de l'Union) a adopté un certain nombre de «*directives visant à la reconnaissance mutuelle de diplômes, certificats et autres titres*».

Elles traitaient, dans un premier temps, de la reconnaissance mutuelle *par secteurs d'activités* (méthode du cas par cas). Ces systèmes de reconnaissance sectorielle ont été adoptés entre 1975 et 1985⁹².

Puis, dans un deuxième temps, sur l'initiative de la Commission et afin d'éviter le rythme inévitablement très lent de l'adoption de directives détaillées pour chacune des catégories d'activités visées, le Conseil a adopté la directive du 21 décembre 1988 relative à un *système général de reconnaissance des diplômes*⁹³, qui tendait vers «*une solution plus globale et plus souple*» que les méthodes utilisées jusqu'alors⁹⁴.

Ce texte était fondé sur le principe de la «*confiance réciproque*» et de la «*comparabilité des études universitaires entre les Etats membres*». Il concernait les «*diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans*»⁹⁵.

La synthèse réussie par les autorités communautaires des différents systèmes nationaux a réalisé une véritable *interchangeabilité* des diplômes et titres de formation, favorisant par là la réalisation de l'objectif fondamental de libre circulation des professionnels dans l'Union. La performance est d'autant plus remarquable que les différences apparaissent plus grandes entre les Etats membres de l'Union européenne qu'entre les cantons suisses.

En effet, à l'instar des directives de suppression des restrictions et des directives de coordination⁹⁶, les directives «reconnaissance des diplômes»

⁹¹ GAVALDA/PARLEANI, p. 397. Il s'agissait là du principe dit de «la nouvelle approche» par la reconnaissance mutuelle des exigences nationales, qui sera concrétisée par des directives dès 1988.

⁹² Deux directives étaient édictées, le même jour, à propos de la même profession (médecins, infirmiers, dentistes, vétérinaires, architectes, pharmaciens, sages-femmes), l'une visant à la coordination des législations nationales, l'autre à la reconnaissance mutuelle des diplômes, J. PERTEK, p. 4; GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 276, no 372.

⁹³ Dir. 89/48, JOCE no L 19/16, 21 janvier 1989.

⁹⁴ Cf. à ce sujet: D. MALAGUERRA, Libre établissement des avocats en Europe, in: L'avocat suisse, 129/1990, p. 12.

⁹⁵ GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 277.

⁹⁶ L. et J. VOGEL, p. 33 et 43.

forment l'humus sur lequel peuvent se développer complètement, d'une part, la liberté de prestation de services transfrontalière (LPS, art. 59 Traité) et, d'autre part, la liberté d'établissement (LE, art. 52 Traité), pour les avocats comme pour nombre d'autres activités professionnelles.

2.3.2. La liberté d'établissement en droit communautaire

L'art. 52 du Traité de Rome – droit d'établissement – apparaît comme une application concrète du principe d'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité édicté par l'art. 7. Cet art. 52 a été déclaré d'application directe par la Cour de Justice (et ce nonobstant l'absence éventuelle, dans un domaine déterminé, des directives d'application)⁹⁷. Ainsi, dès la date de cet arrêt, tous les ressortissants européens avaient droit à «*l'accès aux activités non salariées et à leur exercice dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants*»⁹⁸.

Contrairement à ce qui a été fait pour le principe de la libre prestation de services (voir ci-dessous 3.4.1. et 3.4.2.), ce n'est pas au moyen d'une directive que le droit d'établissement a été concrétisé pour la profession d'avocat, mais essentiellement par une série d'arrêts de la Cour de Justice, puisque, à la suite de l'arrêt Reyners⁹⁹, la Commission avait estimé qu'il n'y avait pas lieu pour elle de proposer dans l'immédiat une directive pour la réaliser¹⁰⁰.

A. Fondements jurisprudentiels

En près de vingt ans, la Cour de Justice a fait progresser la liberté d'établissement en posant les principes suivants:

a) La liberté d'établissement oblige les Etats membres à attribuer aux ressortissants des autres Etats membres tous les droits (mais rien que les droits) de ses propres nationaux (arrêt Thieffry)¹⁰¹.

Le reproche de ne pas posséder le diplôme national alors qu'on est titulaire du diplôme spécifique d'accès à la profession est disproportionné par rapport à l'intérêt général de protection de l'organisation du système juridique et de qualification des avocats.

b) Sur requête, les autorités nationales sont «*tenues d'examiner dans quelle mesure les connaissances et qualifications attestées par le diplôme*

⁹⁷ CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. 631.

⁹⁸ D. MALAGUERRA, Libre établissement, p. 13.

⁹⁹ Cf. note 97.

¹⁰⁰ GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 315, no 426.

¹⁰¹ CJCE, 28 avr. 1977, Thieffry, aff. 71/76, Rec. 765; BOULOUIS/CHEVALLIER, Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes, Paris, 1991, p. 116 ss, 120 ss, no 16; A. DECOCQ, Droit communautaire des affaires, Vol. I, Droit professionnel communautaire, in: Les Cours de Droit, Paris, 1991, p. 36 ss, 40 ss.

acquis dans le pays d'origine correspondent à celles exigées par la réglementation de l'Etat d'accueil».

La Cour limite cependant cette obligation en affirmant que «*dans le cas où la correspondance entre ces diplômes n'est que partielle, les autorités nationales en question sont en droit d'exiger que l'intéressé établisse qu'il a acquis les connaissances et qualifications manquantes*» (arrêt Vlassopoulou)¹⁰².

(A noter qu'une procédure de ce genre est prévue par l'art. 4 LMI, 2.2.2. B, ci-dessus, lorsque le canton d'accueil n'est pas convaincu que le niveau de formation est équivalent.)

c) La liberté d'établissement, c'est également le droit de s'établir dans un autre Etat de l'Union soit à titre principal, soit à titre secondaire, c'est-à-dire sous forme d'agence, de succursale ou de filiale (arrêt Klopp)¹⁰³.

Au sujet de la règle de l'unicité du cabinet professionnel, «*la Cour a considéré que la liberté d'établissement ne pouvait se limiter au droit de créer un seul établissement*» dans la Communauté¹⁰⁴.

d) Concernant l'exigence d'une inscription obligatoire auprès d'une organisation professionnelle, la Cour a jugé:

- qu'un Etat peut imposer aux avocats l'inscription à un barreau si cette exigence est imposée à ses propres ressortissants;
- que cette inscription doit alors être ouverte aux ressortissants de tous les Etats membres sans discrimination.

En effet, «*cette obligation vise, notamment, à garantir la moralité et le respect des principes déontologiques ainsi que le contrôle disciplinaire de l'activité des avocats; elle poursuit donc un objectif digne de protection*» (arrêt Gullung)¹⁰⁵.

B. L'apport de la directive «diplôme» (89/48)

Pour les avocats, les principales caractéristiques de cette directive sont les suivantes¹⁰⁶:

a) Son champ d'application s'étend à toutes les professions réglementées dont l'exercice suppose une formation supérieure d'une durée minimale de trois ans et n'ayant pas fait l'objet d'une directive spécifique. Elle régit donc, du moins à titre temporaire, l'accès à la profession d'avocat.

¹⁰² GAVALDA/PARLEANI, p. 397; CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, aff. C-340/89, Rec. I-2357; cf. à ce sujet la directive 89/48, ci-après: point B.

¹⁰³ CJCE, 12 juill. 1984, Klopp, aff. 107/83, Rec. 2971.

¹⁰⁴ Dans ses conclusions, l'avocat général Gordon SLYNN a souligné que l'évolution des pratiques professionnelles ne peut que condamner irrémédiablement des règles nationales qui ne se justifient plus en regard des progrès techniques actuels; FLECHEUX/DENINOLLE, La profession d'avocat: Accès et exercice, Jurisclasseur Europe, vol. 2, fasc. 730, p. 11, no 86; GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 317.

¹⁰⁵ CJCE, 19 jan. 1988, Gullung, aff. 292/86, Rec. 111, (point 29).

¹⁰⁶ Dir. «diplôme» 89/48, cf. n. 93; cf. ég. D. MALAGUERRA, Libre établissement, p. 14 ss.

b) Tout titulaire d'un tel diplôme est en droit d'exiger que l'Etat d'accueil procède à une évaluation individuelle de la formation certifiée par son diplôme.

Si une formation ou un stage sont prévus dans l'Etat d'accueil, en plus du diplôme, cette exigence pourra être imposée au requérant; mais on doit reconnaître la formation ou le stage correspondant déjà effectué dans l'Etat de provenance¹⁰⁷.

c) Pour procéder à cette évaluation, chaque Etat de l'Union peut prévoir des mécanismes de compensation en cas de disparité trop importante entre les formations des deux Etats membres en cause.

Une fois que cette évaluation a été faite, les Etats membres ont prévu, pour les avocats, des tests d'aptitude pour les matières qui ne sont pas équivalentes¹⁰⁸.

d) Si un Etat membre subordonne l'accès à une profession à la production de preuves relatives à l'honorabilité, la moralité ou l'absence de faillite, ou qu'il suspend ou interdit l'exercice de cette profession en cas de faute professionnelle grave ou d'infraction pénale, l'art. 6 de la directive prévoit que les autorités de cet Etat doivent accepter comme preuve suffisante la production de documents délivrés par les autorités compétentes de l'Etat d'origine.

e) Le candidat migrant a enfin droit, dans chaque Etat d'accueil, aux informations nécessaires sur la reconnaissance des diplômes, ainsi qu'à des garanties procédurales (art. 9)¹⁰⁹.

La directive a déjà permis à nombre de ressortissants communautaires de devenir avocats, avec plénitude d'exercice, dans d'autres Etats communautaires. Elle ne reste toutefois qu'un moyen partiel de mettre en vigueur la libéralisation prônée par l'article 52 du Traité, notamment pour les avocats.

C. La proposition de directive sur la liberté d'établissement des avocats

a) Origine

Ce texte¹¹⁰ doit permettre de manière spécifique la mise en oeuvre de la liberté d'établissement pour les avocats et compléter ainsi la directive 77/249¹¹¹ relative à la libre prestation de service pour la profession d'avocat.

En effet, s'il est d'ores et déjà possible qu'un avocat pleinement qualifié puisse demander la reconnaissance de son diplôme et le passage d'une épreuve d'aptitude pour s'établir dans un autre Etat membre, une directive

¹⁰⁷ Cf. MALAGUERRA, Libre établissement, p. 14 ss.

¹⁰⁸ Cp. avec la proposition des tests d'aptitude de la FSA, point 6, projet Euromex, in: F. ROTHENBÜHLER, p. 263.

¹⁰⁹ A ce sujet, voir également FLECHEUX/DENINOLLE, p. 12, nos 94 ss.

¹¹⁰ JOCE no C 128/06 du 24.5.1995.

¹¹¹ Dir. 77/249, JOCE no L 78, 26 mars 1977; voir ci-après 3.4.2.

se justifie selon les autorités communautaires «*en raison du fait que seuls quelques Etats membres permettent déjà sur leur territoire l'exercice des activités d'avocat, autrement que sous forme de prestations de services, par des avocats venant d'autres Etats membres et exerçant sous leur titre professionnel d'origine*», et en raison du fait que, «*dans les Etats membres où cette possibilité existe, elle revêt des modalités très différentes*» (cons. 6 proposition). Or, cette trop grande diversité de situations est source d'inégalités, ainsi que de distorsions de la concurrence entre les avocats des Etats membres. Il convient donc, selon les autorités de l'Union, d'édicter une directive fixant les conditions d'exercice de la profession, autrement que sous forme de prestations de services, par des avocats exerçant sous le titre professionnel de l'Etat d'origine, afin de préserver les droits tant des avocats que des usagers du droit et consommateurs (proposition, cons. 6 *in fine* et 9).

b) Contenu de la proposition de directive¹¹²

En bref, il s'agit de régler l'intégration dans l'Etat d'accueil des avocats migrants exerçant sous leur titre professionnel d'origine: en effet, «*si certains avocats migrants peuvent s'intégrer rapidement (...), notamment par le moyen de la réussite d'une épreuve d'aptitude telle que prévue à la directive 89/48/CEE, d'autres peuvent viser cette intégration au terme d'une période d'exercice professionnel dans l'Etat membre d'accueil sous leur titre professionnel d'origine*» (proposition, cons. 3).

Le projet affirme donc, dans un premier temps, le droit fondamental d'exercer *à titre temporaire*, c'est-à-dire au maximum pendant cinq ans, sous son titre professionnel d'origine dans tout autre Etat membre de l'Union (art. 2). Les modalités de ce droit sont les suivantes:

- l'avocat migrant candidat à l'établissement sous son titre professionnel d'origine est tenu de s'inscrire auprès de l'autorité compétente de l'Etat d'accueil (art. 3);
- il est tenu également d'exercer dans l'Etat d'accueil sous son titre d'origine exprimé dans la ou l'une des langues officielles de son Etat d'origine (art. 4);
- son domaine d'activités professionnelles est, en principe, le même que celui de l'avocat exerçant sous le titre professionnel de l'Etat d'accueil, sauf en ce qui concerne l'établissement de certains actes authentiques dans certains Etats membres. En outre, «*pour l'exercice des activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice et dans la mesure où le droit de l'Etat membre d'accueil exige l'assistance obligatoire d'un avocat*¹¹³, cet Etat membre peut imposer aux avocats

¹¹² Il faut mentionner qu'il s'agit d'un «*texte présentant de l'intérêt pour l'EEE*», comme cela est précisé dans l'intitulé de la proposition.

¹¹³ Cp. avec l'arrêt Commission c/Allemagne, CJCE, 25 fév. 1988, aff. 427/85, Rec. 1123; ci-dessous: point 3.4.2. B.d.

exerçant sous leur titre professionnel d'origine d'agir de concert» soit avec un avocat local qui serait responsable, s'il y a lieu, à l'égard de la juridiction saisie, soit avec un avoué local (art. 5);

- l'avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine est soumis aux règles professionnelles et déontologiques de l'Etat d'accueil, indépendamment de celles de son Etat d'origine auxquelles il reste soumis (art. 6);
- les sanctions en cas de manquement et les procédures y relatives du pays d'accueil s'appliquent (art. 7);
- enfin, l'avocat intéressé peut exercer «*en qualité d'avocat salarié d'un autre avocat, d'une association ou société d'avocats, ou d'une entreprise publique ou privée, dans la mesure où l'Etat membre d'accueil le permet pour les avocats inscrits sous le titre professionnel de cet Etat*» (principe du traitement national; art. 8).

Dans un deuxième temps, le projet réglemente l'exercice *à titre définitif* de l'avocat migrant ayant exercé, dans un Etat d'accueil, sous son titre professionnel d'origine, c'est-à-dire son *assimilation* à l'avocat de l'Etat membre d'accueil (art. 10).

En effet, «*en vertu des articles 48 et 52 du Traité, tels qu'interprétés par la Cour de Justice, l'Etat membre d'accueil est toujours tenu de prendre en considération l'expérience professionnelle acquise sur son territoire*» (proposition, cons. 14). Partant de ce principe, le texte de la proposition prévoit la mise en place de deux présomptions:

- D'une part, si l'avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine a exercé une activité effective et permanente d'une durée d'au moins trois ans *dans le droit de l'Etat d'accueil, y compris le droit communautaire*, «*il est raisonnable de présumer*» que cet avocat a acquis l'aptitude nécessaire pour s'intégrer complètement dans la profession d'avocat de l'Etat d'accueil; il devrait donc être dispensé totalement des mesures compensatoires (art. 10, par. 1 et cons. 14), telles qu'exigées par la directive 89/48.
- D'autre part, si l'activité effective et permanente d'au moins trois ans dans l'Etat d'accueil *ne porte pas sur le droit de cet Etat membre*, y compris le droit communautaire, il faut présumer qu'une épreuve d'aptitude se limitant uniquement au droit de la procédure et à la déontologie de l'Etat d'accueil est suffisante pour accéder à l'exercice à titre définitif (art. 10, par. 2 et cons. 14 *in fine*).

Lorsque l'avocat a finalement accédé à la profession d'avocat de l'Etat d'accueil à titre définitif, il a le droit de faire usage, à côté de son titre professionnel de l'Etat d'accueil, de son titre professionnel d'origine (art. 10, par. 6).

Enfin, la proposition de directive tente de réglementer de manière assez détaillée les cas où l'*exercice en groupe* de la profession d'avocat est permis dans l'Etat d'accueil (art. 11). Le but de ces dispositions est notamment de protéger l'intérêt public de l'Etat d'accueil, d'accorder aux

avocats migrants les mêmes droits qu’aux avocats du pays d’accueil et de faciliter le plus possible ce type d’exercice en groupe de la profession d’avocat.

c) Etat de la procédure d’adoption de la directive «liberté d’établissement des avocats»

Actuellement, le texte de la proposition fait l’objet d’un examen devant le Parlement européen, dans l’attente d’une position commune du Conseil. En effet, il s’agit là d’un cas d’application de la procédure dite de «codécision» (art. 189 B Traité sur l’Union européenne) du Parlement et du Conseil, donnant au Parlement européen un réel pouvoir de contrôle, pouvant aller jusqu’au veto.

Il semblerait cependant qu’il existe, au sein des Etats membres et des Ordres professionnels nationaux, un certain nombre de réticences quant au contenu et à la portée de ce texte, touchant à un domaine pour le moins «délicat» aux yeux des professionnels européens du droit. Dans ces circonstances, on peut, au mieux, s’attendre à une prise de position commune du Conseil de l’Union pour la fin de l’année 1996 et à une éventuelle nouvelle proposition pour l’année suivante.

2.3.3. Effets sur la «circulation» des avocats entre la Suisse et l’Union européenne

Si les négociations entre la Suisse et l’Union européenne aboutissent ces prochains mois, et s’il n’y a pas de restrictions quantitatives, les déplacements et échanges d’avocats entre la Confédération et l’Union seraient, d’abord et pour le moins, régis, d’une part, par les principes jurisprudentiels en la matière et, d’autre part, par la (très utile) directive 89/48 sur la reconnaissance généralisée des diplômes. Quant à la future directive sur la liberté d’établissement des avocats, elle devrait faire l’objet de négociations futures si elle n’est pas déjà en vigueur lors de la conclusion des accords bilatéraux entre la Suisse et l’Union européenne.

A. L’établissement d’avocats européens en Suisse

Tant la Confédération que les cantons seraient tenus d’adapter, à plus ou moins brève échéance, notre droit interne aux exigences posées par la Cour de Justice et par la directive «diplôme» dans le but de permettre aux avocats ressortissants de l’Union de s’établir durablement sur le territoire de la Confédération¹¹⁴.

¹¹⁴ Ces mesures d’adaptation ont déjà été exposées, cf. D. MALAGUERRA, Reconnaissances des diplômes (art. 30 EEE): les mesures de formation complémentaire exigibles des avocats EEE qui souhaitent s’établir en Suisse, in: Accord EEE, O. JACOT-GUILLARMOD, éd., Zurich 1992, p. 203 ss.

Il faut cependant rappeler, concernant la transcription de la directive, que l'art. 189 al. 3 du Traité, prévoit que «*la directive lie tout Etat (membre) destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens*».

a) Les adaptations principales

Les autorités suisses devraient examiner selon quelles modalités, par quels moyens et à quel niveau (fédéral ou cantonal), il serait préférable de résoudre certaines questions¹¹⁵ telles que:

- l'obligation de reconnaître sur tout le territoire de la Confédération les diplômes et titres professionnels obtenus dans l'Union européenne (ou dans l'EEE) lorsqu'ils remplissent les conditions posées par la directive 89/48;
- l'obligation de faire supprimer, dans les cantons où elle existe encore, l'exigence de la nationalité suisse comme condition d'accès à l'exercice du barreau, ou alors de prévoir l'assimilation par tous les cantons des ressortissants de l'Union et de l'EEE aux ressortissants helvétiques;
- la mise en place d'un système de compensation tel qu'exigé par la directive 89/48 (stage d'adaptation ou épreuve d'aptitude), qui reste modéré dans ses exigences et son application, et sous réserve de l'adoption de mesures complémentaires telles qu'envisagées dans la proposition de directive;
- parallèlement au système de compensation, la désignation, probablement au niveau cantonal mais sous surveillance fédérale, des autorités compétentes pour examiner les demandes de reconnaissance et organiser les épreuves d'aptitude (mesures de compensation);
- finalement, l'octroi de garanties minimales de procédure à tous les candidats souhaitant s'installer en Suisse, tant à l'échelon cantonal qu'à l'échelon fédéral. Ces garanties devraient comprendre pour le moins des exigences de forme quant à la demande de reconnaissance, la fixation du délai pour statuer et l'indication de voies de recours pour les candidats¹¹⁶.

b) Les effets indirects

En dehors des adaptations indispensables exigées par le droit européen, la Confédération et les cantons pourraient également en profiter pour régler certains problèmes.

La Confédération prépare, en complément de la LMI, un projet de loi sur les avocats.

¹¹⁵ Sur ces questions, voir F. ROTHENBÜHLER, p. 201 ss.

¹¹⁶ Toutes ces questions avaient été discutées et des projets préparés en vue de la mise en oeuvre du Traité de l'EEE; cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 184; ég. La reconnaissance par la Suisse des brevets d'avocats délivrés dans les autres Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen et l'établissement de ces avocats en Suisse, in: L'avocat suisse, 140/1992, p. 14 ss.

Il serait opportun également, pour les cantons qui ne l'ont pas encore fait, de procéder à un réexamen de leurs réglementations en la matière, afin de les rendre intégralement compatibles avec le droit européen. Ce «dépoussiérage» généralisé pourrait ainsi (enfin) rendre la position de l'avocat suisse plus concurrentielle¹¹⁷.

B. L'établissement des avocats suisses dans l'Union européenne

Quant aux avocats suisses désirant s'établir à titre permanent dans un des Etats membres de l'Union, ils seraient tout simplement considérés et traités comme n'importe quels ressortissants d'un autre Etat de l'Union.

Cela signifie, en d'autres termes, qu'ils bénéficieraient du droit à la reconnaissance de leur diplôme et titre professionnel suisse dans les limites de la directive 89/48 et que, une fois leur diplôme reconnu, ils jouiraient des mêmes droits que les avocats ressortissants du pays d'accueil.

Il faut toutefois faire deux remarques: en premier lieu, la liberté d'établissement des avocats entre la Suisse et l'Union européenne sera soumise très certainement au principe de la réciprocité. Cela implique que, plus l'accès à l'exercice de la profession sera rendu difficile en Suisse pour les avocats européens, et plus, par mesure de réciprocité, les candidats suisses seront traités de manière stricte dans les autres Etats européens. Il s'agira dès lors d'être conscient de ce fâcheux «retour de bâton» lorsque la Confédération, et surtout les autorités cantonales compétentes, établiront les textes nécessaires.

En second lieu et d'un point de vue plus pragmatique, il convient de poursuivre l'effort entrepris depuis quelques années dans nos Facultés de droit afin de favoriser au maximum la formation des juristes suisses en droit communautaire, voire d'imposer des connaissances minimales en droit communautaire soit à l'université, soit aux examens du brevet. En effet, la maîtrise du droit communautaire est un élément essentiel, outre la connaissance du droit du pays d'accueil, pour réussir une assimilation optimale de l'avocat suisse dans un Etat d'accueil de l'Union (comparer à ce sujet l'art. 10 et le cons. 14 de la proposition de directive).

En résumé, on peut citer avec Olivier JACOT-GUILLARMOD¹¹⁸ la constatation de Claus-Dieter EHLERMANN: «*Désormais, c'est à tout instant que la perspective européenne est à prendre en compte. Il y a là des réflexes professionnels nouveaux à acquérir. La survie même du juriste, et d'abord de l'avocat, est en fonction de l'acquisition de ces nouveaux réflexes*».

¹¹⁷ Cf. sur cette question: D. MALAGUERRA, Libre établissement, p. 18.

¹¹⁸ O. JACOT-GUILLARMOD, Le juge national face au droit européen, Bâle/Bruxelles, 1993, p. 295.

2.3.4. Effets de la liberté d'établissement sur le marché intérieur suisse

Comme nous l'avons vu précédemment, la question de la liberté d'établissement des professions libérales en Suisse est réglée conjointement par les art. 5 D.T., 33 al. 2 et 45 Cst. A ces dispositions vont s'ajouter ou se substituer les nouvelles règles de la LMI, plus particulièrement celles qui ont trait à la suppression, ou pour le moins à la simplification, des formalités jusqu'ici longues et coûteuses de reconnaissance des diplômes et titres professionnels entre cantons. D'un point de vue formel, on peut dès lors considérer que, dès l'entrée en vigueur de la LMI, la liberté d'établissement totale sera (enfin!) réalisée sur tout le territoire fédéral (pour les avocats remplissant les conditions minimales). En ce sens, l'acquis communautaire ne pourra plus être considéré comme plus progressiste que le droit suisse, s'agissant de son propre marché intérieur.

Ainsi, comme en droit communautaire, la balle est dans le camp des avocats et des professionnels du droit qui, à coups de recours, permettent aux textes de livrer toutes leurs potentialités par la voix des juges. En effet, «*au cours des trente dernières années, dans la construction de l'Europe, la part des avocats communautaires et celle de leurs organisations professionnelles a été considérable. C'est souvent par leur canal que les grands principes du droit européen ont peu à peu fait leur chemin auprès des entreprises comme dans le cœur des citoyens. S'inspirant de leur exemple, c'est aujourd'hui le rôle des avocats suisses et l'honneur de la profession que de s'atteler à la tâche*»¹¹⁹. Après tout, les Costa, Reyners, Gullung, Vlassopoulou, Klopp et Gebhard n'étaient-ils pas des avocats?

¹¹⁹ O. MACH, L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse, in: L'avenir du libre-échange en Europe, Zurich, 1990, p. 226, no 582.

III. La libre prestation des services (LPS)

3.1. Privilèges et restrictions dans le canton d'établissement

Lorsqu'il représente et assiste les parties en justice, l'avocat est en général au bénéfice d'un monopole; en Suisse, ce monopole ne s'étend pas à l'activité de conseil. De plus, dans certaines procédures particulières, l'avocat est empêché d'exercer son rôle. Ces questions sont examinées sous 6.1. ci-dessous.

3.2. Prestations de services dans les autres cantons

L'avocat installé dans un canton et qui veut représenter un client devant un tribunal d'un autre canton doit solliciter une autorisation spéciale ou une autorisation générale de plaider¹²⁰.

3.2.1. L'art. 5 D.T.

A l'exception des conditions spécifiques liées au droit d'établissement (art. 45 Cst.), les conditions que doit remplir l'avocat qui veut exercer en dehors du canton qui lui a délivré sa patente sont les mêmes que celles déjà examinées ci-dessus pour le droit d'établissement (cf. 2.2.2. A).

3.2.2. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

Avec l'entrée en vigueur de la LMI, la question qui doit être examinée à nouveau (cf. déjà 2.2.2. B ci-dessus), cette fois, sous l'angle de la libre prestation de services, est celle du possible maintien d'une procédure de contrôle préalable. L'hypothèse de travail est qu'un avocat inscrit au barreau d'un canton et pratiquant habituellement dans ce canton (dit de provenance) veut représenter un client (ou l'assister en justice) dans un autre canton (canton d'accueil):

- La patente (autorisation de pratiquer) du canton de provenance doit être reconnue sans autre formalité par le canton d'accueil sous réserve de la nécessité de protéger des intérêts publics prépondérants (cf. 2.2.2. B. c.).

Le canton d'accueil peut-il néanmoins exiger l'inscription sur le tableau des avocats autorisés à plaider? Si cette exigence est également imposée aux avocats locaux, le principe de non-discrimination ne serait pas violé. Certains cantons le prévoient expressément (*«Nul ne peut pratiquer le Barreau»* sans être inscrit sur ce tableau, art. 6 al. 2 loi

¹²⁰ La terminologie n'est pas plus constante que pour la patente: si en allemand on rencontre généralement l'expression «Berufausübungsbewilligung», en français ce sera «autorisation générale de pratiquer», «autorisation générale de plaider», «patente d'avocat».

vadoise sur le Barreau); d'autres cantons prescrivent simplement que le Département de la Justice dresse, au début de chaque année, le tableau des personnes autorisées à exercer la profession d'avocat, (art. 5 Loi fribourgeoise sur la profession d'avocat).

Si l'inscription est impérative, un avocat provenant d'un canton dont le certificat de capacité et les conditions personnelles sont, pour l'essentiel, les mêmes que celles du canton d'accueil, devrait sur simple demande être inscrit sur ce tableau. Certes cet avocat devra établir qu'il est inscrit au tableau de son canton de provenance. Il aura plusieurs possibilités de le faire: *D'abord*, produire une attestation récente de son appartenance au barreau de son canton de provenance. *Ensuite*, produire sa carte d'identité professionnelle d'avocat CCBE¹²¹: au début 1996, tous les avocats membres des ordres cantonaux suisses ont reçu cette carte d'identité; or, un avocat ne peut être membre d'un ordre cantonal et recevoir cette carte sans être au bénéfice d'une patente cantonale et inscrit au barreau de son canton; cette carte doit être retirée au cas où son titulaire ne serait plus membre de l'ordre cantonal; il serait tout de même paradoxal qu'elle serve de carte d'identité dans les rapports internationaux de l'avocat dans les pays du CCBE et qu'elle n'ait pas cette portée dans les rapports intercantonaux! *Enfin*, la mention par l'avocat sur son papier à lettres de son appartenance à un barreau prend toute son importance; cette seule mention devrait déjà avoir une portée intercantonale en raison du principe de la présomption voulu par la LMI; une indication contraire à la vérité constituerait en effet un faux dans les titres¹²².

- Les autres conditions personnelles: ainsi qu'indiqué déjà (2.2.2. B c.), l'exigence par le canton d'accueil d'une vérification de ces conditions personnelles serait en principe contraire à l'art. 3 LMI¹²³.

Il est vrai que ces conditions personnelles ne sont pas identiques dans tous les cantons. Cependant, il est probable que les exigences qui ne tomberaient pas déjà sous le coup de l'alinéa 3 de l'art. 3 LMI (principe de la proportionnalité), seraient contraires à l'alinéa 4 du même article: «*Les restrictions en vertu du 1er alinéa [exigences de l'égalité de traitement, d'intérêts publics prépondérants et du principe de proportionnalité] ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges qui favorise les intérêts économiques locaux*»¹²⁴.

¹²¹ CCBE: Comité consultatif des barreaux européens.

¹²² Le Tribunal fédéral avait peut-être eu raison en décidant que les avocats qui ont obtenu un brevet peuvent porter le titre d'avocat et en suggérant qu'il appartenait aux avocats qui pratiquent la profession de se distinguer en indiquant qu'ils sont inscrits à un barreau; ATF 112 Ia 318 = JdT 1988 I 58.

¹²³ Cf. COTTIER/WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 12/95, p. 1585.

¹²⁴ Pourrait ainsi être qualifiée l'exigence valaisanne de la preuve d'une assurance responsabilité suffisante (art. 4 al. 2 let. e Loi valaisanne sur la profession d'avocat) alors que,

L'application du principe de la confiance ainsi compris ne devrait pas menacer l'intérêt public. Le maintien d'un contrôle préventif serait contraire à la volonté clairement exprimée du législateur. La quasi-unanimité des avocats qui profiteront de cette liberté remplissent toutes les conditions requises. Les quelques avocats qui auraient des doutes quant à la reconnaissance de leur certificat pourront toujours demander expressément une autorisation au canton d'accueil. Il serait prudent de le faire puisqu'à défaut d'une reconnaissance les actes préalablement accomplis en procédure au nom du client seront déclarés nuls et le client devra en subir les conséquences; mais pour les autres avocats, pour lesquels l'autorisation n'est qu'une formalité, le Tribunal fédéral a déjà admis que l'autorisation puisse être demandée après le dépôt d'un recours¹²⁵.

Autrement dit, si l'inscription au tableau du canton d'accueil est maintenue, ce canton s'expose à devoir tenir une longue liste des avocats extérieurs au canton et qui seraient autorisés à y pratiquer.

Evidemment, aussi longtemps que le principe «Cassis-de-Dijon» ne bénéficiera pas d'une législation d'accompagnement (loi fédérale sur la profession d'avocat), les problèmes de surveillance et de discipline seront délicats (cf. 6.2.3. B ci-dessous).

3.3. La libre prestation des services selon le GATS

3.3.1. Les principes d'un traité évolutif

L'accord sur le GATS s'applique au commerce de services sous toutes ses formes et donc aussi aux services rendus par l'avocat¹²⁶.

Le GATS comporte deux parties principales:

- les «Obligations et disciplines générales» (Partie II), et
- les «Engagements spécifiques» (Partie III) de chaque partie signataire.

L'accord, d'une part, fixe les règles de base actuellement en vigueur et, d'autre part, a pour but une libéralisation progressive des échanges commerciaux.

a) La situation de départ est déterminée par la liste des engagements spécifiques.

Dans le domaine des services (Gewerbliche Dienstleistungen) par exemple, la Suisse s'est engagée à ne pas maintenir de restriction d'accès au marché pour les ressortissants étrangers (sauf dans le canton de St-Gall,

pour le moins, tous les membres des Ordres suisses se sont engagés à s'assurer en souscrivant au Code de déontologie de la CCBE dont le point 3.9. contient 5 articles sur le sujet de l'assurance responsabilité professionnelle.

Il en serait de même de l'exigence d'accepter des mandats d'office.

¹²⁵ ATF 112 Ia 305 = JdT 1988 I 599.

¹²⁶ Office fédéral des affaires économiques extérieures, le GATS et la reconnaissance des brevets d'avocats étrangers, Berne, rapport du 16.05.1994; voir ci-dessus 2.2.2. C.

qui depuis a modifié sa législation)¹²⁷, pour autant que les services offerts soient limités à des consultations dans le droit du pays d'origine ou en droit international. Rappelons-le: aucun engagement n'a été pris en ce qui concerne la représentation des parties en justice.

Il est intéressant de remarquer que, depuis de nombreuses années, l'arbitrage international s'est développé en Suisse indépendamment de ces règles: des arbitres étrangers siègent dans des tribunaux ayant leur siège en Suisse; des avocats étrangers représentent les parties et plaident, en Suisse, devant ces tribunaux arbitraux¹²⁸.

A noter également que, dans sa liste d'engagements spécifiques, l'Union européenne a exclu le domaine du droit européen, ce qui signifie que les ressortissants étrangers à l'Union européenne ne peuvent donner des consultations en droit européen sur le territoire des Etats membres.

Par contre, le droit européen devrait être considéré comme du droit international par l'ordre juridique suisse, ouvrant par là la possibilité aux ressortissants de pays tiers de donner des consultations en droit européen sur le territoire suisse.

b) Ensuite, comme cela a été dit précédemment, les parties contractantes se sont engagées à entamer, au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de l'accord, des négociations «*en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation*» (ci-dessus: 2.2.2. C; GATS, Partie IV, art. XIX).

Dans l'attente de ces négociations et de leur aboutissement, la libéralisation des services doit être obtenue par le biais de la clause de la nation la plus favorisée (NPF; art. II GATS): «*En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.*» Cette disposition de principe inconditionnelle est considérée comme le «noyau dur» de l'accord¹²⁹.

A noter cependant que la libéralisation en cours au sein de l'Union européenne peut se poursuivre sans que les membres de l'Union soient contraints d'accorder des avantages similaires aux ressortissants de pays tiers. En effet, l'art. V du GATS prévoit expressément que la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas aux accords d'intégration économique.

¹²⁷ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 69, n. 143.

¹²⁸ On considère même qu'un avocat étranger pourrait obtenir un permis de travail temporaire pour s'occuper d'un arbitrage en Suisse, cf. J.-F. LALIVE, Switzerland, in: Transnational Practice, A Survey of Selected Countries, D. CAMPBELL éd., Deventers 1982; l'arrêt Gebhard (cf. n. 137) va dans le même sens.

¹²⁹ Cf. H. NATER/A. KELLERHALS, Zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des GATS, RSJ 91/1995, p. 87; cf. également: Commission FSA sur le GATS, Rapport final «SAV-Projet XII – GATS» du 20.12.1995, p. 1 s.

Par contre, il est admis que cette restriction, qui exige une intégration large et approfondie, ne pourrait s'appliquer à un accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne, qui se restreindrait à quelques secteurs déterminés¹³⁰. Cela signifie que les concessions accordées dans un éventuel accord bilatéral entre l'Union et la Suisse sur les services tomberont sous le coup de la clause prévue à l'art. II de l'Accord, et donc que la Suisse devra, dans ce domaine, accorder le même traitement aux ressortissants des Membres du GATS.

3.3.2. Professions soumises à autorisation

Lorsqu'une activité est soumise à l'octroi d'une *autorisation*, comme c'est le cas des avocats, il existe pourtant un tempérament à l'exigence de l'art. II du GATS, puisqu'alors le principe de la nation la plus favorisée s'applique de *façon conditionnelle* en ce qui concerne la reconnaissance des exigences de qualification étrangères (art. VII GATS)¹³¹.

Cela signifie que, lorsqu'une activité (telle que la représentation en justice) est soumise à l'octroi d'une autorisation (patente d'avocat), le principe de la nation la plus favorisée ne s'applique plus purement et simplement selon les règles de l'art. II, mais selon celles de l'art. VII: la reconnaissance des qualifications, de l'éducation, de l'expérience ou des certificats acquis dans un pays déterminé ne doit pas être automatiquement étendue aux qualifications ou certificats acquis dans d'autres pays membres. Cependant, «*la reconnaissance ne doit pas non plus être utilisée comme un moyen de discrimination*»¹³², et le pays qui accorde cette reconnaissance doit ménager aux autres pays membres intéressés «*une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou arrangement ou de négocier des accords ou arrangements qui lui sont comparables*» (art. VII ch. 2 GATS).

A noter que, dans le cadre de telles négociations, il est possible de prévoir l'exigence de la réciprocité, alors que ce n'est pas le cas si l'on applique directement l'art. II.

3.3.3. Effets pour les avocats

On l'a vu précédemment: la profession d'avocat est soumise à l'octroi d'une autorisation, notamment lorsqu'il s'agit de l'activité de représentation en justice. En principe dès lors, les activités d'avocat devraient être soumises aux règles de l'art. VII, et non à celles de l'art. II du GATS.

¹³⁰ Rapport de la Commission FSA, p. 3.

¹³¹ Cf. NATER/KELLERHALS, p. 87.

¹³² Message du Conseil fédéral, FF 1994 IV 248.

A. Accord bilatéral avec l'Union européenne

Si la Suisse signe avec l'Union européenne un accord bilatéral admettant à des conditions précises l'établissement d'avocats européens en Suisse, notre pays devra, selon l'art. VII, accepter d'ouvrir des négociations avec les pays tiers qui souhaiteraient obtenir un statut semblable pour leurs ressortissants¹³³.

B. La réglementation cantonale

L'art. VII de l'accord signifie également que, chaque fois que, dans le cadre de leurs compétences, la Confédération ou des cantons auront l'intention de négocier de manière sélective des reconnaissances de diplômes ou certificats de capacité avec un Etat déterminé ou un groupe d'Etats déterminé, ils devront toujours avoir clairement à l'esprit les conséquences de telles négociations: c'est-à-dire, l'obligation de ménager à tout autre Membre intéressé une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou de négocier des accords qui lui sont comparables.

Cela a d'ailleurs été le cas d'un projet zurichois de «Loi sur l'admission des avocates et avocats provenant des Etats membres de l'Espace Economique Européen dans le canton de Zurich». En effet, ce projet de loi prévoyait une admission facilitée des avocats ressortissants de l'EEE qui était tout à l'honneur des auteurs du projet, mais causait de graves problèmes en raison justement de la ratification de l'accord du GATS et notamment de son art. VII¹³⁴.

C. Un cas particulier: la consultation juridique

Si l'on considère – comme la majorité des auteurs – que la consultation juridique ne fait pas partie de l'activité réservée à l'avocat, et ne serait dès lors pas soumise à autorisation, force serait de constater que le droit suisse ne prévoit aucune règle spécifiant ces conditions d'exercice. L'art. VII du GATS ne serait donc pas applicable à cette activité, mais bien l'art. II du GATS (cf. 3.3.A. b ci-dessus).

Supposons alors que la Suisse, en vertu de l'art. XVI, se lance dans des négociations relatives à l'accès au marché dans ce domaine. On pourrait se demander si, en application de l'art. XVII du GATS, relatif au principe du traitement national, la Suisse ne serait pas contrainte d'accorder aux ressortissants étrangers le même droit qu'à ses propres fournisseurs de consultations juridiques.

De plus, si, par hypothèse toujours, dans le cadre de l'accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne, il était admis que les conseils juridiques puissent être donnés par des personnes qui n'exercent pas la profession d'avocat, alors cela aurait pour conséquence que:

¹³³ Cf. à ce sujet: NATER/KELLERHALS, p. 88 s.

¹³⁴ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 194, avec la note 59, et p. 186 ss.

- les ressortissants de l’Union européenne pourraient exercer cette activité en Suisse;
- l’accord bilatéral helvético-européen n’étant pas un accord d’intégration au sens de l’art. V du GATS, la Suisse – et l’Union européenne! – devraient accorder inconditionnellement aux autres pays le traitement de la nation la plus favorisée pour cette activité.

Or, l’Union européenne ne veut en aucun cas accorder une pareille porte d’entrée aux juristes de pays tiers, qui pourraient ainsi donner des conseils en droit européen!

3.4. Accord bilatéral avec l’Union européenne?

La présentation du droit communautaire est utile, d’une part, pour connaître les effets de ce droit en cas d’accord bilatéral entre la Suisse et l’Union européenne et, d’autre part, pour se mettre dans l’état d’esprit du principe «Cassis-de-Dijon» qui inspire la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

3.4.1. Le système communautaire

Les activités de l’avocat, peut-être plus encore que d’autres, se trouvent confrontées à de graves difficultés quant à l’application des libéralisations voulues au sein de l’Union européenne. Il a été rappelé plus haut que certains obstacles n’avaient pu être franchis que par un coup d’accélérateur de la Cour de Justice (effet direct attribué aux art. 52 et 59 du Traité).

Bien que faisant l’objet d’un grand nombre de décisions importantes de la Cour de Justice, dont l’arrêt Reyners précité, la réalisation effective de la libre circulation des avocats dans la Communauté n’en a pas moins connu d’importantes «crises de croissance», notamment quant à la libre prestation de services. La mise en place de la libre prestation de services des avocats reste pourtant plus facile à réaliser que la liberté d’établissement, ce qui explique en partie que les autorités communautaires ont adopté une directive sur les services en 1977 alors que la directive «diplôme» date de 1989.

3.4.2. La directive 77/249

A. Une prestation de service transfrontalière

Le Conseil a adopté, le 22 mars 1977, la directive tendant à faciliter l’exercice effectif de la *libre prestation de services* par les avocats¹³⁵.

Avant d’examiner le contenu de la directive, il convient de rappeler que, pour qu’il y ait prestation de services (et non établissement), il est nécessaire que l’activité faisant l’objet de la prestation soit *transfronta-*

¹³⁵ Dir. 77/249, JOCE no L 78, 26 mars 1977.

lière. Ceci excluait donc, dans un premier temps, toute idée d'installation permanente de l'avocat prestataire de services dans l'Etat d'accueil, y compris sous la forme d'une étude ou d'un cabinet secondaire¹³⁶.

Cette exigence d'une prestation *transfrontalière* excluant toute installation durable doit toutefois être nuancée. En effet, la CJCE a profité d'un récent arrêt relatif à la liberté d'établissement et de prestations de services des avocats¹³⁷ pour, d'une part, rappeler certaines règles de principe jurisprudentielles permettant de délimiter les deux types de liberté et pour, d'autre part, mieux définir les critères de distinction.

La première précision apportée concerne le caractère temporaire de la prestation, qui est «à apprécier non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité» (attendus: points 26 et 27; dispositif: point 1). La seconde précision, de taille, touche à ses conséquences: «le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services, au sens du traité, de se doter dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure (y compris un bureau, cabinet ou étude) dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation» (attendu: point 27; dispositif: point 2)¹³⁸.

Il existe dès lors quatre possibilités de prestations de services:

- soit le déplacement dans un autre Etat de l'avocat qui y effectuera sa prestation;
- soit le déplacement de l'avocat et de son client qui se rendent ensemble dans un autre Etat membre où le service sera rendu;
- soit le déplacement du seul client qui se rend à l'étranger pour y recevoir le service;
- soit enfin le déplacement du seul service qui est alors rendu d'un Etat membre à l'autre au moyen d'un instrument mécanique de transmission¹³⁹.

La directive ne vise, pour l'essentiel, que les deux premiers cas¹⁴⁰. Ainsi, «toute personne habilitée à exercer la profession d'avocat dans un Etat membre peut représenter et défendre un client en justice dans n'importe quel autre Etat membre, dans les conditions prévues pour les avocats établis dans cet Etat, sans être tenu d'y avoir une résidence et sans avoir à s'inscrire à l'organisation professionnelle compétente»¹⁴¹.

En tout état de cause, l'avocat prestataire de services ne devrait également jamais être placé, de la sorte, «dans une situation de moindre droit

¹³⁶ Cf. P. MERCIER/O. JACOT-GUILLARMOD, *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle, 1991, p. 117 s.

¹³⁷ CJCE, 30 nov. 1995, R. Gebhard, aff. C-55/94.

¹³⁸ Cf. à ce sujet: L. IDOT, *Revue Europe*, janvier 1996, Comm. no 30.

¹³⁹ Cp. pour le GATS, ci-dessus 3.3.

¹⁴⁰ FLECHEUX/DENINOLLE, p. 15.

¹⁴¹ GAVALDA/PARLEANI, p. 394.

par rapport à la situation des avocats établis dans l'Etat membre d'accueil quel que soit le type d'activité exercé, juridique ou judiciaire»¹⁴².

Les éléments principaux de la directive peuvent être schématisés ainsi:

- principe de la reconnaissance mutuelle de la qualité d'avocat,
- définition des activités entrant dans son champ d'application et
- détermination des conditions d'exercice de ces activités¹⁴³.

Ce sont ces deux derniers éléments que nous allons examiner plus attentivement.

B. Conditions d'exercice de la libre prestation de services et restrictions

a) S'il est prévu, à l'art. 2, que chaque Etat membre est tenu de reconnaître comme avocat toute personne correspondant à la définition de l'art. 1, par. 2, les prestations de services de tous ces avocats doivent s'effectuer avec le titre professionnel délivré par et dans l'Etat membre de provenance (art. 3).

b) De plus, dans le but évident de ne pas anéantir purement et simplement la liberté de services, la directive rappelle, si cela est encore nécessaire, que le prestataire ne peut pas être obligé de se soumettre à une quelconque obligation de résidence ou d'inscription à une organisation professionnelle de l'Etat d'accueil, pour avoir le droit d'y exercer ses activités¹⁴⁴.

Il faut noter à ce sujet que, par arrêt du 25 février 1988¹⁴⁵, la CJCE a énoncé que la règle de l'exclusivité territoriale prévue par le droit allemand, selon laquelle seuls les avocats agréés auprès d'une juridiction peuvent *représenter* une partie devant celle-ci, «vise normalement une activité permanente» et «ne saurait être appliquée à des activités de caractère temporaire exercées par des avocats établis dans d'autres Etats membres». Il s'agissait en l'occurrence, «d'un avocat ressortissant d'un Etat membre autre que la RFA, agissant dans ce dernier Etat en prestation de services»¹⁴⁶.

c) Par contre, l'avocat prestataire de services est soumis, quant à l'exercice de sa profession, aux règles professionnelles de l'Etat dans lequel il est établi et à celles de l'Etat d'accueil, cumulativement (art. 4, paragraphes 2 et 4). Il s'agit du principe dit de «double déontologie»¹⁴⁷.

Cette théorie ne va toutefois pas sans soulever de graves problèmes. Il s'agit là, en effet, d'un cas d'effet extra-territorial des règles professionnelles qui pose clairement la question de «savoir dans quelle mesure un principe déontologique en vigueur dans un Etat membre d'accueil doit

¹⁴² FLECHEUX/DENINIOILLE, p. 15, no 124.

¹⁴³ GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 318.

¹⁴⁴ Art. 4, par. 1.; cf. FLECHEUX/DENINIOILLE, p. 15, no 126.

¹⁴⁵ CJCE, 25 fév. 1988, Commission c/Allemagne, aff. 427/85, Rec. 1123.

¹⁴⁶ GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 319; MERCIER/JACOT-GUILLARMOD, p. 118.

¹⁴⁷ GAVALDA/PARLEANI, p. 394 s.

être respecté par un avocat prestataire qui agit dans les limites et selon les règles d'exercice en vigueur dans l'Etat membre de provenance. Bien sûr, il est des principes intangibles, dont rend compte le Code européen de déontologie¹⁴⁸, et pour lesquels cette question ne se pose pas; mais il est d'autres règles dont on a peine à imaginer soit qu'elles soient abandonnées par le prestataire au prétexte de son seul déplacement, soit, au contraire, qu'elles puissent produire un effet extra-territorial»¹⁴⁹.

Toujours quant au respect des règles déontologiques, la Cour de Justice a également dû trancher la question de savoir si un prestataire, empêché de s'établir dans l'Etat d'accueil à titre permanent à la suite d'une interdiction d'accès à la profession pour non-respect des règles déontologiques en vigueur dans cet Etat, pouvait prétendre être en mesure de respecter ces mêmes règles dans le cadre d'une activité de prestataire de services. En l'espèce, la Cour a estimé que la prestation de services était devenue impossible si l'interdiction d'accès à l'établissement reposait sur des motifs tenant à la dignité, à l'honorabilité et à la probité de l'avocat¹⁵⁰.

d) La directive 77/249 prévoit enfin que les Etats peuvent imposer, pour «l'exercice des activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice» (art. 5), une obligation «d'agir de concert» (ou obligation de «concertation») soit avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie, soit avec un avoué exerçant auprès d'elle, qui en assumerait alors la responsabilité à l'égard de cette juridiction.

De fait, dans l'arrêt van Binsbergen¹⁵¹ déjà, la Cour avait précisé que certaines exigences, décrites comme objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation de règles professionnelles liées au fonctionnement de la justice et au respect de la déontologie, ne pouvaient être considérées comme incompatibles avec le Traité. Il fallait toutefois que ces exigences soient justifiées par l'intérêt général, ce qui est nécessairement le cas «des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité incombant à toute personne établie sur le territoire de l'Etat où la prestation est fournie». C'est donc ainsi que se justifie cette obligation d'*action de concert* de l'art. 5, qui sera encore, par la suite, mieux expliquée par la Cour.

Dans l'arrêt Commission c/Allemagne précité¹⁵², la Cour considérait, relativement aux modalités de la concertation, que la directive ne tendait qu'à permettre à l'avocat prestataire d'accomplir son mandat dans le respect du bon fonctionnement de la justice dans le pays d'accueil, ainsi

¹⁴⁸ Le Conseil des Barreaux de la Communauté européenne (C.C.B.E.) a adopté le 28 octobre 1988 un Code de déontologie européen; cf. à ce sujet: MERCIER/JACOT-GUILLARMOD, p. 118 s. et FLECHEUX-DENINOLLE, p. 8, nos 50 ss.

¹⁴⁹ FLECHEUX/DENINOLLE, p. 17, no 17; cf. également GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 321 s.

¹⁵⁰ CJCE, 19 jan. 1988, Gullung, aff. 292/86, Rec. 111, points 22 et 23.

¹⁵¹ CJCE, 3 déc. 1974, aff. 33/74, Rec. 1299.

¹⁵² CJCE, 25 fév. 1988, aff. 427/85, Rec. 1123.

qu'à lui fournir l'appui nécessaire pour agir dans un système juridictionnel différent du sien, lui garantissant ainsi d'être en mesure de respecter pleinement les règles procédurales et déontologiques locales.

Des limites très strictes ont toutefois été posées à l'obligation de concertation. En effet, en vertu de la règle selon laquelle il n'est pas possible d'imposer à un avocat prestataire une obligation qui n'est pas requise d'un avocat établi, la Cour a affirmé qu'il ne pouvait y avoir d'obligation d'agir de concert si l'assistance obligatoire d'un avocat n'est pas exigée par les règles procédurales applicables dans l'Etat d'accueil. Cela signifie, en d'autres termes, qu'il n'existe pas d'obligation d'agir de concert pour l'exercice d'activités où l'assistance d'un avocat n'est pas requise ou n'est pas obligatoire¹⁵³.

3.4.3. Effets du principe de la libre prestation de services sur les échanges entre la Suisse et l'Union européenne

Dans le cas où les négociations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne aboutiraient, il en résulterait une extension du régime de la directive 77/249 et de la jurisprudence de la Cour s'y rapportant au territoire de la Confédération et, par conséquent, aux prestations de services transfrontalières entre la Suisse et l'Union.

A. Avocats de l'Union agissant en Suisse

a) La reprise de la directive impliquerait bien sûr, principalement, que toute personne habilitée à exercer la profession d'avocat dans un Etat membre de l'Union soit reconnue en Suisse et puisse y offrir des prestations de services librement (art. 1, 2 et 3 directive).

Mais, d'un point de vue pratique, l'application de la directive en Suisse impliquerait également la reprise intégrale de l'*acquis communautaire* dans ce domaine. Or, par *acquis communautaire*, il faut entendre l'ensemble du *corpus jurisprudentiel*, groupant les principaux arrêts de la Cour relatifs aux articles 59 et 52 (résultant de questions préjudiciales et de recours en manquement) et formant véritablement le droit de la libre circulation des avocats dans l'Union européenne¹⁵⁴.

b) La conséquence pratique en est qu'il faudrait prévoir certaines adaptations réglementaires cantonales, voire fédérales, permettant de faire face à cette situation nouvelle dans chaque canton.

Ainsi, à moins d'adopter une réglementation «ad hoc» dans ce sens, il ne serait pas possible d'imposer à un avocat européen l'obligation d'agir de concert avec un avocat local, dans les limites tracées par la Cour de

¹⁵³ CJCE, 10 juill. 1989, Commission c/France, aff. 294/89, Rec. 3591; cf. également, FLECHEUX/DENINOLLE, p. 15, nos 129 ss.

¹⁵⁴ Cf. FLECHEUX/DENINOLLE, p. 9, no 58 s.

Justice en ce domaine¹⁵⁵, puisque l'on ne connaît pas en Suisse l'obligation de procéder par avocat (Anwaltszwang).

De même, les réglementations existantes imposant l'obligation de résidence sur le territoire cantonal ou suisse, ainsi que l'obligation d'inscription à l'organisation professionnelle du canton, ou (selon la LMI) d'un autre canton, devraient être adaptées, afin de permettre aux avocats européens intéressés d'accéder librement au marché des services juridiques de chaque canton. Cela signifierait, en quelque sorte, que le bénéfice de la LMI, supprimant la règle de l'exclusivité territoriale pour les prestations de services, serait étendu à tous les ressortissants européens.

Enfin, comme les prestations de services devront être offertes en usant du titre professionnel acquis par l'avocat intéressé dans son Etat d'origine, il serait utile de prévoir l'obligation d'adoindre au titre d'*«avocat»*, sous une forme ou sous une autre, la mention *«au Barreau de...»*. Cette exigence pourrait d'ailleurs déjà être très utile pour une bonne application de la LMI en Suisse.

B. Avocats suisses agissant dans l'Union européenne

S'il est vrai que les ressortissants de l'Union européenne pourraient librement offrir leurs services en Suisse (et il est à prévoir qu'un bon nombre profiteraient de cette opportunité, en particulier dans les cantons économiquement importants), il ne faut pas perdre de vue qu'il en irait exactement de même pour les avocats suisses sur le territoire de l'Union européenne.

Cette réelle ouverture à l'ensemble du marché européen impliquerait en effet que tous les brevets professionnels cantonaux soient reconnus, selon les termes de l'article 2 de la directive, *«par chaque Etat membre de l'Union (...) pour l'exercice des activités d'avocat en prestation de services»* (art. 1, par. 1).

L'avocat suisse pourrait ainsi «se transporter» librement dans n'importe quel Etat membre, que ce soit pour y représenter ou y défendre un client en justice ou devant les autorités publiques, ou pour toute autre activité relevant de sa profession, telle que la consultation, la négociation, la préparation et la rédaction de contrats ou d'autres actes juridiques¹⁵⁶.

Ses seules obligations relèveraient de la protection légitime des règles procédurales et déontologiques locales¹⁵⁷:

- respecter «les règles professionnelles de l'Etat membre d'accueil, sans préjudice des obligations qui lui incombent dans l'Etat membre de provenance» (double déontologie; art. 4, par. 2 et 4);

¹⁵⁵ CJCE, 10 juill. 1989, Commission c/France, aff. 294/89, Rec. 3591; voir ci-dessus 3.4.2.
B.d.

¹⁵⁶ Art. 4, par. 2 et 4 directive 77/249; GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 320.

¹⁵⁷ Cf. FLECHEUX/DENINOLLE, p. 16, no 133.

- faire usage de son titre professionnel cantonal, exprimé dans la langue d'origine, avec indication de l'organisation professionnelle dont l'avocat relève ou de la juridiction auprès de laquelle il est admis (art. 3);
- agir de concert avec un avocat local (pour la représentation en justice).

3.4.4. Effets de la libre prestation de services sur le marché intérieur suisse

Outre les conséquences concrètes sur les échanges entre la Confédération et l'Union européenne, l'aboutissement de négociations bilatérales aurait également des conséquences pour le moins importantes sur les échanges à l'intérieur même de la Confédération. Il faut toutefois souligner que ces conséquences «internes» iraient en majeure partie dans le même sens que les dispositions de la nouvelle Loi sur le marché intérieur (LMI), faisant parfois «double emploi».

A. Effets du droit communautaire

A titre d'illustration, l'effet dit de la «discrimination à rebours» pourrait jouer un rôle indirect très important. Le principe en est simple: le droit communautaire, et notamment les dispositions du Traité en matière d'établissement et de libre prestation de services, ne pouvant être appliquée «à des situations purement internes à un Etat membre»¹⁵⁸ et n'ayant absolument aucun élément d'extranéité¹⁵⁹, la libéralisation communautaire favoriserait indirectement les ressortissants des autres Etats par rapport aux ressortissants nationaux au cas où une réglementation interne plus restrictive serait maintenue.

A titre d'exemple, si l'obligation, pour un avocat extra-cantonal, de requérir une autorisation spéciale ou générale de plaider devait être maintenue, elle n'aurait d'effets qu'envers les ressortissants suisses des autres cantons, à l'exclusion des ressortissants européens qui bénéficieraient eux de l'ouverture du marché¹⁶⁰.

Une autre conséquence serait que un avocat d'un autre canton pourrait plus facilement offrir ses services dans un Etat de l'Union que dans un autre canton de la Confédération!

Il en résulte logiquement que, afin d'éviter de désavantager les ressortissants nationaux par rapport aux ressortissants européens, les cantons devraient rapidement adapter leur réglementation et supprimer certaines contraintes formelles.

¹⁵⁸ CJCE, 7 fév. 1979, Knoors, aff. 115/78, Rec. 399; tout récemment: CJCE, 30 nov. 1995, ESSO Española, Aff. C-134/94.

¹⁵⁹ Cf. à ce sujet: GAVALDA/PARLEANI, p. 249 ss, nos 240 ss et 242 ss; GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, p. 106, no 89.

¹⁶⁰ Voir toutefois ci-dessous, lettre B.

Toutefois, il faut souligner ici que le Législateur fédéral a prévu ce cas de figure et l'a résolu dans sa nouvelle Loi fédérale sur le Marché intérieur (LMI), ainsi que nous allons l'examiner ci-après.

B. Effets de la libre prestation de services par rapport aux effets de la LMI

a) On sait que la nouvelle loi a pour but de garantir l'accès libre et non discriminatoire au marché¹⁶¹ pour «*toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse*». Ainsi, si ses objectifs matériels correspondent dans les grandes lignes à ceux du droit européen, son champ d'application personnel est, quant à lui, différent: en effet, le droit européen (et donc l'*acquis communautaire* qui serait notre héritage) ne règle que les situations de fait contenant au moins un *élément d'étranéité*, tandis que la LMI, tout en oeuvrant dans le même sens, ne régit que les situations *purement internes*¹⁶².

Il apparaît ainsi que la LMI est, en quelque sorte, *le complément interne à la Confédération* d'une éventuelle application entre la Suisse et l'Union européenne des principes de la libre prestation de services: elle garantit en effet à «*toute personne le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse*» (art. 2 LMI), et ceci au moyen de la «*reconnaissance (généralisée) des certificats de capacité cantonaux*» (art. 4 LMI).

Ce rôle de «parallèle suisse» ou «d'extension interne» du droit européen attribué à la LMI est par ailleurs confirmé par son article 6, qui énonce que «*toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché, des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux*», tels qu'ils existent déjà avec le Liechtenstein¹⁶³ ou tels qu'ils pourraient exister avec l'Union européenne. C'est la parade idéale au problème de la *discrimination à rebours*¹⁶⁴.

b) La méthode législative utilisée pour *décloisonner* le marché intérieur suisse n'est, pour l'essentiel, rien d'autre qu'une reprise de la méthode européenne, fondée sur le principe «Cassis-de-Dijon» et ayant fait ses preuves au sein de l'Union européenne.

c) Enfin, il semble pour l'instant opportun d'attendre les premières décisions des tribunaux suisses relatives à la LMI: cela permettra de voir quelles solutions choisiront les juges pour fixer le degré de libéralisation, les limites précises de son contenu et son interprétation matérielle. Espérons seulement qu'ils n'oublient pas l'origine «communautaire» du texte,

¹⁶¹ Art. 1; Message, FF 1995 I 1241 ss.

¹⁶² Cf. FF 1995 I 1241.

¹⁶³ FF 1995 I 1242 et 1250.

¹⁶⁴ FF 1995 I 1250, note 27.

son but d'ouverture sur l'Europe et le monde¹⁶⁵ et la volonté affichée par le Législateur de faire en sorte que cette loi soutienne «*les efforts déployés en vue de l'intégration*»¹⁶⁶.

3.5. Le nouveau projet de loi fédérale sur la profession d'avocat

L'idée d'une loi fédérale, déjà plusieurs fois proposée (cf. Introduction), a été suggérée à nouveau par deux fois par la Fédération Suisse des Avocats d'abord sous le titre «Eurolex» (il s'agissait d'adapter l'EEE) et ensuite Swisslex.

Le «projet» Swisslex énonce les principes suivants¹⁶⁷:

- validité dans toute la Suisse des autorisations cantonales de pratiquer (point 3);
- conditions de la reconnaissance de ces autorisations (point 4): licence en droit et stage d'au moins un an avec examen de fin de stage portant sur les connaissances théoriques et pratiques du candidat;
- liberté d'établissement (point 5);
- reconnaissance des diplômes étrangers (point 6);
- surveillance disciplinaire (point 8);
- harmonisation des us et coutumes (point 9).

Un certain nombre de ces souhaits sont déjà réalisés par la LMI qui garantit les points 3 à 5. L'élaboration d'une loi fédérale reste nécessaire pour les points 6 à 9. De l'avis d'une partie de la doctrine, les compétences fédérales sont plus vastes qu'on ne le considère généralement¹⁶⁸.

L'Office fédéral de la justice a repris le flambeau. Suite aux réactions favorables des cantons sur les idées de principe, un projet de loi est en préparation et pourrait être adressé au Parlement en 1997.

L'harmonisation des règles professionnelles devient indispensable alors que les activités intercantionales et internationales deviennent habituelles. Les ordres cantonaux ont commencé le travail en adoptant le code de déontologie de la CCBE qui s'appliquera de plus en plus aussi dans les rapports intercantonaux, oeuvrant ainsi déjà dans le sens d'un rapprochement des us et coutumes des ordres cantonaux.

Il appartient maintenant aux autorités cantonales et fédérales d'améliorer le fonctionnement des mécanismes de surveillance des règles professionnelles (cf. 6.2.2. ci-dessous)¹⁶⁹.

Le législateur fédéral ne pourra éviter d'aborder certains problèmes qui peuvent et doivent être réglés à l'échelon fédéral:

¹⁶⁵ FF 1995 I 1240.

¹⁶⁶ FF 1995 I 1262.

¹⁶⁷ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 271.

¹⁶⁸ Cf. P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz, AJP 5/95, p. 603.

¹⁶⁹ Pour un «postulat» sur les éléments nécessaires de cette loi fédérale sur les avocats, cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 234 ss.

- associations d'avocats (voir 4.1.2. ci-dessous);
- limitation de la responsabilité (voir ci-dessous 5.2.4. A);
- information aux tiers (indication de spécialisation) (voir 4.3.4.).

Ces questions concernent plus l'activité de conseil que celle de représentation des parties en justice; l'autorité fédérale n'a donc plus de raison de se retrancher derrière l'art. 64 Cst. qui réserve l'organisation judiciaire aux cantons. L'art. 31 al. 1 Cst. permet de justifier une intervention fédérale concurrente en particulier lorsque les disparités des règles cantonales créent des distorsions de concurrence.

IV. L'étude d'avocat, une organisation au service du client

4.1. L'organisation de l'étude

4.1.1. La pratique individuelle

En Suisse comme dans les autres pays, (en France, ce n'est que depuis 1954 que la profession peut être pratiquée en association) la majorité des avocats exercent seuls leur profession. Cette situation n'est pas seulement due à une incompatibilité d'humeur, mais surtout à sa fonction. En effet, la fonction de l'avocat consistait d'abord et surtout à agir en qualité de mandataire en justice, au civil comme au pénal; or, dans ce rôle, l'avocat agit généralement seul. On observe aussi que ces praticiens solitaires ont généralement un caractère bien trempé, ce qui donne à penser que la fonction requiert ce caractère; c'est ce que des enquêtes sociologiques ont révélé¹⁷⁰.

La pratique individuelle représente d'une certaine manière le symbole de l'avocat indépendant. Seul, ne devant rendre compte à personne (sauf à sa conscience! et au fisc), l'avocat organise son travail comme il l'entend. Malgré les exigences légales du mandat et des us et coutumes, il dispose d'une très grande marge de manœuvre pour exercer son art: organiser la défense des intérêts de son client.

Cependant, les réalités quotidiennes empêchent le plus souvent l'avocat de profiter longtemps de sa liberté. S'il est seul, et qu'il s'absente quelques jours, il devra veiller à ce que son courrier soit relevé et que les délais de recours soient respectés, même si les férias devraient le mettre à l'abri de ce genre de problème. Même s'il est seul (et qu'il n'est pas un commerçant), l'avocat devra tenir une comptabilité suffisamment claire pour répondre aux exigences du fisc. Il doit aussi établir régulièrement les décomptes de TVA.

4.1.2. La pratique en groupe

Le développement des coûts d'équipement d'une étude et de l'activité de conseil (qui requiert des connaissances toujours plus approfondies et donc spécialisées) ont incité un grand nombre d'avocats à s'associer sous une forme ou une autre.

En comparaison de l'évolution vécue ces trente dernières années dans nos principaux pays voisins, les développements sont restés assez timides

¹⁷⁰ Cf. J. JACOBS, *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York 1992, p. 130 ss; ég. M.A. GLENDON, p. 63 ss, où l'auteur explique en se référant à JACOBS que les deux facettes de l'activité de l'avocat refléteraient la répartition des tâches dans les sociétés primitives: alors que les «raiders» conquéraient de nouveaux territoires ou les défendaient, les «traders», qui n'appréciaient pas les contacts violents, se consacraient à des tâches de gestion. L'avocat plaideur (le barrister) aurait le comportement du «raider», alors que le conseiller juridique (le solicitor) aurait la mentalité du «trader».

en Suisse où rares sont les études qui comptent plus de 20 avocats (y compris les associations intercantonales).

Les changements sont également tout récents en Allemagne, mais on y met rapidement à profit les modifications législatives en créant des «partnerships» entre études situées dans les principales villes du pays. Avec la fusion des professions d'avocat et de conseil juridique, le paysage français a été bouleversé; il comprend maintenant de nombreux cabinets de plus de 50 avocats.

En Angleterre, plusieurs études internationales comptent des centaines d'avocats. La plus grande, Clifford Chance, a dans le monde 1304 avocats, soit presque autant que l'ensemble du barreau zurichois (1340 membres); à Londres même, Clifford Chance compte 899 avocats, soit autant que ceux des barreaux de Berne (424 membres), Bâle-Ville (320 membres) et Bâle-Campagne (90 membres) réunis.

A. Les formes juridiques disponibles

Le droit suisse n'offre pas des structures juridiques particulières pour les personnes qui exercent des professions libérales en groupe; dans plusieurs pays voisins, les réformes législatives récentes ont apporté des possibilités nouvelles. Ainsi, en France, les avocats peuvent notamment choisir:

- La *société civile de moyens* (loi du 29.11.1966), permettant de mettre en commun des éléments utilisables pour la profession d'avocat¹⁷¹.
- La *société civile professionnelle* (loi du 31.12.1971) qui se compose de plusieurs membres dont la personnalité est absorbée par celle de la société qui devient le mandataire du client. La société a un capital social, et est inscrite au registre du commerce. Les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers¹⁷².
- La *société d'exercice libéral* (loi du 31.12.1990), société de type commercial (société anonyme, société à responsabilité limitée, société en commandite par actions) dont le régime a été rendu compatible avec l'exercice libéral des professions visées; la dénomination sociale de la société classique doit être précédée ou suivie de la mention «Société d'exercice libéral»; ces sociétés ne peuvent accomplir aucun acte de la profession si ce n'est par l'intermédiaire d'un de leurs membres ayant qualité pour l'exercer; chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit et la société est solidairement responsable envers le client¹⁷³.

¹⁷¹ Cf. HAMELIN/DAMIEN, p. 43 ss, 45 s.

Il existe peu d'études statistiques sur l'exercice de la profession d'avocat et, lorsqu'elles existent, les données utilisées sont vite dépassées et reflètent mal les mouvements observés pourtant ces dernières années. Un élément intéressant: selon G. HARTSTANG (Anwaltsrecht, Cologne 1991, p. 73), en 1990, les 60 plus grandes études allemandes réalisaient 10% du chiffre d'affaires des 60000 avocats allemands.

¹⁷² *Id.*, p. 48 ss.

¹⁷³ *Id.*, p. 61 ss.

- La *société en participation*, qui ne crée pas une nouvelle personne morale, mais permet un meilleur traitement fiscal que l’association¹⁷⁴.

En Allemagne, le législateur a adopté le 25 juillet 1994 une nouvelle loi intitulée *Partnerschaftsgesellschaftsrecht*¹⁷⁵.

Contrairement à leurs confrères étrangers, les avocats suisses n’ont pas eu besoin de chercher des formes particulières d’association pour des raisons fiscales puisqu’ils bénéficient déjà, dans le système actuel des sociétés simples – comme dans la pratique individuelle d’ailleurs – des possibilités de déductions fiscales (amortissements) offertes aux sociétés. Néanmoins, en l’état, les avocats suisses en sont réduits à utiliser les formes juridiques existantes.

a) La société simple

C’est la forme la plus utilisée et la plus souple puisqu’elle permet de s’adapter à des situations très variables. Les avocats qui s’associent en société simple peuvent ainsi limiter leur association à un simple partage des frais généraux ou au contraire l’étendre jusqu’à un partage des honoraires selon une clé de répartition fixée par le contrat d’association.

Dans notre pays, la discréption reste encore de mise sur ces questions, comme elle l’était aussi à l’étranger, mais il y a quarante ans¹⁷⁶. Les informations s’échangent sous nos latitudes par tradition orale plutôt que par voie de publication¹⁷⁷.

b) La société en nom collectif?

Cette forme juridique ne semble pas être utilisée en Suisse. Elle impliquerait une inscription au registre du commerce (avec effet constitutif si l’on considère que la société n’exploite pas une industrie en la forme commerciale; art. 553 CO). Elle aurait alors une raison sociale (art. 552 CO) qui serait protégée localement (art. 951 CO), mais qui devrait être modifiée lorsqu’un associé cesse de faire partie de la société (art. 948 CO).

De l’avis de la doctrine, le choix de cette forme de société personnelle serait possible¹⁷⁸. Le Tribunal administratif zurichois est d’avis qu’il ne saurait être question qu’une société en nom collectif puisse exercer

¹⁷⁴ *Id.*, p. 64.

¹⁷⁵ BGBI I 1994, p. 1744.

¹⁷⁶ Cf. GALANTER/PALAY, p. 68: «When Smigel studied Wall Street lawyers in the late 1950s he encountered a massive institutionalized reticence. Information about partnership agreements, finances, relations with clients, even their identity, was taboo. Older and conservative lawyers, he reported, thought of their organizations in much the same manner as clergymen think of the church – as an institution that should not be studied.»

¹⁷⁷ A titre de comparaison, les diverses méthodes de répartition du «gâteau» sont exposées par R.J. GILSON/R.H. MNOKIN, *Sharing Among the Human Capitalists: An Economic Inquiry into the Corporate Law Firm and How Partners Split Profits*, 37 Stanford Law Review 313 (1985).

¹⁷⁸ Cf. H. BRUNNER, *Die Anwaltsgemeinschaften*, th. Fribourg 1977, p. 105.

l'activité d'un avocat¹⁷⁹. Même si la société en nom collectif n'est pas la forme la plus adaptée à la pratique d'une étude (notamment en raison des règles relatives à la raison sociale), les motifs de l'autorité administrative ne sont pas convaincants.

c) La société anonyme?

La «Permanence juridique», un service que des avocats avaient voulu offrir sous forme d'une société anonyme, avait défrayé la chronique à Genève il y a une vingtaine d'années.

Pour un juriste suisse, l'organisation d'une étude sous cette forme juridique serait incompatible avec diverses exigences professionnelles, dont celle de la responsabilité personnelle de l'avocat. Le statut de la société anonyme suisse ne saurait évidemment être utilisé tel quel.

Néanmoins, le développement des études qui pratiquent essentiellement le conseil juridique requiert la mise en commun d'importants moyens matériels. C'est pourquoi plusieurs pays étrangers (le Danemark, la France, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas)¹⁸⁰ ont aménagé des formes de *sociétés de capitaux* pour l'exercice des professions libérales.

B. Les associations interdisciplinaires

Des avocats peuvent-ils s'associer avec des praticiens d'autres professions (comptables, conseillers financiers, psychologues)?

Malgré la recommandation faite par le CCBE aux ordres des pays membres de l'Union européenne de ne pas admettre ce genre d'associations, celles-ci font leur apparition dans de nombreux pays¹⁸¹. Toutefois, la proposition de directive sur la profession d'avocat prévoit, lorsqu'une étude entend exercer hors de son pays d'établissement, que «*l'Etat membre d'accueil qui interdit l'exercice de la profession d'avocat au sein d'un groupe contrôlé par des personnes extérieures à la profession peut refuser à un avocat inscrit sous son titre professionnel d'origine d'exercer sur son territoire en qualité de membre de son groupe si le pouvoir de décision dans ce groupe est exercé majoritairement par des personnes n'ayant pas la qualité d'avocat*»¹⁸².

¹⁷⁹ Cf. Steuerentscheid 1996 ZH, A 24.32 Nr 2; cette décision du 27.9.1995 fait l'objet d'un recours de droit public.

A titre de comparaison, pendant que nos tribunaux en sont encore à débattre ce genre de question, en Allemagne, on discute de la bonne méthode d'allocation des bénéfices d'une étude internationale entre les différents pays concernés, cf. D. ENDRES/H. DEBATIN, Taxation of International Law Firms in Germany, in: Tax Planning, International Review, vol. 23, Nr. 1, 1996, p. 8 ss.

¹⁸⁰ Cf. J. NERLICH, Multinationale und transnationale Anwaltssozietäten in Europa, in: Anwaltliche Tätigkeit in Europa, M. HENSSLER/J. NERLICH, éd., Bonn 1994, p. 53 ss.

¹⁸¹ Cf. H.-U. WILSING, Gemischte Sozietäten zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern in Europa, in: Anwaltliche Tätigkeit in Europa, p. 83 ss.

¹⁸² Cf. proposition directive, Art. 11 al. 5.

En Suisse, les réglementations dans les cantons sont divergentes:

- a) Certaines lois cantonales règlent très strictement la question en excluant non seulement l'association mais même le partage des locaux avec des personnes exerçant une autre activité professionnelle¹⁸³.
- b) A Zurich, les Us et coutumes ont été modifiés en 1989 pour permettre ce genre d'association; le règlement de l'Ordre précise simplement que dans les contacts avec le public (papier à lettres, annonces, etc.) il convient d'indiquer clairement la profession exercée par les associés qui ne sont pas avocats¹⁸⁴.

L'Ordre des avocats lucernois a également récemment biffé de ses Us et coutumes l'interdiction de s'associer avec d'autres professions, expliquant que l'interdiction antérieure n'est plus adaptée à notre temps¹⁸⁵.

Des associations de ce genre peuvent porter atteinte à deux éléments essentiels de la profession: l'indépendance et le secret professionnel. L'indépendance ne peut être préservée que si les avocats membres de l'association en gardent le contrôle; quant au secret professionnel, FELLMANN et SIDLER précisent simplement que son respect doit être garanti¹⁸⁶; mais ils n'expliquent pas comment cette protection du secret professionnel peut être assurée. On ne voit pas très bien, dans le cas de l'association avec d'autres professions, comment l'avocat pourrait garantir que son associé n'a pas accès à ses dossiers¹⁸⁷.

4.2. *La présentation de l'étude*

4.2.1. Le nom de l'étude

A. Position du problème

L'avocat pratique sous son nom. Lorsque deux avocats s'associent, ils peuvent – mais ne doivent pas – faire figurer leurs deux noms sur le papier à lettre. Avec l'augmentation du nombre des associés, il n'est plus possible de faire figurer tous leurs noms dans le nom de l'étude. Au fur et à mesure de son développement, l'étude devient connue sous un nom choisi qui, selon les circonstances, comprend le nom d'un seul, de deux ou de plusieurs associés. Lorsque l'associé dont l'étude porte le nom se retire après avoir contribué à ce développement pendant souvent des dizaines d'années, il serait regrettable de retirer le nom de cet associé du nom de l'étude puisque ce nom a acquis une valeur. (L'étude en elle-même – et pas seulement son nom – représente une valeur patrimoniale qui peut être cédée. Même à son époque d'avant les réformes, le droit français connaît

¹⁸³ Cf. art. 11 loi genevoise sur la profession d'avocat; art. 5 al. 4 loi vaudoise sur le barreau.

¹⁸⁴ Cf. Règlement VI § 5.2. de l'Ordre des avocats zurichoises.

¹⁸⁵ Cf. Art. 19 des Us et coutumes de Lucerne, cf. FELLMANN/SIDLER, p. 15 et 46.

¹⁸⁶ FELLMANN/SIDLER, p. 15.

¹⁸⁷ Cf. déjà la même problématique pour l'avocat salarié, ci-dessus 1.3.1. f.

sait cette possibilité de transfert d'étude. Le droit allemand – qui précise pourtant à l'article premier de la loi que l'exercice de la profession n'est pas une «Gewerbe» – admet également cette cession.) Or, juridiquement – puisque l'avocat pratique sous son nom – ce nom devrait disparaître (même si l'association est une société en nom collectif, sauf si l'exception de l'art. 948 al. 2 CO est donnée).

B. Mesures de protection du nom

a) Maintien du nom de l'étude

Face à cette situation, certains ordres cantonaux ont élaboré des solutions pragmatiques permettant de maintenir le nom d'une étude¹⁸⁸.

Ces règles, qui ont pour but de protéger le public contre l'usage d'appellations qui pourraient être trompeuses ou incompatibles avec la dignité de la profession, ne seraient pas nécessaires – et surtout auraient un effet obligatoire pour tous les avocats et non seulement les membres de l'ordre – si notre système juridique offrait aux avocats une structure de société adaptée à leur situation.

En attendant que de telles règles existent, les avocats continueront à protéger le nom de leur étude en invoquant les règles contre la concurrence déloyale et, dans les relations internationales, celles sur la protection du nom commercial (art. 8 Convention de l'Union de Paris).

b) Enregistrement du nom comme marque de service

Un homonyme peut être déposé comme marque et la marque de service est maintenant admise en Suisse¹⁸⁹. Rien ne semble donc s'opposer à ce qu'une étude d'avocats puisse enregistrer son nom comme marque; elle peut d'ailleurs ajouter au nom un sigle ou un logo et obtenir ainsi la protection de cette marque (cet ensemble de signes) pour toute la Suisse (à noter que, selon la nouvelle loi sur les marques, c'est le dépôt de la marque qui donne la priorité à la marque et non plus le premier usage).

Un avocat portant le même nom qu'une marque enregistrée doit certes pouvoir pratiquer sous son nom, mais il devra alors veiller à ce que son papier à lettres permette de le distinguer de la marque enregistrée.

Un jeune avocat ne pourrait pas tirer parti de la célébrité de son patronyme en déposant une marque limitée au nom de famille. Le Tribunal fédéral a exigé que Paul Kübler, frère de Ferdy, qui voulait commercialiser des vélos, fasse précéder son nom de son prénom, du moins de son initiale, afin d'éviter au public un risque d'erreur¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Voir Circulaires et décisions du conseil de l'ordre des avocats de Genève, Art. 32, p. 12 à 14.

¹⁸⁹ Art. 1 al. 1 LPM.

¹⁹⁰ ATF 77 I 77 = JdT 1952 I 62.

Si une marque a été déposée avec le nom de deux associés et que par la suite l'un de ces associés quitte l'étude, la marque pourrait être considérée comme déceptive¹⁹¹.

4.3. *Information au public (publicité)*

4.3.1. L'interdiction de la publicité

Selon un usage largement reconnu, «*l'avocat s'interdit toute publicité*» (ch. 12 des Us et coutumes du Barreau fribourgeois). Les règles relatives à la publicité figurent soit dans les us et coutumes des ordres cantonaux, soit dans les lois cantonales sur l'exercice de la profession d'avocat. Certaines lois cantonales contiennent une interdiction expresse de la publicité (Jura, Tessin, Vaud, Genève, Berne, Argovie, St-Gall, Zurich, Bâle-Campagne, Appenzell R-E). D'autres s'en tiennent à une clause générale sur la dignité de la profession ou le respect des us et coutumes (Bâle-Ville, Grisons, Glaris, Fribourg, Neuchâtel, Valais, Uri, Appenzell R-I, Lucerne, Nidwald, Schaffhouse, Schwyz, Thurgovie et Zug). Soleure et Obwald n'ont aucune règle à ce sujet. Cette interdiction n'est toutefois pas absolue et souffre quelques exceptions très restrictivement énumérées: l'avocat peut annoncer dans la presse (les Us et coutumes de Fribourg précisent que des avis ne peuvent paraître que dans la presse «régionale») ou par l'envoi d'avis:

- l'ouverture ou le transfert de son cabinet;
- la modification de son patronyme;
- l'entrée ou le départ d'un collaborateur ou d'un associé.

Les règles professionnelles déterminent non seulement les cas dans lesquels une annonce peut être publiée; elles en fixent aussi le contenu (il ne doit indiquer que son adresse professionnelle, ses numéros d'appels en matière de télécommunications, sa qualité d'avocat et, s'il y a lieu, ses titres), la forme (format raisonnable ou usuel) et le nombre de parutions (en général au maximum trois fois).

L'avocat doit s'imposer la plus grande retenue dans ses rapports avec la presse; il lui est interdit de donner des conférences de presse ou de faire des communications à la presse sauf si l'intérêt de son client l'exige et si le bâtonnier l'y a autorisé.

Les us et coutumes énoncent également en général des règles strictes sur les inscriptions qui peuvent figurer sur le papier à lettres ou dans les annuaires téléphoniques ou professionnels.

Toutes ces règles découlent du caractère libéral de la profession et de la dignité exigée de l'avocat dans l'exercice de sa profession. Ces restrictions sont en principe toujours applicables en Suisse. Depuis une vingtaine d'années, cependant, le besoin s'est fait sentir:

- d'informer les confrères en s'inscrivant dans des annuaires;

¹⁹¹ K. TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome I, Bâle 1992, p. 181 s.

- d'informer son ordre, ses confrères et le public de ses connaissances linguistiques et de ses domaines d'activités de prédilection;
- d'informer les tiers de l'organisation de l'étude.

4.3.2. Le droit d'informer le public

N'y a-t-il pas un droit de communiquer certaines informations au public? L'avocat qui se verrait sanctionné par l'autorité cantonale de surveillance pour violation des règles sur la publicité peut-il invoquer le droit constitutionnel garantissant la liberté d'expression?

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, seule une activité en vue d'un but idéal peut bénéficier de la liberté d'expression; cette garantie n'est pas accordée à celui qui poursuit un but commercial¹⁹². Il en va de même pour la liberté de la presse. La publicité commerciale ou les communications ayant un effet publicitaire sont par contre protégées par la liberté du commerce et de l'industrie¹⁹³.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est différente sur ce point puisqu'elle a maintenant clairement constaté que l'art. 10 CEDH garantit la liberté d'expression à toute personne sans distinguer selon la nature, lucrative ou non, du but recherché¹⁹⁴.

Mais des restrictions peuvent être apportées à l'exercice d'un droit constitutionnel. Que l'information soit fondée sur la liberté d'expression ou la liberté du commerce et de l'industrie, dans les deux cas, la restriction sera justifiée si elle repose sur une base légale suffisante et qu'elle est appliquée en respectant le principe de proportionnalité¹⁹⁵.

Cependant, la doctrine et la jurisprudence soulignent l'exigence d'une base légale¹⁹⁶. A ce sujet, on peut douter que le renvoi de certaines lois cantonales aux us et coutumes constitue une base suffisante¹⁹⁷.

¹⁹² ATF 100 Ia 453; 96 I 588.

¹⁹³ J.-P. MÜLLER, Liberté d'expression, n. 8, in Commentaire constitution fédérale, vol. III.

¹⁹⁴ Cf. ACEDH Casado Coca c/Espagne du 24.2.1994, Série A 285.

¹⁹⁵ Et la Cour de considérer que la restriction est justifiée si elle a pour but la protection de la dignité de l'avocat même si des entreprises commerciales telles que les compagnies d'assurance ne subissent pas de restrictions à la publicité de leurs services de conseil juridique. En effet:

«De l'avis de la Cour, on ne saurait les comparer à un avocat exerçant à titre libéral. Son statut spécifique le place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaire entre le justiciable et les tribunaux, ce qui explique à la fois les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau et les pouvoirs de surveillance et de contrôle dévolus aux conseils des différents Ordres.» Id., considérant 54.

¹⁹⁶ Th. COTTIER, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlagen, th. Berne 1983, p. 145.

¹⁹⁷ C. BERNHART, Werbung der Rechtsanwälte – Ansätze für verfassungsrechtliche Neubewerbung, in: Plädoyer 1/93, p. 32 ss, 39: «Eine allgemeine Bestimmung über gewissenhafte und würdevolle Berufsausübung genügt den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage nicht.»

Il est également intéressant de constater que le Tribunal fédéral ne fait qu'examiner si les restrictions apportées par les cantons sont compatibles avec les droits constitutionnels invoqués et que son examen se limite même parfois à l'arbitraire¹⁹⁸. Aucun jugement n'est porté sur le contenu de la règle professionnelle elle-même. Autrement dit, des réglementations cantonales plus libérales pourraient être adoptées sans violer le droit fédéral (encore inexistant en la matière)¹⁹⁹.

Un coup d'oeil sur ces règles cantonales offre un panorama diversifié²⁰⁰. Ces différences dans l'approche du problème ne sont favorables ni pour le client, ni pour l'avocat. A l'heure d'Internet et du marché intérieur suisse, les règles adoptées à des époques où les marchés cantonaux restaient cloisonnés ne sont plus du tout adaptées. Une harmonisation des règles relatives à la publicité est nécessaire pour permettre au public d'être informé convenablement au moment du choix d'un mandataire.

Les disparités cantonales sont également gênantes lorsqu'il faut prendre des sanctions dans un canton pour des comportements jugés illicites dans d'autres cantons²⁰¹.

D'une manière assez surprenante, il est rarement question d'un moyen publicitaire pourtant largement utilisé dans nos cantons: la politique²⁰².

4.3.3. Le contenu des informations

Longtemps, on a affirmé que toute information autre que celles exceptionnellement et expressément prévues par les règles professionnelles (annonce de l'ouverture de l'étude, p. ex.) était synonyme de réclame, c'est-à-dire de publicité tapageuse et donc illicite.

Depuis quelques années (l'exemple venant de l'étranger mais pas seulement des Etats-Unis), cette conception fait place aux exigences légitimes d'informations. Il s'agit dès lors de déterminer les pratiques qui sont admissibles.

L'avocat peut-il éditer *une brochure* présentant son étude et ses associés, les domaines de prédilection de chacun des associés, les publications des avocats de l'étude, indiquant les noms des principaux clients, des associations auxquelles appartiennent les avocats, les adresses des succursales, la liste des pays ou des villes dans lesquels l'étude a des correspondants? De telles informations doivent-elles être admises? Sont-elles utiles pour le public?

¹⁹⁸ ATF 96 I 36.

¹⁹⁹ U. BAUMGARTNER, Werbeverbot für Anwälte in den USA und in der Schweiz, RSJ 76/1980, p. 357 ss, 358, n. 12.

²⁰⁰ Cf. L'Avocat suisse 145/1993.

²⁰¹ Cf. ci-dessous, 6.2.3. B.

²⁰² P. WEGMANN, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, th. Zurich 1969, p. 260; W. SALZMANN, p. 272.

Certaines informations fréquentes dans les pays anglo-saxons (noms des principaux clients avec parfois le montant des honoraires facturés) ne sont pas près d'être admises chez nous.

Pour apprécier l'admissibilité d'autres informations, le cercle des destinataires importera: ainsi une brochure présentant les avocats de l'étude ou une circulaire d'informations sur certains domaines juridiques constitueront un moyen de publicité illicite si elles sont envoyées à des tiers qui ne sont pas déjà clients de l'étude²⁰³.

4.3.4. L'indication des domaines de préférence

La question la plus discutée en Suisse ces dernières années est celle de l'indication des spécialités. Il est préférable de parler de domaines de préférence plutôt que de spécialités. Il n'existe en effet en Suisse aucun moyen objectif de contrôler si un avocat est un spécialiste dans les domaines qu'il indique lui-même. Par contre, en France²⁰⁴ et en Allemagne²⁰⁵, un avocat ne peut se prévaloir d'une spécialité qu'après avoir passé un examen et justifié d'une pratique professionnelle d'une certaine durée dans la spécialité.

En donnant des domaines de préférence, un avocat ne devrait pas indiquer des domaines dans lesquels il souhaiterait recevoir des mandats, mais bien les domaines dans lesquels il pratique le plus souvent (ce qui explique qu'il a acquis une certaine expérience dans ces domaines).

²⁰³ Cf. les normes adoptées le 4.7.1991 par le Conseil des ordres des avocats de Catalogne, citées dans l'affaire Coca, c. 28; cf. n. 194.

²⁰⁴ En France, on a considéré que l'indication des spécialités pouvait se justifier comme une information nécessaire au public. Le garde des Sceaux, sur proposition du Conseil national des barreaux, a fixé la liste des spécialisations aux branches suivantes: droit des personnes, droit pénal, droit immobilier, droit rural, droit de l'environnement, droit public, droit de la propriété intellectuelle, droit commercial, droit des sociétés, droit fiscal, droit social, droit économique, droit des mesures d'exécution, droit communautaire, droit des relations internationales, cf. HAMELIN/DAMIEN, p. 334.

L'avocat ne peut en faire état que s'il peut justifier d'une pratique professionnelle continue dans cette spécialité d'une durée d'au moins deux ans, pratique sanctionnée par un contrôle des connaissances et attestée par un certificat délivré par un centre régional de formation professionnelle.

²⁰⁵ En Allemagne, depuis 1992 (RAFachBezG du 27.2.1992, BGBI I, 369), les avocats peuvent aussi faire état de spécialisations mais dans un nombre plus restreint de domaines (droit administratif, droit fiscal, droit du travail et droit social) et pour autant qu'ils aient pu justifier dans ces domaines de connaissances théoriques et pratiques bien supérieures au niveau usuel (cf. H. FENGE/B. CRAMER-FRANCK/Th. WESTPHAL, Germany, in: International Journal of the Legal Profession, 2/1995, Special issue: Legal Education and Training in Europe, p. 95 ss, 106). L'extension des spécialisations à d'autres domaines (droit de la famille, droit pénal, droit européen) est actuellement discutée. Si des spécialisations sont reconnues dans des domaines aussi habituellement pratiqués par l'avocat généraliste, on en viendra à se demander – comme les médecins! – s'il ne faudra pas introduire la spécialité «d'avocat généraliste»!

En Suisse, les pratiques sont encore très divergentes²⁰⁶:

- De nombreux ordres cantonaux n'ont pas examiné le problème.
- D'autres (VD) ont refusé que les avocats indiquent des domaines d'activités.
- D'autres ordres (ZH, BE, BS, AG, LU, SZ, SO, SG) ont établi des annuaires faisant état des domaines de prédilection; mais ces informations ne figurent pas dans l'annuaire de la Fédération suisse des avocats, alors que le public peut se procurer les annuaires des ordres cantonaux.

De telles disparités dans les pratiques ne semblent plus raisonnables après l'adoption de la loi sur le marché intérieur. Avec l'ouverture des frontières cantonales, une plus grande information, accessible aux clients, est dans leur intérêt²⁰⁷.

²⁰⁶ Ces pratiques sont exposées dans *l'Avocat suisse*, 145/1993, p. 6 et 7.

²⁰⁷ Dans ce sens, L. DAVID, *Transparenz und Werbung*, in: *L'avocat suisse*, 160/1996, p. 17 ss.

V. Les obligations de l'avocat

Dans l'exercice de son mandat, l'avocat doit respecter de nombreuses obligations²⁰⁸; les remarques qui suivent sont limitées d'abord à l'étendue de l'obligation de bonne et fidèle obligation du mandat, en particulier du devoir de diligence, et, ensuite, au secret professionnel.

5.1. *Le devoir d'indépendance*

L'indépendance a été décrite ci-dessus (cf. 1.3.1.) comme un élément indispensable de l'exercice de la profession. Il n'est donc pas nécessaire d'y revenir si ce n'est pour souligner que l'indépendance doit exister non seulement lorsque l'avocat ouvre son étude ou commence à pratiquer, mais évidemment à chaque moment de l'exercice de sa profession.

L'indépendance sera notamment menacée chaque fois que l'avocat se trouvera face à un conflit d'intérêts. Les règles des us et coutumes rappellent constamment aux avocats qu'ils doivent être attentifs à ce genre de situations et refuser d'entrer en matière lorsqu'un conflit d'intérêts existe²⁰⁹.

5.2. *La bonne et fidèle exécution du mandat*

5.2.1. Le principe

L'activité de l'avocat est régie par les règles du mandat (art. 394 ss, 97 ss et 42 ss CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO).

L'activité particulière de l'avocat qui donne un avis de droit, s'engageant à livrer un résultat objectivement déterminable et soumis à garantie, relève de la responsabilité de l'entrepreneur (art. 367 ss CO), et ne sera pas traitée²¹⁰.

²⁰⁸ Cf. FELLMANN, Commentaire, p. 374 ss., n. 16 à 177.

²⁰⁹ A nouveau, on constate que les avocats au barreau sont soumis à des règles strictes dont la violation les expose à des sanctions alors que les avocats employés par les compagnies d'assurances protection juridique conseillent les assurés de ces assurances alors qu'ils sont manifestement en plein conflits d'intérêts: «On imagine mal une assurance-maladie administrer elle-même les premiers soins à ses assurés et décider pour eux de l'opportunité de consulter un médecin. C'est pourtant ainsi que fonctionnent les assurances de protection juridique!» C. PERRET-SCHIAVI/R. SCHUMACHER, Diener zweier Herren, in: Plädoyer 1/1994, p. 8 ss.

²¹⁰ On considère parfois que l'activité de l'avocat est régie pour partie par les règles du mandat, pour partie par les règles du contrat d'entreprise selon son activité; ainsi, lorsqu'en cours d'exécution d'un mandat, il effectue un acte de procédure, il serait soumis au contrat d'entreprise parce qu'il peut garantir un résultat. Ce partage de la qualification juridique semble inutile. Durant toute la procédure, l'avocat est soumis au mandat; si des actes – de procédure par exemple – sont faciles à réaliser, le degré de diligence requis – selon les règles du mandat – sera d'autant plus élevé et tout manquement de l'avocat pourra alors être considéré comme une inexécution du mandat.

Les us et coutumes du barreau jouent un rôle *normatif* en ce qui concerne les tâches, les devoirs et les droits de l'avocat, en particulier dans ses relations avec ses clients. Ces règles déontologiques, d'essence coutumière, sont souvent consacrées plus ou moins explicitement dans les lois cantonales régissant le barreau. Elles donnent aussi la mesure (étendue, contenu) des obligations contractuelles de l'avocat comme mandataire²¹¹, et contribuent ainsi à qualifier la faute professionnelle.

D'une manière générale, la situation juridique de l'avocat mandataire vis-à-vis de son client peut être résumée comme suit:

- a) Lié à son client par un mandat, l'avocat est tenu à une bonne et fidèle exécution de ses obligations (art. 398 al. 2 CO).
- b) Sa responsabilité est soumise aux mêmes principes que celle du travailleur (art. 398 al. 1 CO). Il répond du dommage causé à son mandant intentionnellement ou par négligence (art. 321e al. 1 CO).
- c) En tant que mandataire, l'avocat a envers son client une obligation de moyens et non de résultat, en d'autres termes, il ne promet pas un résultat mais une activité tendant à un résultat. S'il ne promet pas un résultat, c'est parce qu'il ne dispose pas de tous les éléments susceptibles de l'atteindre. S'il promet une activité tendant à un résultat, c'est parce qu'il détient des moyens permettant d'espérer un résultat, ou un certain résultat, sans être en mesure de le garantir. Finalement, l'avocat s'engage seulement à exécuter le mandat avec attention, compétence et promptitude. Il a un devoir général de diligence²¹².

La violation de ce devoir constitue une inexécution du mandat qui transforme ex lege l'obligation du mandataire d'exécuter le contrat en une prétention du mandant à des dommages-intérêts. Cette action compense l'intérêt positif du client à l'exécution du mandat («Erfüllungsinteresse», art. 97 al. 1 CO). La responsabilité civile de l'avocat apparaît donc comme la sanction principale attachée à la violation de son devoir de diligence²¹³.

5.2.2. Le préjudice

Pour la doctrine dominante, c'est le dommage positif consécutif à l'inexécution du mandat qui est réparable, c'est-à-dire l'intérêt à l'exécution du contrat²¹⁴. L'indemnisation couvre principalement la valeur de la perte patrimoniale résultant de l'insuccès de l'affaire, étant noté que le montant du dommage atteint rarement la compensation totale de l'intérêt pécu-

²¹¹ Cf. P. ENGEL, Contrats de droit suisse, Berne 1992, p. 457.

²¹² Cf. P. WESSNER, La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence, RJN 1986, p. 17.

²¹³ Cf. P. WESSNER, p. 17.

²¹⁴ Cf. W. FELLMANN, Commentaire bernois, ad art. 398 CO (1992), p. 426, n. 211 ss.

niaire qu'avait le client au gain du procès²¹⁵. Ainsi que le relève WERRO²¹⁶, la doctrine s'intéresse peu à la théorie des dommages-intérêts et les juges ne révèlent guère les motifs de leurs décisions.

Partant du principe que le mandant a droit à la réparation du dommage résultant de la non-exécution du contrat, FELLMANN explique que le mandataire peut objecter (et tenter de prouver) que le résultat escompté ne se serait malgré tout pas produit même si le contrat avait été exécuté correctement. De plus, il est possible que la procédure probatoire ne permette pas de déterminer clairement l'étendue du dommage; c'est alors la perte de chance qui peut être compensée²¹⁷.

Selon WERRO²¹⁸, le mandataire – qui par définition n'a qu'une obligation de moyens – ne peut être tenu de réparer qu'une perte de chance, définie comme la perte qui résulte d'une faute certaine ayant pour effet de supprimer la chance d'obtenir un avantage aléatoire. Autrement dit, cette perte compensée par une somme d'argent correspond à la valeur de la probabilité qu'avait le lésé d'obtenir un avantage²¹⁹. A noter que si la chance d'obtenir le résultat peut être estimée à 100%, la faute ferait donc perdre au mandant toutes ses chances d'obtenir le résultat; il aurait droit à une réparation totale du dommage.

En droit français, il a été jugé que si la perte procède d'une préemption ou d'une déchéance du droit, due au manque de diligence du mandataire, le taux des chances perdues doit être fixé à 100%²²⁰.

En droit américain, le mandant ne peut exiger que la compensation de son *reliance interest*, soit l'intérêt qui naît de la confiance fondée sur l'existence du contrat²²¹.

En droit suisse²²², l'avocat qui néglige d'ouvrir action dans le délai légal ne répond d'un dommage que si l'on peut admettre (il appartient au juge saisi d'en soupeser les chances) que le client aurait gagné son procès.

Le client doit prouver avoir subi un préjudice. Cette preuve est souvent difficile à rapporter:

- D'une part, toutes les affaires n'impliquent pas des intérêts pecuniaires. A défaut de diminution patrimoniale, le dommage est difficilement démontrable, du moins en ce qui concerne l'intérêt positif²²³.

²¹⁵ Cf. P. WESSNER, p. 20 et réf.; cf. W. FELLMANN, Commentaire, p. 426 s.

²¹⁶ F. WERRO, Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, th. d'habilitation, Fribourg, 1993, p. 338, n. 1006.

²¹⁷ W. FELLMANN, Commentaire, p. 426, n. 211 à 218.

²¹⁸ F. WERRO, p. 338 ss.

²¹⁹ Cf. F. WERRO, p. 341, n. 1015, 1020.

²²⁰ Gazette du Palais, 1984, n. 1022, citée par F. WERRO, p. 348 n. 1028.

²²¹ Cf. F. WERRO, p. 334, n. 997 et p. 338 ss, n. 1006 ss.

²²² ATF 87 II 364 = JdT 1962 I 363.

²²³ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, p. 428, n. 221, qui remarque que dans le cas, par exemple, où l'avocat chargé de déposer plainte pour diffamation laisse passer le délai, le mandant devra au moins être en droit de faire valoir l'intérêt négatif.

- D'autre part, même si le mandat porte sur la défense d'intérêts pécuniaires, le client doit encore établir que, si l'avocat avait agi avec diligence, ses droits auraient été reconnus et qu'il n'aurait pas subi de ce fait une diminution patrimoniale. Cette preuve est difficile puisque le mandataire promet d'exécuter une activité le plus souvent aléatoire et qu'il ne répond en principe pas de l'insuccès.

Le juge est dès lors dans la situation de devoir analyser les chances de succès du procès qui n'a pas été mené à terme normalement ou qui n'a pas été introduit à temps par l'avocat. Il incombe au client de démontrer les chances de gain du procès au fond avec une très grande vraisemblance²²⁴, les critères n'étant pas aussi larges qu'en matière d'assistance judiciaire²²⁵. Autrement dit, le Tribunal saisi doit trancher d'abord sous forme d'une question préliminaire le problème qui aurait dû être résolu sans la violation de devoir qui a donné lieu à l'action en responsabilité²²⁶. A noter que si l'action est fondée sur le non-respect d'un délai de recours à la suite d'un jugement défavorable au client, celui-ci pourrait se voir contraint d'introduire action en responsabilité devant le même tribunal qui ne pourrait que rejeter l'action puisqu'il avait rendu un jugement défavorable à cette partie. C'est alors la Cour d'appel qui, dans la procédure en responsabilité, devra examiner préliminairement si elle aurait admis au fond le recours qui ne lui avait pas été soumis en raison de l'oubli du délai de recours. Afin d'éviter le passage inutile en première instance, les parties pourraient convenir d'une prorogation de for²²⁷. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 42 al. 2 CO), tant pour déterminer le lien de causalité que pour fixer le montant du dommage²²⁸.

Le préjudice n'est indemnisable que s'il est en rapport de causalité adéquate avec la violation du devoir de diligence, et non pas avec l'insuccès de l'affaire. La preuve en incombe au mandant, mais une vraisemblance prépondérante suffit²²⁹.

5.2.3. Le devoir de diligence

A. Notion concrète et objective

En sa qualité de mandataire, l'avocat est tenu envers son client d'une bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO) et répond du dommage qu'il cause intentionnellement ou par négligence en violant son devoir de diligence (art. 321 e CO par renvoi de l'art. 398 al. 1 CO).

²²⁴ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, ad art. 398 CO, p. 427, no 215.

²²⁵ Cf. P. WESSNER, p. 20.

²²⁶ ATF 87 II 364 ss, 373 avec références à la doctrine française et à la doctrine allemande.

²²⁷ SJ 1979, p. 414 ss; JdT 1978 III 110.

²²⁸ Cf. P. WESSNER, p. 20 s.

²²⁹ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, p. 428, n. 222; p. 494, n. 461; cf. ég. P. WESSNER, p. 21 et réf.

Cette responsabilité s'apprécie toujours d'une manière concrète, de cas en cas, d'après les exigences du contrat, la nature de l'affaire et les circonstances de l'exécution²³⁰.

L'exécution du contrat de mandat est qualifiée de défectueuse lorsque le mandataire a violé son devoir de diligence tel qu'il s'imposait dans les circonstances de l'espèce. Le manquement s'analyse comme la violation d'une norme de comportement définie objectivement par la doctrine et la jurisprudence.

B. L'étendue du devoir de diligence de l'avocat

L'avocat doit conduire son activité d'après les règles généralement reconnues et pratiquées. Ce comportement du mandataire diligent peut être précisé comme suit:

a) En général

Il doit:

- conduire son activité d'après les règles généralement reconnues et pratiquées;
- prendre tout le soin imaginable afin que tous les désavantages évitables pour le mandant soient effectivement évités²³¹, tout en n'entretenant aucune démarche qui serait immanquablement considérée par le juge (lors de la fixation de la liste de frais ou en modération) comme un luxe de précaution inutile!;
- connaître les lois applicables dans le cas pour lequel l'avocat est consulté; au vu des difficultés rencontrées par l'administration fédérale ces dernières années dans la mise à jour du recueil systématique du droit fédéral, la recherche du droit fédéral applicable n'est pas toujours chose aisée. Il en va de même pour le droit cantonal lorsque l'administration ne publie pas un recueil systématique ayant force obligatoire (et effet négatif: abrogation des lois qui n'y figurent pas); qu'en sera-t-il du droit européen si les négociations bilatérales aboutissent?
- connaître la jurisprudence publiée dans un délai de quelques semaines, voire de quelques mois dès sa publication²³²;
- connaître la littérature standard.

b) Lors d'une consultation

L'avocat n'accepte pas un mandat qui dépasse ses aptitudes. S'il n'est pas en mesure de travailler consciencieusement en raison d'une surcharge de travail, il doit soit se décharger, soit refuser le nouveau mandat²³³. Lorsque des connaissances spéciales sont nécessaires et que le praticien «moyen»

²³⁰ P. WESSNER, p. 26.

²³¹ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, p. 479, n. 407.

²³² Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 409; P. WESSNER, p. 29.

²³³ Cf. P. WESSNER, p. 26; W. FELLMANN, Commentaire, n. 410 et 411.

n'est pas en mesure de les acquérir à temps (ou dans un temps raisonnable sans frais excessifs pour le client), le conseil d'un spécialiste devrait être requis.

Il doit conseiller son client d'une manière objectivement correcte tout en l'informant des circonstances locales qui peuvent avoir des incidences sur le déroulement de la procédure envisagée. L'avocat est en particulier tenu d'orienter son client sur les dangers et les chances de succès du litige qui s'annonce. Si le sort de la procédure est douteux, il doit informer le client de ce risque. Si plusieurs mesures sont possibles, il doit choisir la voie la plus sûre.

Le mandataire ne peut pas sans autre adhérer à l'appréciation juridique faite par son client. En tant que professionnel, il doit se faire une conviction propre et corriger l'argumentation du client si nécessaire²³⁴. Ainsi, avant de faire valoir une créance prescrite, l'avocat doit informer le client de la situation juridique. Si une prétention dépend d'un avis des défauts et si l'avis peut encore être donné en temps utile, l'avocat doit sans délai en informer le client et, s'il y a péril en la demeure, donner lui-même l'avis²³⁵.

L'avocat est tenu de conseiller le mandant globalement («umfassend»)²³⁶. Dans le cadre de son conseil global, il doit aussi tenir compte des aspects économiques, en particulier fiscaux, surtout en matière de droit commercial et des sociétés. Une exception peut être faite seulement si le client est lui-même compétent en la matière, ou s'il souhaite clairement n'être conseillé que sur un point déterminé²³⁷.

Lors de l'acceptation d'un mandat, l'avocat doit clarifier l'état de fait, par l'étude des dossiers qui lui sont remis et en faisant appel à toutes pièces de preuve disponibles²³⁸. Si les documents dont il dispose sont lacunaires ou insuffisants, l'avocat doit demander à son client les informations supplémentaires. Ce faisant, il doit rendre attentif le client aux inconvénients d'un fondement incomplet de la prétention. En général, l'avocat peut se fier aux dires de son client. Une restriction est à faire toutefois dans le cas où il a «*un doute fondé quant à la véracité des dires de son client*». Dans ce cas, il doit relever ces irrégularités et exiger qu'il clarifie l'état des faits²³⁹.

Si le client est dans le besoin, l'avocat doit l'aviser de la possibilité d'obtenir l'assistance judiciaire gratuite²⁴⁰.

²³⁴ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 416 et réf.

²³⁵ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 412 et réf.

²³⁶ Cf. Handbuch, Zurich, p. 86.

²³⁷ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 413 et réf.

²³⁸ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 415; O. KELLERHALS Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwaltes aus Auftrag, th. Berne, Schwarzenbach (SG) 1953, p. 84 ss.

²³⁹ W. FELLMANN, Commentaire, n. 415 et réf. O. KELLERHALS; cf. ég. ATF 117 II 563, cons. 3b.

²⁴⁰ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 414; Handbuch, Zurich, p. 87; O. KELLERHALS p. 82 ss.

c) Dans la conduite du procès

Il doit conduire son mandat conformément aux règles de la profession²⁴¹.

Il doit faire preuve de la prudence et de l'habileté que ses confrères appliquent régulièrement au vu des exigences légales dans le cas d'espèce²⁴².

Il jouit d'une grande liberté de décision dans le choix des moyens d'attaque ou de défense, mais ne doit pas user de moyens contraires au droit. Il doit défendre les intérêts de son client en n'usant que des moyens prévus par la loi et non pas en usant de «mensonges et tromperies»; il ne doit pas influencer une procédure par des affirmations sciemment fausses²⁴³.

Cependant, l'avocat peut bien entendu accepter la défense pénale de son client même s'il sait qu'il est coupable. Il peut conseiller à son client de ne pas répondre à certaines questions²⁴⁴. L'avocat a le droit de plaider l'acquittement alors même qu'il aurait connaissance d'éléments à charge ignorés de l'accusation²⁴⁵.

Lorsqu'un jugement est rendu, l'avocat doit l'expliquer à son client et lui indiquer les chances de succès présumables d'une procédure de recours. Il doit en outre le rendre attentif aux délais de recours, et s'enquérir en temps utile si le client accepte le jugement ou s'il veut faire recours. Au vu de l'importance des communications y relatives, il y a lieu de les faire par lettre recommandée²⁴⁶.

C. Devoir de diligence et faute du mandataire

Le préjudice du client doit être indemnisé si la violation du devoir de diligence est imputable à faute à l'avocat. Selon les explications usuelles de la doctrine, la faute du mandataire est présumée, mais celui-ci peut apporter la preuve libératoire.

a) Objectivation de la faute

De plus, la faute ne s'apprécie pas en se fondant sur la situation personnelle du mandataire au moment de la violation du devoir de diligence: le comportement du mandataire sera jugé fautif «*dès qu'il n'atteint pas le niveau objectif de la diligence, même si subjectivement son auteur a tout*

²⁴¹ Cf. Handbuch, Zurich, p. 91.

²⁴² Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 408.

²⁴³ Cf. M. STERCHI, Art. 11, p. 46 ss; Handbuch Zurich, p. 40; FELLMANN/SIDLER, p. 46 s.

²⁴⁴ Cf. STRATENWERTH, Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen? RSJ 74/1978, p. 217 s.

²⁴⁵ H.R. MÜLLER, Der Verteidiger in der zürcherischen Strafuntersuchung, RDS 1979, 190.

²⁴⁶ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, n. 417 et réf.

fait pour éviter le résultat dommageable ou s'il peut invoquer des excuses personnelles»²⁴⁷.

Cette objectivation de la faute entraîne des difficultés aussi bien pour la distinction entre la notion de violation du devoir de diligence et celle de la faute, que pour la répartition du fardeau de la preuve.

b) Difficile répartition du fardeau de la preuve

L'inadéquation du mécanisme de l'art. 97 CO au contrat de moyens qu'est le mandat a été relevée précédemment par d'autres auteurs²⁴⁸. C'est en particulier le cas lorsque la violation du devoir de diligence n'est pas manifeste (comme le serait le non-respect d'une prescription impérative de procédure), mais porte sur une question impliquant un jugement de valeur (appréciation des faits, interprétation de règles juridiques, conduite du procès). Dans de tels cas complexes, le client est en pratique souvent obligé de prouver la faute du mandataire, tendance qui se manifeste s'agissant des médecins, mais aussi des avocats, en raison de la difficulté de distinguer la violation du devoir de diligence de la faute²⁴⁹.

Cette divergence quant au fardeau de la preuve se résout dans la pratique par une répartition de facto du fardeau de la preuve entre parties; en effet ce n'est pas sur la faute, en tant que jugement de valeur, mais bien sur le comportement du mandataire – fautif ou non – que porte la charge probatoire²⁵⁰.

FELLMANN évoque l'éventualité de mettre la preuve de l'absence de violation du devoir de diligence également à la charge du mandataire dans les cas complexes où la preuve de la violation nécessiterait des moyens inaccessibles au mandant; il relève toutefois qu'une telle répartition du fardeau de la preuve n'est pas compatible avec le régime légal, et qu'elle aboutirait à une responsabilité objective du mandataire ayant pour conséquence probable une position défensive dans les professions libérales défavorable au public²⁵¹.

c) La solution de WERRO

Ces difficultés sont effacées si l'on suit le point de vue de WERRO selon lequel la distinction entre l'inexécution et la faute ne peut être faite que

²⁴⁷ DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne, 1982, p. 84 n. 29; P. WESSNER (p. 22) est d'avis que le mandataire est admis à s'exculper s'il établit que ce n'est pas par manque de volonté qu'il a violé son devoir de diligence et que son comportement est excusable: p. ex. parce qu'il est tombé gravement malade. Il s'agirait plutôt là de cas d'impossibilités subséquentes; cf. W. FELLMANN, *Commentaire*, ad art. 398, n. 196.

²⁴⁸ Cf. P. WESSNER, p. 22 et ses réf.; ég. M.-C. LEVIS, *Zivilrechtliche Anwaltspflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, th. Zurich, 1981, p. 54.

²⁴⁹ Cf. P. WESSNER, p. 21 s. et ses réf.

²⁵⁰ Cf. P. WESSNER, p. 22 et réf. à P. WIDMER.

²⁵¹ Cf. W. FELLMANN, *Commentaire*, p. 490, n. 447.

lorsque le contrat a pour objet un résultat, non lorsqu'il a pour objet la diligence du débiteur, ce qui est le cas dans le mandat.

Selon WERRO, «*cette manière de voir repose sur une mauvaise définition de la faute. Correctement comprise, la faute au sens de l'art. 97 CO n'est pas autre chose que la violation d'un devoir objectif de diligence imputable à son auteur. Sauf incapacité de discernement, la preuve du manque de diligence exclut la preuve de l'absence de faute*»²⁵².

L'identité entre le manque de diligence et la faute a pour conséquence que la preuve du manque de diligence exclut celle de l'absence de faute²⁵³. La faute objective – assimilée au manque de la diligence que le mandataire avisé aurait eue dans les circonstances de l'espèce – n'est imputable à son auteur que s'il a commis une faute subjective, ce qui est le cas s'il n'est pas empêché par suite d'incapacité de discernement (art. 16 CC).

La preuve du manque de diligence devant être apportée par le mandant, l'on ne peut pas imposer, selon WERRO, la preuve de l'absence de faute objective au mandataire. (Une proposition de directive communautaire sur la responsabilité du prestataire de services prévoyait la solution contraire en vertu de laquelle «*la charge de l'absence de faute incombe au prestataire de services*»²⁵⁴; cette règle revenait à libérer le lésé de la preuve du manque de diligence puisque, selon la directive, l'absence de diligence constitue une faute. Ce projet de directive a toutefois été abandonné.)

D. Le degré de la «faute» (ou la violation du devoir de diligence)

La solution de WERRO est intéressante car elle permet également d'aborder plus aisément le problème du degré de la «faute» (c'est-à-dire le degré de diligence requise).

a) Le principe et son évolution

Comme mandataire, l'avocat répond de toute faute (art. 99 al. 1, 398 al. 1, 321 al. 1 CO). Il y a toutefois une tendance à restreindre la responsabilité civile à la faute lourde – «aux cas d'erreur grossière et manifeste»²⁵⁵ – dans le cas de certains mandataires professionnels, en particulier avocats et médecins. Le Tribunal fédéral ne proclame pas expressément que la responsabilité de l'avocat se limite aux cas graves. Pourtant, la référence constante à sa jurisprudence en matière médicale et les termes utilisés («manquements impardonables», «erreurs manifestes ou grossières») marquent, à première vue, une tendance allant dans ce sens²⁵⁶, selon l'interprétation d'une partie de la doctrine. Le Tribunal fédéral justifie cette attitude moins sévère par référence aux principes qui régissent la

²⁵² F. WERRO, p. 289.

²⁵³ Cf. F. WERRO, p. 293.

²⁵⁴ F. WERRO, p. 297.

²⁵⁵ ATF 79 II 424, 438; cf. réf. P. WESSNER, p. 27, n. 103.

²⁵⁶ Cf. P. WESSNER, p. 28.

responsabilité des médecins²⁵⁷, s'agissant de professions réputées difficiles, risquées pour ceux qui l'exercent. Il fonde ce traitement de faveur sur des considérations de «faillibilité humaine», d'«imperfections humaines mineures»²⁵⁸: Si l'on imputait à faute tout manquement même léger, toute méprise même bénigne à leur auteur, on paralyserait toute activité, toute prise de responsabilité, ce qui finirait par se retourner contre les patients, les clients et les justiciables.

b) Les critiques de la doctrine

La doctrine critique cette façon de voir qui est exorbitante du droit commun de la responsabilité civile et en particulier du régime des art. 97s. CO²⁵⁹. De tels manquements peuvent en effet toucher tout un chacun, le travailleur comme l'entrepreneur, l'architecte, le banquier. Il y aurait lieu de mettre l'accent plutôt sur le *caractère aléatoire* de l'activité en cause, et, de ce point de vue, celle pratiquée par les médecins et les avocats est caractéristique²⁶⁰. Il est en effet des facteurs sur lesquels l'avocat n'a que peu de prises, selon les cas: les arguments et le comportement de la partie adverse, le résultat de l'administration des preuves, les qualités et l'attitude du juge (lequel peut être «contre toute attente» séduit par une opinion doctrinaire minoritaire ou opérer un changement de jurisprudence). C'est ce qui justifie une certaine mansuétude à l'égard de l'avocat et trouve un fondement dans l'art. 99 al. 2 CO; cette disposition précise justement que la responsabilité «est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire»²⁶¹.

c) La tendance actuelle

D'un point de vue normatif, il est préférable de partir du principe que l'avocat – comme le médecin – répond de toute faute, c'est-à-dire, selon la conception de WERRO reprise ici, de toute violation de son devoir de diligence. Dans un arrêt récent²⁶², le Tribunal fédéral a confirmé que «l'avocat répond en principe de toute faute; sa responsabilité est donc aussi engagée pour une faute légère». Il est relevé que «les exigences requises des mandataires professionnels (architectes, ingénieurs, avocats, notaires, médecins, etc.) sont plus élevées que celles demandées ordinai-rement»²⁶³. La particularité, c'est que pour des mandataires professionnels, la responsabilité doit s'apprécier de manière différenciée. Si l'on s'en tient à l'avocat, on peut faire les distinctions suivantes:

²⁵⁷ ATF 105 II 284.

²⁵⁸ ATF 105 II 285; ATF 26.4.1983, JdT 1984 I 147.

²⁵⁹ P. WESSNER, p. 27; P. ENGEL, p. 460.

²⁶⁰ Cf. P. WESSNER, p. 27.

²⁶¹ P. WESSNER, p. 28.

²⁶² ATF 117 II 563.

²⁶³ ENGEL, p. 460, réf. KNOEPLER/GUINAND, FJS 328a, p. 1; SJ 1992, p. 300 ss.

- il est des cas où n'importe quelle méprise de sa part constitue une violation du devoir de diligence susceptible de l'obliger: inobservation des délais de péremption et de prescription, par exemple²⁶⁴, cas où on se montrera très sévère, de même que pour tout ce qui touche l'observation de règles élémentaires de procédure (forme des actes, délais, voies de droit, moyens de preuve)²⁶⁵. Cette sévérité se retrouve pour la fixation des exigences qu'on peut raisonnablement attendre de l'avocat dans la connaissance du droit positif, en tout cas dans la connaissance des «règles généralement reconnues et admises»²⁶⁶, ainsi que de la jurisprudence publiée²⁶⁷.
- Le niveau d'exigence attendu du prestataire de services n'est pas déterminé par la personnalité de ce dernier mais en principe par le niveau moyen que l'on peut attendre dans la branche. L'avocat étant un mandataire qualifié, les exigences attendues sont élevées: «Die Natur des Anwaltsvertrages erwartet vom Anwalt mit Rücksicht auf seine Vertrauensstellung ganz besondere Zuverlässigkeit»²⁶⁸. Cependant, le législateur prévoit déjà à l'art. 321 e CO – auquel renvoie l'art. 398 al. 1 CO – que la mesure de la diligence que l'on peut attendre se détermine compte tenu de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir la prestation promise, ainsi que des aptitudes et qualités du mandataire que le mandant connaît ou aurait dû connaître.

Ce niveau moyen d'exigences du «diligens advocatus» est-il le même pour l'ensemble de la profession? La jurisprudence relative à la responsabilité du médecin fait une distinction entre le degré de diligence du médecin généraliste et celui que l'on peut exiger du spécialiste²⁶⁹. Le barreau ne fait en principe pas de distinction entre ses membres; il n'y a cependant pas de doute que si des avocats sont autorisés à faire état de spécialités ou de domaines de prédilection, cette information donnée au public ne restera pas sans conséquence dans l'appréciation de la diligence requise dans un cas de responsabilité: «Je spezialisierter sich der Anwalt in einem Gebiet zu erkennen gibt, desto grösser sind auch die Anforderungen an seine Fachkenntnisse und an seine Sorgfalt ganz allgemein»²⁷⁰.

L'avocat généraliste ne sera pas pour autant libéré de tout reproche s'il a ignoré un élément dont la connaissance ne pouvait être exigée que

²⁶⁴ JdT 1984 I 146.

²⁶⁵ ATF 99 II 121; JdT 1984 I 146 et autres réf. P. WESSNER, p. 29, n. 113 à 116.

²⁶⁶ JdT 1984 I 147; cette exigence devrait être tempérée au vu des difficultés connues ces deux dernières années dans la mise à jour du recueil systématique fédéral; cf. L'avocat suisse, 154/1995, p. 27 ss.

²⁶⁷ Cf. réf. P. WESSNER, p. 29, n. 118, 119.

²⁶⁸ O. KELLERHALS, p. 67, cité par M.-C. LEVIS, p. 27.

²⁶⁹ Cf. O. KELLERHALS, p. 69 s.

²⁷⁰ M.-C. LEVIS, p. 33.

d'un spécialiste. En effet, l'avocat généraliste doit aussi connaître ses limites; selon les circonstances, il pourra – si cela n'exige pas trop de temps – étendre ses connaissances dans un domaine particulier du droit; s'il n'est pas possible de procéder ainsi, il devra consulter un avocat «spécialiste» dans ce domaine ou refuser le mandat (*Übernahmever-schulden*).

- Il est d'autres cas – ceux qui donnent lieu à appréciation – où le manquement ne saurait être qualifié de «fautif» que s'il représente une erreur manifeste ou grossière. Il s'agit des reproches portant sur l'appréciation de la situation de fait ou de droit, sur la conduite du procès, où on témoigne en pratique d'une certaine indulgence, au point de n'admettre sa responsabilité qu'en cas d'erreurs manifestes. Cette indulgence se justifie par le caractère aléatoire de son activité, mais aussi par les choix souvent délicats qui se présentent à lui dans l'exécution du mandat. Ou mieux, on mettra des exigences plus strictes à l'admission de la violation du devoir de diligence. Ainsi, le mandataire ne répond que s'il fait une interprétation insoutenable d'une disposition légale ou s'il conduit le procès de manière particulièrement hasardeuse, par exemple en engageant une procédure inutile ou dénuée de chances de succès²⁷¹.
- Quant aux fautes professionnelles imputables au mandataire dans la gestion pratique du dossier, seuls les manquements grossiers sont susceptibles d'engager sa responsabilité. Tel est le cas lorsque l'avocat fait montre d'une passivité déconcertante ou d'une négligence flagrante, par exemple en ne vérifiant pas si son client entend recourir contre une décision défavorable, ou s'il a versé à temps l'avance de frais, ou ne rend pas son client manifestement indigent attentif aux possibilités de l'assistance judiciaire, ou qu'il l'incite à faire défaut pour s'en débarrasser²⁷².
- Bien que l'avocat soit tenu de défendre les intérêts de son client, au besoin avec mordant, il ne saurait toutefois formuler un acte au nom du client dans un ton ou des termes contraires à la discipline professionnelle²⁷³.

5.2.4. Limitation conventionnelle de la responsabilité de l'avocat

A. Limitation conventionnelle de la responsabilité contractuelle

L'avocat peut-il limiter sa responsabilité sur la base d'une clause contractuelle qui limiterait sa responsabilité aux fautes graves? En droit suisse, l'art. 100 CO permet de fonder une telle limitation, qui est en principe applicable au mandataire.

²⁷¹ Cf. P. WESSNER, p. 29 et réf. n. 120 à 124.

²⁷² Cf. P. WESSNER, p. 30 et n. 125 à 129.

²⁷³ Cf. RSJ, 90/1994, p. 48.

En ce qui concerne l'avocat, la validité d'une limitation contractuelle de responsabilité est contestée à plusieurs titres:

- Dans le mandat, le devoir de diligence est une obligation essentielle.
- En limiter a priori l'étendue aux fautes graves reviendrait à vider le contrat de son contenu. Ce serait une négation du devoir de s'exécuter.

Un avocat ne saurait logiquement promettre une obligation de diligence et se libérer par avance en cas de violation de cette obligation. Cette position a été soutenue en particulier par GAUTSCHI²⁷⁴. A Lucerne, la Chambre des avocats a pour ces motifs déclaré nulle et contraire à la discipline professionnelle une clause limitative de responsabilité contenue dans une formule de procuration²⁷⁵.

La doctrine plus récente en matière de mandat tend à réfuter la position de GAUTSCHI, rejoignant ainsi la majorité des auteurs et le Tribunal fédéral qui admettent qu'une limitation de la responsabilité à la faute grave est valable²⁷⁶. Selon WERRO, les parties ont également le droit d'exclure toute responsabilité du mandataire; si cette exclusion est compatible avec les exigences générales de légalité et de moralité, elle signifiera simplement que l'objet du mandat est limité en conséquence. Il n'y a aucun obstacle à ce que le mandataire stipule l'exclusion de sa responsabilité pour l'accomplissement de certaines tâches bien précises. Il suffit que celle-ci puisse être détachée de l'activité principale promise²⁷⁷.

FELLMANN²⁷⁸ admet sans restriction, sous réserve des limitations de l'art. 100 al. 2 CO, le droit du mandataire de limiter sa responsabilité sur la base de l'art. 100 al. 1 CO.

Par ailleurs, s'agissant en particulier de l'avocat, l'art. 100 al. 2 CO octroie au Juge le pouvoir de ne pas tenir compte d'une clause restrictive de responsabilité, lorsque le débiteur exerce une industrie concédée par l'autorité. Selon la doctrine classique, cette notion d'industrie concédée inclut les activités subordonnées à une autorisation de police, ce qui est le cas de l'avocat. WERRO soutient toutefois une position plus nuancée, rejoignant en cela d'autres auteurs, selon lesquels il y a lieu d'examiner dans chaque cas particulier les circonstances concrètes à la lumière de la ratio de l'art. 100 al. 2 CO, pour analyser si la position inégale des parties crée un danger particulier de règlement inéquitable. Il y aurait lieu en outre de prendre en compte la possibilité qu'avait le mandataire de s'assurer contre les risques de sa responsabilité civile ainsi que l'existence éventuelle de l'assurance personnelle du mandant²⁷⁹.

²⁷⁴ G. GAUTSCHI, *Der einfache Auftrag*, Comm. bern., ad art. 394 à 406 CO, in: Berner Kommentar VI.2.4, 3e éd. Berne 1971; P. WESSNER, p. 24 et ses réf.

²⁷⁵ AK LU, 2.6.1969, RJB 1969, p. 372.

²⁷⁶ Cf. F. WERRO, p. 314; P. DERENDINGER, *Die Nicht- und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, th. Fribourg, 1988, no 348 et réf. citées.

²⁷⁷ Cf. F. WERRO, p. 314.

²⁷⁸ W. FELLMANN, *Commentaire*, p. 512.

²⁷⁹ Cf. F. WERRO, p. 315.

A l'étranger, la légitimité des clauses de limitation de la responsabilité de l'avocat est vivement contestée²⁸⁰, notamment parce qu'une clause contractuelle individuelle de limitation de responsabilité proposée par un avocat à son client créerait un conflit d'intérêts immédiat entre l'avocat et le client, incompatible avec la relation de confiance à la base du mandat qui les lie.

B. Limitation de la responsabilité délictuelle

S'agissant de la limitation de la responsabilité délictuelle du mandataire, la position classique en droit suisse tend à affirmer que le débiteur ne saurait s'exonérer par avance de sa responsabilité délictuelle. Selon WERRO, toutefois, on ne voit guère ce qui devrait justifier qu'on interdise au mandataire de limiter contractuellement sa responsabilité pour les atteintes qu'il porte à la propriété de son contractant, seule la personne étant en droit suisse un bien intangible. Il considère que la convention d'irresponsabilité devrait avoir ses effets dans les limites du système des art. 100 s. CO. Une telle limitation n'est toutefois pas valide à l'égard de tiers.

5.2.5. La responsabilité pour les auxiliaires

L'avocat répond, même sans faute, du préjudice qu'un auxiliaire cause dans l'accomplissement d'une tâche confiée (art. 101 CO).

La notion d'auxiliaire comprend aussi bien les collaborateurs, stagiaires et secrétaires de l'étude, que des personnes externes qui participent à l'exécution du mandat sans nécessairement être soumis à l'autorité du mandataire²⁸¹.

S'agissant de l'avocat collaborateur d'une étude, deux situations peuvent exister:

- Lorsqu'un collaborateur est lié aux associés d'une étude exclusivement par un contrat de travail, sa position est celle d'un auxiliaire, même s'il traite une affaire en son propre nom. Dans ce cas, les associés répondent des dommages qu'il cause aux conditions et dans les limites prévues aux art. 55 et 101 CO. Le collaborateur lui-même répond envers les tiers de ses actes illicites, tandis que ses rapports avec les associés sont régis par l'art. 321e CO.
- Dans les études où les collaborateurs ont la possibilité de traiter des affaires en leur nom et pour leur propre compte, ces collaborateurs ont à la fois le statut d'employé et d'indépendant. Dans la mesure où ils

²⁸⁰ Cf. F. WERRO, p. 315; ég. D.R.F. Cox, *The Professional Liability of Lawyers, Limitation and Insurance: A Client's View*, Rapport présenté à la session plénière CCBE de mai 1995 à Paris.

²⁸¹ Par ex. une compagnie d'assurances chargée par l'avocat de l'assuré de faire une avance de frais judiciaires: ATF 107 Ia 168, JdT 1983 I 313.

agissent en leur capacité d'indépendant, ils sont liés aux associés de l'étude par un contrat de société simple. Il en résulte que les collaborateurs concernés sont personnellement et alors seuls responsables des dommages qu'ils causent à leurs clients²⁸².

En tout état de cause, l'art. 101 CO ne s'applique pas aux cas de substitution, régis par l'art. 399 CO. En cas de substitution autorisée, l'avocat ne répond en principe que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et lui a donné ses instructions (art. 399 al. 2 CO).

Il a été jugé, s'agissant de l'employé d'un avocat, que l'avocat dont une apprentie néglige de poster un recours le dernier jour utile, en raison du fait qu'en quittant l'étude elle est rentrée directement chez elle parce qu'elle avait été victime d'un malaise, répond de la faute de son auxiliaire. Il ne s'agit pas d'un cas de force majeure, ce d'autant que la maladie alléguée n'est pas prouvée par certificat médical²⁸³.

S'agissant de la législation cantonale en matière de restitution de délai, il a été jugé qu'après un mois de formation, il ne peut pas être exigé que l'avocat contrôle qu'un employé dépose bien le courrier le même jour comme elle en a été instruite, le soin dans l'instruction et la surveillance, pourtant élevé en matière de respect des délais par l'expédition à la poste ayant été jugé suffisant en l'espèce²⁸⁴. L'on ne saurait toutefois pas tirer de parallèle avec l'application de l'art. 101 CO, la preuve libératoire de l'art. 55 CO n'étant pas donnée en responsabilité contractuelle.

5.2.6. L'avocat d'office

Le régime applicable à la responsabilité des avocats d'office est une question controversée.

A. Les positions de la doctrine

Pour une partie de la doctrine, la nomination d'un avocat d'office («Armenanwalt») constitue un mandat en faveur d'autrui. L'avocat est un mandataire. Il répondrait comme tel à l'égard du «client» au bénéfice de l'assistance judiciaire²⁸⁵. GAUTSCHI précise que l'avocat d'office intervient en «qualité officielle», au sens de l'art. 395 CO, au même titre que l'expert judiciaire par exemple. Il n'en demeure pas moins qu'il agit en toute indépendance et sans instruction de l'autorité qui l'a nommé²⁸⁶. Les partisans de la thèse «privatiste» privilégiennent le contenu du rapport juridique pour soutenir que l'avocat d'office agit en toute indépendance et qu'il

²⁸² L'avocat suisse 1989, no 120, p. 26 ss, 29; cf. P. WESSNER, p. 23.

²⁸³ SJ 1991, p. 539; ATA Ador du 11.7.1990, RDAF 1991 no 1.

²⁸⁴ RSJ 1988, p. 142, Zurich, Kassationsgericht, 30.3.1987.

²⁸⁵ Cf. P. WESSNER, p. 15.

²⁸⁶ Cf. G. GAUTSCHI, n. 30 ad art. 394, n. 6 ad art. 395 CO.

a envers le «client» les mêmes obligations qu'un mandataire privé et donc la même responsabilité²⁸⁷.

Selon un autre courant doctrinal, l'avocat d'office remplit une tâche étatique, régie par le droit public cantonal. Il est nommé par l'Etat et, en principe, tenu d'accepter de défendre les intérêts de l'indigent. Il est aussi rémunéré par l'Etat et ses fonctions cessent par décision de l'autorité. L'avocat d'office ne jouit pas de la liberté du commerce et de l'industrie dans l'accomplissement de cette tâche étatique²⁸⁸. L'avocat d'office, y compris le défenseur d'office pénal, bénéficie cependant dans son activité de la même indépendance vis-à-vis de l'Etat qu'un avocat mandaté conventionnellement²⁸⁹.

Le fondement du rapport juridique n'a dès lors rien de contractuel, mais repose sur le droit public. Il n'y a pas de consentement des parties, et l'art. 404 CO, norme caractéristique du mandat est inapplicable. En conséquence, la responsabilité de l'avocat d'office à l'égard de l'assisté serait régie par les règles applicables en la matière aux cantons et à leurs agents publics²⁹⁰.

Une autre raison plaiderait en faveur de cette solution: la notion de «fonctionnaires et employés publics» au sens de l'art. 61 al. 1 CO est interprétée de manière très large, et inclut «*toute personne chargée d'exercer une activité conformément au droit public*»²⁹¹, y compris le notaire indépendant qui agit en qualité d'officier public²⁹². Cette interprétation permettrait d'y inclure aussi l'avocat d'office²⁹³.

Dans cette optique, le régime de la responsabilité serait soumis aux art. 41 ss CO, si le droit cantonal n'en dispose pas autrement (art. 61 al. 1 CO), ce qui n'est pas le cas de tous les cantons²⁹⁴. A ce défaut, l'assisté aura à prouver que les conditions de la responsabilité délictuelle de l'art. 41 CO sont remplies, c'est-à-dire également l'illicéité et la faute²⁹⁵.

B. La jurisprudence

La jurisprudence semble osciller entre ces deux thèses, affirmant tantôt que l'avocat d'office exerce non un mandat privé, mais une tâche étatique

²⁸⁷ Cf. P. WESSNER, p. 16.

²⁸⁸ ATF 113 Ia 71; KNÖPFLER/GUINAND, FJS 327, p. 7.

²⁸⁹ Cf. M. STERCHI, Kommentar zum Bernischen Fürsprecher-Gesetz, Berne 1992, ad art. 9, p. 32.

²⁹⁰ Cf. art. 59 al. 1 CC; art. 61 al. 1 CO; cf. P. WESSNER, p. 15 s; O. KELLERHALS, p. 16 s. KNÖPFLER/GUINAND, FJS 327, p. 6 s.

²⁹¹ A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 812.

²⁹² ATF 90 II 274, JdT 1965 I 234; ATF 96 II 45.

²⁹³ Cf. P. WESSNER, p. 16.

²⁹⁴ A Neuchâtel, l'Etat assume une responsabilité concurrente pour les actes illicites causés par l'avocat d'office, art. 15 de la loi sur l'assistance judiciaire et administrative du 24 mars 1980; à Genève, l'Etat n'encourt aucune responsabilité, art. 17 du Règlement sur l'assistance judiciaire du 11 octobre 1976.

²⁹⁵ Cf. P. WESSNER, p. 16 s.

régie par le droit public cantonal²⁹⁶, tantôt que la responsabilité de l'avocat d'office est soumise aux règles du mandat, en particulier à l'art. 398 al. 2 CO²⁹⁷.

C. Tendances actuelles

Actuellement, la conception «publiciste» est prédominante²⁹⁸. Certains auteurs, notamment FELLMANN, soutiennent toutefois une position dualiste qui opère une distinction entre l'avocat d'office désigné au titre de l'assistance judiciaire gratuite en matière civile ou administrative et le défenseur d'office chargé par l'Etat de la défense d'un prévenu en matière pénale:

- Les règles du mandat régissent la relation entre le client et son avocat rétribué par l'Etat en vertu de l'assistance judiciaire gratuite. Dans ce cas, le droit public n'intervient qu'en ce que l'avocat désigné en vertu de l'assistance judiciaire gratuite sera rétribué par l'Etat et que l'avocat n'est pas en droit de facturer son travail au client²⁹⁹.

(Dans le canton de Berne, lorsque l'avocat a été mandaté par le client avant sa nomination en vertu de l'assistance judiciaire gratuite, on considère alors qu'en plus de la relation de droit public qui lie l'avocat à l'Etat, il y a entre l'avocat et son client une relation de mandat qui préexiste, qui se poursuit avec un contenu modifié – quant au droit de répudier le mandat et quant à la rémunération³⁰⁰ – lorsque l'assistance judiciaire est accordée et qui reprend son plein effet si l'assistance est supprimée.)

- Le défenseur d'office, quant à lui, est chargé par l'Etat de la défense d'un prévenu. Ici, c'est l'Etat qui donne le mandat. Le défenseur d'office remplit dans la procédure pénale des devoirs de droit public, et est lié par une relation obligatoire de droit public. La relation entre le client et le prévenu relève en cela du droit public (cantonal). Dans la mesure où le droit du mandat s'applique par renvoi, il vaut comme droit cantonal supplétif³⁰¹, mais dans le cadre de la relation juridique existant exclusivement entre le défenseur d'office et l'Etat³⁰².

Si elle devait prévaloir, cette distinction signifierait qu'en matière civile et administrative la relation avec le client peut être résiliée aux conditions de l'art. 404 CO alors qu'elle ne peut pas l'être en matière pénale si l'on considère que la relation est entièrement régie par le droit public.

²⁹⁶ ATF 109 Ia 107.

²⁹⁷ ATF 87 II 364; JdT 1962 I 363; CJ GE, 6.10.1978, SJ 1979, p. 414.

²⁹⁸ Cf. M. STERCHI, ad art. 12, p. 57.

²⁹⁹ W. FELLMANN, Commentaire, ad art. 394 CO, n. 146.

³⁰⁰ Cf. M. STERCHI, ad art. 12, p. 57.

³⁰¹ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, ad art. 394 CO, n. 147.

³⁰² Cf. M. STERCHI, ad art 12, p. 57.

Dans tous les cas, en ce qui concerne les obligations professionnelles, il n'y a aucune différence entre l'avocat commis d'office et l'avocat mandaté à titre privé. Tous deux sont également soumis à la même surveillance disciplinaire. Les avocats d'office sont tenus du même devoir de fidélité, de la même conscience professionnelle et du même soin que l'avocat privé³⁰³.

5.2.7. Tendances récentes en matière de responsabilité du mandataire

A. Devoirs accessoires

A l'instar de la tendance générale dans le cadre du mandat, les devoirs accessoires d'information, de mise en garde et de conseil dégagés par la jurisprudence n'ont cessé de prendre de l'importance; il a été notamment jugé:

- que le médecin a l'obligation de renseigner son patient sur les «particularités financières» du traitement, en plus de ses aspects thérapeutiques, y compris sur la prise en charge par l'assurance-maladie³⁰⁴, à l'instar de l'obligation contractuelle accessoire imposant au médecin d'éviter au patient des désagréments sur le plan financier, développée en droit allemand³⁰⁵;
- que le gérant de fortune a le devoir accessoire de conseiller et d'informer son mandant; l'obligation de conseil inclut l'aide du choix des mesures appropriées; s'il reçoit des instructions contraires aux intérêts du mandant, il doit les déconseiller. Le devoir d'information inclut tout ce qui est d'importance pour le client³⁰⁶.

Ces principes jurisprudentiels trouveront certainement de plus en plus d'application en ce qui concerne les avocats³⁰⁷.

Cela signifie que l'avocat devra informer son client du coût (y compris les frais de justice et les dépens) et de la durée probable du procès; il devra aussi attirer son attention sur les difficultés d'exécution du jugement en Suisse ou à l'étranger.

B. Répartition du fardeau de la preuve

La jurisprudence dénote une tendance marquée à flexibiliser, voire à renverser le fardeau de la preuve de la faute (diligence insuffisante).

Dans un arrêt récent, le TF a dégagé, à la charge du médecin, une présomption de fait – certes réfragable («ébranlable») – de violation du

³⁰³ Cf. M. STERCHI, ad art. 12, p. 58.

³⁰⁴ Cf. F. WERRO, p. 204; ATF 116 II 521; ATF 119 II 456.

³⁰⁵ ATF 119 II 456, 460.

³⁰⁶ ATF 115 II 62, 65.

³⁰⁷ Cf. P. WESSNER, p. 31; F. WERRO, p. 202 ss, 205; FELLMANN/SIDLER, ad art. 26, p. 61: devoir d'information inspiré de la jurisprudence fédérale en matière médicale.

devoir de diligence, qui a pour effet d'alléger (mais non de renverser) le fardeau de la preuve par le mandant³⁰⁸ en matière de répartition du fardeau de la preuve.

En droit allemand, les tribunaux renversent le fardeau de la preuve sans faire preuve de beaucoup de retenue³⁰⁹.

Cette tendance à la flexibilisation du fardeau de la preuve est relevée par la doctrine, tout en soulignant les dangers qu'elle comporte. En effet, il est à craindre que s'installe dans le barreau, ou dans d'autres professions de prestation de services, une pratique défensive, telle qu'elle apparaît en médecine dans certains pays³¹⁰. Or, on reproche déjà souvent aux avocats des activités «inutiles».

Il faut remarquer que l'importance croissante des devoirs accessoires aboutit aux mêmes effets que le renversement du fardeau de la preuve³¹¹. En effet, si une obligation est déjà reconnue *in abstracto* à la charge du mandataire en tant que devoir accessoire, le mandant sera dispensé de prouver que le comportement qu'il reproche au mandataire constitue bien une violation de son devoir de diligence.

Le noeud du problème, dans un contrat de prestation de service, réside dans la difficulté de concilier des intérêts contradictoires – l'intérêt des consommateurs à recevoir les prestations les plus sûres, les plus avantageuses et les plus innovatrices. Des règles de preuves prohibitives pour les mandataires pourraient entraîner des prestations de services «défensives», ce qui n'est pas dans l'intérêt des consommateurs. La maximisation des intérêts du consommateur pourrait aboutir à la notion d'efficience: le droit de la responsabilité civile efficient se développera selon le principe du «*cheapest cost avoider*», c'est-à-dire que les risques de la responsabilité seront mis à la charge de celui qui peut les contrôler ou les «endiguer» de la façon la plus avantageuse (quant au coût). Ce principe pourrait s'appliquer en matière de répartition du fardeau de la preuve³¹².

Un exemple de l'évolution du droit de la responsabilité dans les contrats de prestations de service est donné par la loi sur le contrat de voyage (loi fédérale du 18.6.1993) qui institue une responsabilité causale à l'art. 14 al. 1. Ce système met en oeuvre une responsabilité plus stricte que le contrat d'entreprise et se rapproche du système de la proposition de directive européenne de 1990 sur les prestations de services.

³⁰⁸ ATF 120 II 250. Il s'agit dans ce cas d'une application plus stricte de l'art. 8 CC; cf. K. HOFSTETTER, *Haftung für Dienstleistungen – Bestrebungen der EU als Herausforderung für das schweizerische Recht*, p. 346 s.

³⁰⁹ Cf. K. HOFSTETTER, RDS 1995 I, p. 345.

³¹⁰ Cf. W. FELLMANN, Commentaire, p. 490, n. 447; P. WESSNER, p. 31; K. HOFSTETTER, p. 337 ss.

³¹¹ Cf. K. HOFSTETTER, p. 347 et ses réf.; ég. ATF 111 II 72: architecte; cf. ég. ATF 120 II 248.

³¹² Cf. K. HOFSTETTER, p. 346 s.

C. Mesure préventive: la qualité des services

Une autre tendance qui se dessine dans la profession, plus particulièrement dans les pays anglo-saxons, est celle de prévenir les litiges par un contrôle de la qualité des services juridiques, suivant en cela l'émergence de critères de qualité et de systèmes de contrôle de qualité dans l'industrie et dans les services en général.

La qualité des services ne se confond pas avec la seule compétence, c'est-à-dire la connaissance du droit. C'est aussi la manière dont l'avocat rend ses services au client. Le but doit être de rendre des services qui remplissent les besoins du client et non pas de prévenir les actions en responsabilité ou les plaintes disciplinaires.

Les relations avec le client sont à mettre en premier plan de cette recherche d'un service de qualité: promptitude du suivi; service téléphonique prompt et poli; transmission des messages; communication régulière du suivi. La CCBE recommande aux barreaux membres et aux études d'avocats européennes de mettre l'accent davantage sur une amélioration/maintien de la qualité des services. La qualité doit être un objectif majeur que les avocats et les associations professionnelles doivent s'efforcer de promouvoir. L'amélioration de la compétence professionnelle des avocats et de la qualité des services qu'ils fournissent est un élément important de la construction du système judiciaire en Europe³¹³.

Il ne faut évidemment pas confondre la qualité des processus permettant de rendre les services attendus avec la qualité du service (conseil) lui-même³¹⁴.

D. Responsabilité à l'égard des tiers?

a) A l'étranger

Sur le plan international, la tendance depuis une trentaine d'années, par exemple aux USA, en Angleterre, en France et en Allemagne, a été de tenir les avocats responsables non seulement pour négligence ou faute à l'égard de leurs clients, mais dans certaines circonstances, également *à l'égard de certains tiers* qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de négligence ou d'une faute.

Un tiers peut en effet subir un dommage lorsqu'il devait être le bénéficiaire du mandat dont l'avocat a été chargé et que le mandataire pouvait prévoir qu'une négligence de sa part pourrait priver le tiers de cet avantage. Ainsi l'avocat chargé de préparer un testament instituant un tiers

³¹³ Cf. «Quality in the Legal Profession» – CCBE Programme 23.9.1994.

³¹⁴ E. STAUFFER, TQM – Le Total Quality Management a-t-il sa place dans un cabinet d'avocat? In: l'Avocat suisse, 160/1996, p. 36 ss; cet auteur signale, à juste titre, que le client pourrait confondre la qualité certifiée quant à la manière de rendre le service avec la qualité du service juridique lui-même. De même, les systèmes de traitement de texte ont amélioré la présentation des documents issus d'une étude d'avocat sans toutefois ajouter, par eux-mêmes, une qualité au contenu du texte lui-même.

héritier a-t-il envers ce tiers un devoir d'agir avec diligence et soin; c'est donc reconnaître une relation spéciale entre le bénéficiaire désigné par le client et l'avocat qui accepte l'exécution de ce mandat.

En Allemagne, la responsabilité est fondée sur le contrat entre l'avocat et son client, contrat dont des tiers peuvent être les bénéficiaires. Dans les autres pays (Angleterre, France, Etats-Unis), la responsabilité envers les tiers est de nature délictuelle. La jurisprudence française en matière de responsabilité des notaires démontre une tendance marquée à fonder les décisions sur la responsabilité délictuelle, allant jusqu'à poser les bases d'un régime délictuel spécial pour la responsabilité professionnelle³¹⁵. Cette distinction revêt une certaine importance par rapport à la limitation de la responsabilité³¹⁶.

Il est souhaitable qu'une telle responsabilité de l'avocat envers des tiers reste limitée à certaines circonstances particulières. La tentation existe de résoudre des cas malheureux par la voie de la facilité consistant à rechercher la «poche bien remplie» (deep pockets) pour régler le dommage. Ce serait placer sur les avocats un poids excessif qui pourrait rendre impossible l'exercice de la profession dans certains domaines à hauts risques comme les services financiers, ce qui n'est dans l'intérêt de personne.

b) L'arrêt «Swissair»

En Suisse, un arrêt récent du Tribunal fédéral – l'arrêt «Swissair»³¹⁷ – esquisse le principe d'une responsabilité générale fondée sur la confiance:

*«Même en l'absence d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle, la confiance suscitée chez un tiers par le comportement d'une société mère peut, suivant les circonstances, entraîner une responsabilité fondée sur la notion de culpa in contrahendo prise dans un sens extensif (...). Si, à l'instar de la jurisprudence du TF et de la majorité de la doctrine (...), on reconnaît à la culpa in contrahendo le caractère d'un chef de responsabilité autonome, une protection légale doit être accordée aux tiers lésés dans les cas où certaines conditions sont réunies. Les devoirs réciproques de diligence et de loyauté incombant aux participants à des négociations en vue de la conclusion d'un contrat sont l'expression d'un principe général (...)»*³¹⁸.

L'arrêt Swissair ne montre pas encore comment le Tribunal fédéral veut généraliser les principes sur la responsabilité découlant de la culpa in contrahendo, ni quels contours une telle responsabilité fondée sur la confiance devrait avoir³¹⁹. La question reste aussi ouverte de savoir si la

³¹⁵ Cf. G. VINEY, Responsabilité: conditions, in: Traité de droit civil, éd. J. Ghestin, vol. IV, 1982, par. 245.

³¹⁶ Cf. 5.2.4.

³¹⁷ ATF 120 II 331 = JdT 1995 I 359.

³¹⁸ ATF 120 II 335 s.

³¹⁹ Cf. W. FELLMANN, Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?, in: Medialex 2/1995, p. 94 ss, 97.

jurisprudence va effectivement reconnaître dans le futur une responsabilité autonome fondée sur la confiance qui serait à cheval entre les responsabilités contractuelles et délictuelles³²⁰, à l'instar, par exemple, de l'Allemagne³²¹. On doit certainement s'attendre, en tout cas, à une aggravation de la responsabilité pour confiance fondée.

Il ressort encore du projet de révision du droit de la responsabilité civile que ce principe pourrait se généraliser³²². On peut dès lors s'attendre à ce que dans le futur, les avocats suisses puissent être appelés à répondre à l'égard de tiers dans certains cas, rejoignant la tendance évoquée plus haut dans d'autres pays, sur la base d'un principe général d'une responsabilité fondée sur la confiance telle qu'il se dégage de l'arrêt Swissair, même en l'absence d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle³²³!

5.3. Le respect du secret professionnel

5.3.1. L'enjeu

Le secret professionnel de l'avocat est un pilier fondamental de notre Etat de droit³²⁴; il est aussi certainement l'un des points de repère indispensables qui permet de cerner la profession d'avocat et de la distinguer des autres conseillers juridiques. Il est essentiel à l'exercice de la profession d'avocat, dans l'intérêt de son client, et dans l'intérêt public de protéger le droit à l'assistance d'un défenseur, parce que son (bon) usage fait partie des éléments de définition de cette profession.

A une époque où la communication et la transparence sont devenues des maîtres mots³²⁵, où la publicité fait partie de notre culture, le secret professionnel pourrait apparaître comme un privilège, voire même un pouvoir qui met l'avocat au-dessus des lois. Cela étant, le secret professionnel se heurte aujourd'hui, plus que par le passé lorsque l'Etat social et fiscal était moins efficace et surtout moins importun, à de nouvelles difficultés dont les solutions sont encore à trouver. Une réflexion doit se faire régulièrement autant pour le rappel du principe en des mots adaptés au temps, autant pour l'usage qui doit tenir compte des circonstances actuelles et des lois imposant de nouveaux devoirs aux avocats.

³²⁰ Cf. W. FELLMANN, Haftung, p. 97.

³²¹ Cf. W. FELLMANN, Haftung, p. 98.

³²² Cf. W. FELLMANN, Haftung, p. 100 s et ses réf.

³²³ Ce principe vient d'être confirmé dans l'arrêt Grossen c/Fédération Suisse de Lutte Amateur (ATF 121 III 350 ss) dans lequel le Tribunal fédéral a admis la responsabilité de l'association (malgré l'absence de tout contrat) pour le dommage subi par le sportif sélectionné dans un premier temps pour un championnat du monde, puis écarté.

³²⁴ X. OBERSON, Le secret professionnel des avocats et la TVA, in: L'avocat suisse, 153/1994, p. 14.

³²⁵ B. CORBOZ, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, SJ 1993, p. 77.

5.3.2. Rappel des principes

Le respect du secret professionnel est un droit et un devoir pour l'avocat. Il explique et justifie l'inviolabilité de l'étude de l'avocat³²⁶.

Les principaux éléments qui fondent le secret professionnel ont été rappelés clairement par le Tribunal fédéral dans ses derniers arrêts³²⁷, et récemment par SCHLUET³²⁸. Afin de cerner la notion actuelle du secret professionnel, il est nécessaire de mettre ces éléments en lumière.

A. Les intérêts protégés

Le Tribunal fédéral réaffirme que le secret professionnel est autant de l'intérêt du client (qui doit absolument pouvoir faire confiance à son avocat), que de l'intérêt de l'avocat lui-même (qui a besoin d'être parfaitement renseigné, grâce à la confiance accordée, et d'être en mesure d'exécuter correctement son mandat).

Les intérêts de l'un et de l'autre se recouvrent de manière évidente et sont interdépendants. Le mandant doit pouvoir confier à son mandataire des éléments de sa vie privée, voire de sa vie intime³²⁹, ses pensées et tous éléments confidentiels nécessaires pour obtenir conseil et assistance³³⁰. On remarque d'emblée combien il est important que l'avocat précise avec son client le cadre du mandat qui l'autorise à divulguer, dans un échange de correspondance, en justice, auprès des autorités administratives, etc., les informations qui, objectivement et loyalement, sont utiles à la défense des intérêts de son mandant. Les pouvoirs donnés à l'avocat constitueront donc autorisation de parler (art. 321 ch. 2 CP) dans un cadre délimité et choisi³³¹. Le contenu du mandat d'espèce est sans pertinence, comme le relève à juste titre le Juge fédéral Corboz³³² pour dire si la personne recevant un secret est ou non un avocat.

Il faut souligner cependant, et avant tout, l'ancrage du secret professionnel à l'intérêt public, ce qui ressort autant de l'interprétation *créatrice*³³³ que le Tribunal fédéral a faite de l'art. 4 Cst., que de l'application directe de l'art. 6 CEDH dans notre ordre juridique³³⁴. En effet, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit à être conseillé, défendu, dans les sociétés démocratiques est intimement lié au principe de la prééminence du droit

³²⁶ HAMELIN/DAMIEN, p. 281, no 256.

³²⁷ En particulier l'ATF 112 I 607/608.

³²⁸ W.R. SCHLUET, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zurich 1994.

³²⁹ P. TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, p. 67, no 466; W.R. SCHLUET, p. 20, no 20.

³³⁰ ATF 91 I 200; JdT 1966 I 299 c. 3.

³³¹ SJZ 91, no 21, p. 405 ad 14 AnwG: AK940060, E.

³³² B. CORBOZ, p. 83.

³³³ W.R. SCHLUET, p. 57, no 69.

³³⁴ W.R. SCHLUET, p. 38 no 45.

et, par conséquent, à la place primordiale du droit de la défense³³⁵. Cette évolution du fondement du secret professionnel, qui reflète plus l'acception française³³⁶, n'est en réalité pas en contradiction avec notre interprétation helvétique du secret conçu «*fondamentalement dans l'intérêt du client*»³³⁷. L'intérêt public au secret, en Suisse, prend racine dans la protection de la sphère personnelle du client qui comprend aussi sa relation avec son avocat qualifiée «*d'élément essentiel au respect de la vie privée*»³³⁸ et protégée par l'art. 28 CC. Toute atteinte au secret professionnel constituerait d'abord une atteinte à des droits strictement personnels fermement protégés par l'ordre juridique suisse³³⁹. Ensuite, à défaut d'une règle stricte protégeant le secret professionnel, l'avocat ne pourrait plus «*s'acquitter de ses tâches*» dans un Etat de droit³⁴⁰. On y voit donc l'affirmation, par d'autres voies, de la prééminence du droit, justifiée par le respect de la dignité humaine (Menschenwürde)³⁴¹, droit lui-même garanti, notamment, par l'assistance ou le conseil donné par l'avocat à qui le client peut se confier sans réserve; sinon «*die Erfüllung der Aufgaben des Anwaltes im Dienste der Rechtspflege wäre damit in Frage gestellt*»³⁴².

Pour bénéficier d'une légitime protection, les confidences faites par un client ne sont couvertes par le secret professionnel que si elles le sont à celui qui exerce bien la profession d'avocat régie par des règles juridiques précises, confidences reçues dans l'exercice de cette profession³⁴³. On comprend d'emblée que tout ce qui sort de l'exercice de cette profession n'est plus justifié ni par l'intérêt du client à pouvoir faire confiance à son avocat, ni par l'intérêt public de protéger efficacement le droit de chacun à se défendre ou à être conseillé.

L'intérêt public n'est pas seulement d'ailleurs de protéger la relation de confiance qui s'instaure entre l'avocat et son client. Il va jusqu'à la protection des secrets de tiers dont l'avocat a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. Une fois de plus, le principe de la prééminence

³³⁵ CEDH 23.11.1993, art. 6 CEDH, Potrimol c/France, 39/1992/384/462.

³³⁶ «*Le secret professionnel de l'avocat n'est établi ni dans l'intérêt des professionnels qui reçoivent des confidences, ni même dans l'intérêt de ceux qui ont livré leurs confidences, il est dans l'intérêt public*»: HAMELIN/DAMIEN, p. 283, no 258.

³³⁷ RFJ 1995, p. 82; RSJ 91/1995, p. 118 et ss.

³³⁸ Recommandation 1012, 1985 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe «relative à l'harmonisation de la réglementation concernant le secret professionnel».

³³⁹ ATF 91 I 204; JdT 1966 I 299 et 300; dans une publication récente, (Information als Gegenstand des Rechts, Zurich, 1995, p. 364), DRUEY exprime un avis différent; selon lui, la protection du secret professionnel n'a pas son fondement dans les droits de la personnalité mais dans le principe de la bonne foi.

³⁴⁰ *Ibid.* p. 205 et JdT *idem* p. 299.

³⁴¹ W.R. SCHLUEP, p. 63, no 76.

³⁴² ATF 91 I 206 notamment cité par F. GYGI, Beiträge zum Verfassungs-und Verwaltungsrecht, Berne 1986, p. 542; cf. également D. PONCET, Les garanties de la libre communication avec un conseil, in: L'avocat suisse, 139/1992, p. 28 ss, 30 s.

³⁴³ ATF 114 III 107 cons. 3a; 112 Ib 608 cons. c; 101 Ia 11 s.

du droit et la place primordiale des droits de la défense sont protégés à la condition que chacune des parties puisse s'exprimer librement et faire valoir tous ses arguments.

B. L'avocat astreint au secret professionnel

L'obligation de garder le secret est consacrée par les lois cantonales sur la profession, (mais pas toutes!), par les us et coutumes de chaque barreau, ainsi que par l'art. 321 CP, disposition qui énonce avant tout dans quelles conditions l'avocat qui ne respecte pas le secret est punissable³⁴⁴.

Aujourd'hui, bien plus que par le passé, la difficulté est grande de donner une définition de l'avocat tel que désigné par le Code pénal tant sont diverses ses activités en raison notamment de la multitude des domaines de la vie réglés par des lois. Bien des personnes font appel aux services d'un avocat dans des domaines non traditionnels en raison de ses compétences à résoudre des difficultés, de son expérience éventuelle du monde économique ou politique, en raison bien entendu aussi de ses connaissances juridiques toujours utiles, voire indispensables dans tous les domaines de la vie économique ou de la vie associative par exemple, si bien qu'il peut parfois être malaisé de déterminer si c'est à l'avocat que l'on a fait appel ou non. Ni le brevet cantonal, ni l'inscription au tableau cantonal des avocats agréés ne seraient décisifs puisque l'interprétation de l'art. 321 CP relève du droit fédéral; la définition de l'avocat est donc donnée par le droit fédéral. Un avocat d'un autre canton ou un avocat étranger doivent être considérés comme un avocat au sens de cette disposition³⁴⁵.

Il y a des situations sans équivoque: l'avocat du monopole ou de façon plus imagée, l'avocat en robe. Il y a d'autres cas où l'avocat est soumis à des règles de responsabilité, à des devoirs précisés par la loi en raison des fonctions annexes qu'il occupe: organe de personne morale, tuteur, exécuteur testamentaire, liquidateur³⁴⁶. Quand il porte ces casquettes, il ne peut pas porter en même temps un autre chapeau. Sa position est en principe définie. Il est ou il n'est pas avocat et il est ou n'est pas soumis au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP.

L'avocat qui conseille en matière juridique, qui établit un contrat, est-il celui que désigne l'art. 321 CP? Dès qu'il est mandaté, un avocat peut se trouver en devoir de justifier de son état au sens de la disposition pénale³⁴⁷: ainsi, «l'avocat d'affaires»³⁴⁸, l'avocat engagé politiquement ou sociale-

³⁴⁴ Cf. B. CORBOZ, p. 79; W.R. SCHLUER, p. 34 ss.

³⁴⁵ Cf. B. CORBOZ, p. 82; S. TRECHSEL, Kurzkommentar, ad art. 321, n. 5.

³⁴⁶ Cf. également SJZ no 91, 1995, p. 405 ad art. 14 ANwG-ZU.

³⁴⁷ Cf. F. ROTHENBÜHLER, p. 65, citant notamment l'ATF 100 Ia 163.

³⁴⁸ B. DE PREUX, notes sur l'application de l'art. 305 ter du CPS aux avocats, *L'Avocat suisse*, 149/1994, p. 14 et 15.

ment, l'avocat chargé d'un mandat d'encaissement³⁴⁹, l'avocat gérant de fortunes dans le cadre d'un partage successoral³⁵⁰.

Peu importe que l'avocat n'exerce pas en l'espèce, ni même habituellement, une activité relevant du monopole³⁵¹. Par contre, ce qui compte, c'est que le secret a été reçu dans l'exercice des «activités traditionnelles» de la profession. La difficulté réside évidemment dans la distinction entre les activités traditionnelles et celles qui ne le sont plus. En principe, il devrait y avoir une présomption en faveur du secret.

C. Le secret

a) Notion

Selon la formule consacrée, le secret professionnel s'étend à tout ce que l'avocat apprend dans l'exercice de son mandat, et non seulement au secret proprement dit; il couvre tous les faits confiés au mandataire qui présentent un certain rapport avec sa profession³⁵². Cette définition très générale désigne tout d'abord toutes les informations que l'avocat reçoit de son client, par oral dans son cabinet ou par téléphone, par écrit dans le cadre de la correspondance postale ou par télécopie, de même que par tout document confié pour la défense des intérêts de celui qui les remet. Ainsi ont notamment été considérées comme protégées par le secret professionnel les confessions écrites reçues par un avocat et qui avaient été dérobées³⁵³. Le Tribunal fédéral a admis que même si ces documents avaient échappé à la maîtrise de l'avocat ensuite d'un vol, ils demeuraient totalement protégés par le secret professionnel. Ils ne pouvaient être saisis par l'autorité pour en faire usage dans le cadre de poursuites pénales.

Il est intéressant de relever la motivation de cet arrêt. Il tente de cerner le fondement du droit pour l'avocat de se prévaloir du secret professionnel. Le Tribunal fédéral laisse d'abord la question ouverte de savoir si, indépendamment des règles de droit cantonal, le droit au secret professionnel de l'avocat peut être déduit directement du droit constitutionnel, soit en particulier de l'interdiction du déni de justice (art. 4 Cst.) et des garanties de procédure qu'elle implique (respectivement de l'art. 6 CEDH) et du droit non écrit à la liberté personnelle (respectivement de l'art. 8 CEDH). En fin d'arrêt, il ébauche un début de réponse en tenant compte de la finalité de la règle, toute autre solution pouvant heurter le sentiment du droit et de l'équité et apparaître arbitraire, dit-il. La décision qu'il a cassée dans cet arrêt consacrait «... *une atteinte illicite à la liberté personnelle, ainsi qu'au respect de la vie privée qui en est un aspect*»³⁵⁴. Ainsi, notre

³⁴⁹ ATF 120 Ib 112.

³⁵⁰ Cf. L'Avocat suisse 110/1987, p. 12, et 123/1989, p. 20.

³⁵¹ Cf. B. CORBOZ, p. 82 s.

³⁵² ATF 117 Ia 348, cons. 6a.

³⁵³ ATF 117 Ia 348.

³⁵⁴ Cons. 6b i.f.

Haute Cour paraît s'engager sur la voie délicate du droit pour l'avocat de se prévaloir de l'atteinte au droit de la personnalité de son client. Ne serait-il pas plus cohérent d'admettre une fois pour toutes que le secret professionnel est d'intérêt public et que la protection des informations confiées à l'avocat est en principe présumée et totale. Il y aurait là enfin une cohérence de tout le système juridique enraciné au gré des années dans différentes sphères du droit, la Constitution par le biais de l'art. 4, la CEDH par les art. 6 et 8, le Code civil par le biais des droits de la personnalité, le Code des obligations notamment au chapitre du mandat, le droit pénal bien sûr par l'art. 321 et qui a toujours été le point de départ de toute argumentation judiciaire, les lois cantonales enfin³⁵⁵.

Cela paraît d'autant plus nécessaire lorsque l'on découvre au fil des arrêts rendus en matière civile que le secret professionnel y est moins bien protégé qu'en matière pénale où le juge risque toujours la sanction des juges de Strasbourg. Comment ne pas s'inquiéter de l'affirmation selon laquelle la correspondance échangée entre un client et son avocat dans une cause civile ne bénéficierait pas – en raison de sa nature – d'une protection opposable au juge pénal auquel il serait interdit d'en prendre connaissance? «*On ne voit pas quel motif pourrait justifier un tel privilège exorbitant.*»³⁵⁶ Le contexte d'une telle affirmation n'est pas précisé si bien que l'on peut y voir une décision ne prenant en compte que les documents saisis auprès du client de l'avocat et non auprès de l'avocat lui-même. Il s'agit de limiter totalement les effets d'une telle citation qui pourrait être reprise hors contexte pour justifier un affaiblissement du secret professionnel dans les causes civiles. En effet, à force d'ébranler le secret par touches successives, par des affirmations répétées concernant le caractère commercial de certaines activités de l'avocat lorsqu'il agit dans le cadre d'un mandat d'encaissement³⁵⁷, l'on risque de parvenir à une règle beaucoup trop sujette à interprétation autant pour l'autorité que pour l'avocat suivant les circonstances.

b) Le secret de la clientèle

Le premier fait protégé par le secret professionnel est la décision du client de consulter un avocat³⁵⁸. Evidemment, ce fait n'est plus secret lorsque l'avocat annonce au Tribunal qu'il représente son client. Il est aussi parfois connu que tel avocat représente les intérêts de telle partie³⁵⁹ (même si les us et coutumes, en Suisse, s'opposent à ce qu'un avocat puisse dévoiler le nom de ses clients habituels). Dans de nombreuses circonstances, le client

³⁵⁵ Cf. S. SPAHR, Les règles de la profession d'avocat en droit valaisan, RVJ 1988, p. 420 B.

³⁵⁶ SJ 1994, p. 108, cons. 4.

³⁵⁷ ATF 120 Ib 112.

³⁵⁸ Cf. B. CORBOZ, p. 85; W. FELLMANN, Commentaire, n. 61; S. TRECHSEL, n. 18.

³⁵⁹ Si, par exemple, il a reçu mandat de s'annoncer; cf. K.-F. SPÄH, Aus der neueren Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, RSJ 91/1995, p. 405.

qui sollicite un conseil, indépendamment de toute procédure (ou même en vue d'une éventuelle procédure) a droit à ce que cette démarche reste couverte par le secret professionnel.

Cet aspect du secret est menacé par le fisc, notamment dans la perception de la TVA. L'Etat semble souhaiter que l'avocat soit non seulement l'auxiliaire de la justice mais encore du fisc, puisqu'il doit collaborer avec celui-ci pour permettre une taxation complète et exacte de ses revenus par exemple³⁶⁰ et qu'il doit rendre des comptes comme prestataire de services soumis à la TVA³⁶¹.

Certes, dans le cadre de la LIFD, c'est l'avocat lui-même qui est contribuable. En cette qualité il ne jouit d'aucun privilège. Il se doit de toujours agir de manière à ce que l'on ne puisse douter de son honnêteté ou de sa probité, notamment fiscale, ce qui sera la meilleure garantie du respect du secret professionnel auquel la loi ne fait plus référence³⁶².

Sous l'angle des obligations issues de la TVA, c'est en premier lieu le client de l'avocat qui est le contribuable, l'avocat n'étant lui-même qu'un «percepteur» tenu de prélever la taxe et de la verser à l'administration fiscale fédérale. Sous l'angle du secret professionnel, l'avocat est dans une situation moins précaire puisque l'art. 49 al. 3 OTVA le réserve expressément lorsqu'il s'agit des prestations de services d'un avocat.

Le conflit, s'il en surgit un, dans les deux cas apparaît au moment où l'avocat tenu au secret professionnel doit justifier devant l'administration fiscale des revenus tirés de ses activités d'avocat ou des montants TVA qu'il doit facturer et encaisser, ou encore des exonérations auxquelles ont droit certains de ses clients étrangers pour des services utilisés ou exploités à l'étranger³⁶³. Il a alors été toujours rappelé opportunément que l'art. 321 ch. 3 CP réserve la possibilité pour le législateur fédéral et cantonal de statuer une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice, balayant ainsi sans trop de scrupules un éventuel conflit de lois de rangs égaux ou différents, à défaut de parvenir à balayer un éventuel conflit de conscience de l'avocat qui demeure, en dernier ressort, seul maître de la décision de parler, seul responsable des conséquences d'une telle décision³⁶⁴.

C'est oublier que le secret professionnel n'est pas simplement fondé sur la menace d'une sanction pénale en cas de violation. C'est oublier la complexité de l'enracinement de cette notion dans des normes de rangs divers, à commencer par le droit constitutionnel, la CEDH, le droit privé, pénal et cantonal comme on l'a vu. C'est oublier enfin que toucher au

³⁶⁰ Cf. Art. 123 et 126 LIFD; J.-M RIVIER, Le secret professionnel de l'avocat et le fisc, in: L'Avocat suisse, 146/1993, p. 16.

³⁶¹ Cf. X. OBERSON, p. 14.

³⁶² Cf. J.-M. RIVIER, p. 15 et 17.

³⁶³ Cf. X. OBERSON, p. 15 ss.

³⁶⁴ Cf. C. MOSSU, Mesures contre la fraude fiscale, Commentaire, Zurich 1982, p. 41 ss.

secret professionnel, même de manière normative, constitue «un coup de pied» donné à l'Etat de droit, édifice auquel le peuple suisse tient tellement qu'il n'a pas cru nécessaire d'en affirmer le principe constitutionnellement³⁶⁵. Les enjeux sont donc importants, tout particulièrement en matière fiscale.

5.3.3. L'avocat, confident nécessaire

Comme le confesseur ou le médecin, l'avocat est un «confident nécessaire», notion exprimée depuis le début du siècle³⁶⁶. La définition que donne le Petit Robert du confident est éloquente: «*qui a la confiance de qqn. Personne qui reçoit les plus secrètes pensées de qqn*». Cette définition rappelle les prémisses helvétiques du secret professionnel fondé sur l'intérêt du client à pouvoir se confier.

A. La jurisprudence récente

Des arrêts récents, en particulier l'arrêt rendu dans le cadre de l'application de la loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale³⁶⁷, entrouvrent une porte qui pourrait s'avérer dangereuse pour la relation avocat-client. Selon cet arrêt, lorsque l'élément commercial prévaut dans le mandat (d'encaissement en l'espèce) et lorsqu'un tel mandat peut ne pas être exercé exclusivement par un avocat mais également par des banques ou des fiduciaires par exemple, l'avocat ne peut invoquer le secret professionnel et la dispense de témoigner.

Cet arrêt fait suite à celui où le Tribunal fédéral avait déjà «trié» les activités d'un avocat, celles d'une part entrant traditionnellement dans le domaine des activités d'avocat, celles d'autre part où l'élément commercial prévaut, l'avocat étant membre d'un conseil d'administration³⁶⁸. Ce dernier arrêt avait paru d'une grande clarté et d'une logique infaillible. L'argument était convaincant. En réalité autant que l'argument, le résultat avait convaincu parce que compatible avec la logique de l'ordre juridique.

Aujourd'hui, il n'y a pas besoin d'être grand voyant pour comprendre les risques de mesurer à l'aune commerciale les atteintes que l'on peut porter au secret professionnel. Vrai est-il également que l'avocat aura tendance, avec raison d'ailleurs, de déclarer que sa présence dans un conseil d'administration par exemple n'est pas fortuite mais bel et bien liée à ses connaissances juridiques, son expérience et ses qualités d'avocat. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est plus avocat mais administrateur. Ses fonctions, ses responsabilités et ses devoirs sont essentiellement différents, régis par d'autres règles. Il est dès lors tout à fait clair qu'il y aurait abus à se prévaloir du secret professionnel lorsque l'on fonctionne comme

³⁶⁵ Cf. P. BÖCKLI, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat, RSJ 76/1980, p. 105.

³⁶⁶ Cf. J.-M. RIVIER, p. 15 et citations; W.R. SCHLUER, p. 34.

³⁶⁷ ATF 120 Ib 112, cons. 4.

³⁶⁸ ATF 114 III 107.

organe d'une société. Toutefois, si l'avocat occupe son siège d'administrateur en fonction d'un contrat fiduciaire passé avec son client actionnaire, le contenu de cet accord reste couvert par le secret professionnel³⁶⁹.

La notion d'élément commercial prépondérant a été utilisée une nouvelle fois dans un arrêt relatif à un mandat d'encaissement³⁷⁰.

B. Observations critiques

Le Tribunal fédéral a illustré la notion d'élément commercial prépondérant par l'exemple des banques et fiduciaires généralement appelées à accomplir le genre de démarches visées. On a ainsi dépassé la limite de l'intrusion admissible, quand bien même l'activité professionnelle de l'avocat a des contours parfois difficiles à cerner³⁷¹.

Ce n'est pas parce qu'un autre (banque, gestionnaire de fortune, conseiller juridique) peut rendre un même service ou même le fait habituellement que l'avocat n'est plus soumis au secret professionnel lorsqu'il accomplit la même prestation. Ce n'est pas parce que des conseillers juridiques et fiscaux exercent des activités semblables, ce n'est pas parce que des juristes de banque ou d'assurance protection juridique ayant fort souvent une formation d'avocat fournissent conseils et assistance que l'avocat exerçant la même activité ne serait plus pour autant soumis au secret professionnel.

Pour déterminer les frontières du secret professionnel, il faut reprendre la raison première du secret professionnel en Suisse, la notion de «confident nécessaire». Le secret professionnel se rapporte à la sphère privée³⁷² dont certaines parcelles sont révélées par le client, personne physique ou morale, à l'avocat ou dont l'avocat a connaissance à l'occasion d'une affaire ou par un tiers. Lorsque les droits de la personnalité, en principe incessibles (seul l'usage est cessible), intransmissibles³⁷³, inammissibles (le client peut cependant renoncer, par exemple, à déposer plainte contre l'avocat pour violation du secret professionnel au sens de l'art. 321 CP)³⁷⁴, lorsque ces droits font partie de la relation de confiance instaurée avec l'avocat, il doit y avoir protection absolue du secret professionnel même si l'avocat n'a reçu qu'un «tout petit» mandat d'encaissement. Le client qui explique son affaire à son avocat ne doit pas avoir à se demander si le fait qu'il confie se rattache à une activité qui présente un élément commercial prépondérant, ce qui aurait pour effet que le fait confié ne serait pas couvert par le secret professionnel. En vertu du rapport de confiance particulier qui lie l'avocat à son client, «*l'avocat doit pouvoir susciter la*

³⁶⁹ G. KRNETTA, *Der Anwalt als Organ einer juristischen Person*, Zurich 1994, p. 18.

³⁷⁰ ATF 120 Ib 112.

³⁷¹ Cf. B. CORBOZ, p. 87.

³⁷² Cf. W.R. SCHLUEP, p. 20, no 20e.

³⁷³ En principe les héritiers ne peuvent pas délier l'avocat du secret professionnel: ATF 1961 IV 105.

³⁷⁴ Cf. P. TERCIER, p. 50, n. 330 à 339.

confiance absolue de son client, ce dernier devant pouvoir se fier entièrement à la discréction de son défenseur»³⁷⁵.

L'avocat et son client pourront faire valoir non seulement la norme négative de l'art. 321 CP mais aussi la protection des droits de la personnalité de l'un et de l'autre³⁷⁶, voire même d'un tiers, dans la mesure où la «confidence nécessaire» se justifie notamment par l'intérêt du client à pouvoir se défendre dans un Etat de droit et, dès lors, de se confier à son avocat; par l'intérêt de l'avocat à être complètement renseigné de manière à pouvoir conseiller utilement son client³⁷⁷.

Ce sont tous ces éléments qui fondent, ensemble et de manière indissociable, ce que l'on doit appeler l'intérêt public à assurer efficacement la prééminence du droit notamment par l'assistance de l'avocat. Cette conception implique que l'avocat respecte ses devoirs professionnels, qu'il ne «prête» pas sa fonction comme «couverture» pour des opérations qui ne seraient pas protégées par le secret professionnel si elles étaient exécutées par un autre mandataire et, finalement, que l'avocat qui ne respecterait pas ces règles soit sévèrement sanctionné.

C. Libre communication entre l'avocat et son client

Il est malheureusement encore nécessaire (car les législateurs cantonaux et les tribunaux ne semblent pas toujours vouloir le comprendre ou l'admettre) de relever que le droit pour le prévenu de bénéficier de l'assistance d'un avocat implique qu'il puisse communiquer avec celui-ci. Or, ainsi que l'a rappelé PONCET, cette communication doit être protégée en toutes circonstances par le secret professionnel; de plus, pour être effective, cette communication doit pouvoir être complète, libre, immédiate et continue³⁷⁸.

N'est-il pas choquant qu'après vingt ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse, après l'entrée en vigueur du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la mise en oeuvre du droit fondamental de la communication du prévenu avec son conseil dépende encore des «impératifs» du calendrier des pouvoirs législatifs cantonaux? A juste titre, PONCET relève que cette situation législative et ces habitudes «*nous feraient frémir si nous les voyions appliquées à nos compatriotes lorsque ceux-ci se trouvent privés de liberté à l'étranger*»³⁷⁹.

³⁷⁵ ATF 117 Ib 341, 348.

³⁷⁶ Dans notre société très individualiste, extrêmement sensibilisée avec raison au respect de la personnalité, le recours à la norme cadre de l'art. 28 CC donne plus de cohérence à la protection des droits des personnes face aux tiers et face à l'Etat; cf. P. TERCIER, nos 169 et 194.

³⁷⁷ Cf. B. CORBOZ, p. 79.

³⁷⁸ Cf. D. PONCET, Garanties, p. 28 s.

³⁷⁹ Cf. D. PONCET, Garanties, p. 35; dans le canton de Fribourg, où l'avocat ne peut être présent lors de l'interrogatoire du prévenu par le juge d'instruction, la révision du code de procédure pénale a débuté il y a 20 ans; alors que le projet de révision est actuellement

Il est temps que les droits découlant de diverses lois fédérales ou conventions internationales s'imposent dans les habitudes judiciaires cantonales (ainsi s'est imposé le droit pour la victime désignée par l'art. 7 al. 1 LAVI de se faire assister d'un avocat durant la procédure où elle est partie civile³⁸⁰).

Il devrait aller de soi que cette communication entre le client et son avocat devrait être libre, c'est-à-dire qu'elle devrait pouvoir s'exercer par écrit ou par oral sans surveillance: pas de censure³⁸¹, ni d'écoute téléphonique. Sur ce dernier point, le Conseil fédéral a été prié de prendre les mesures nécessaires pour garantir que soient exclus, par des mesures techniques et administratives, la surveillance et l'enregistrement de conversations téléphoniques (y c. télécopies) entre accusés ou inculpés et des détenteurs du secret professionnel³⁸². La tâche du Conseil fédéral n'est évidemment pas très aisée puisque cette surveillance est actuellement réglée dans les lois cantonales.

5.3.4. Les limites du secret professionnel

L'art. 321 CP qui punit la violation du secret professionnel réserve les cas dans lesquels l'avocat est obligé, en application de règles fédérales ou cantonales, de témoigner ou de renseigner.

A. Obligation de témoigner

L'avocat cité comme témoin doit-il témoigner? La loi (ainsi l'art. 77 PPF) lui donne le droit de refuser de témoigner. S'il a l'intention de parler l'avocat devra alors préalablement obtenir le consentement de son client et à défaut obtenir l'autorisation de l'autorité de surveillance.

Si la loi cantonale applicable ne prévoit pas la possibilité du refus, l'avocat est en principe obligé de témoigner et ne sera donc pas punissable.

B. Obligation de renseigner

Des dispositions légales de plus en plus nombreuses obligent le justiciable à répondre aux questions du fisc ou de la police du canton de domicile ou d'ailleurs par le biais de l'entraide judiciaire. Deux situations particulières seront traitées ici: la perquisition à l'étude de l'avocat et l'obligation de vigilance.

examiné par la commission parlementaire, le Conseiller d'Etat Directeur du Département de la Justice s'est récemment demandé si la poursuite des travaux de révision était encore utile puisqu'on commence à parler d'un code fédéral de procédure pénale ...

³⁸⁰ Message, FF 1990 II 931.

³⁸¹ Cf. D. PONCET, Garanties, p. 29.

³⁸² Cf. motion G. STUCKI, in: L'Avocat suisse, 149/1994, p. 12 s.

a) Perquisition dans une étude

Qu'en est-il lorsqu'un juge d'instruction veut procéder à une perquisition dans une étude, et, le cas échéant, y saisir des documents?

L'étude de l'avocat est en principe inviolable. Mais l'avocat ne peut, ni volontairement, ni par mégarde, se faire le complice de son client en lui facilitant la dissimulation de documents ou d'objets susceptibles d'être recherchés par le juge d'instruction. Si celui-ci a la conviction que la preuve de crimes ou délits peut être acquise par la saisie de documents dans une étude, une perquisition pourra être envisagée. Le magistrat ne devra cependant entreprendre que ce qui est nécessaire faute de quoi l'art. 8 CEDH serait violé.

Les règles françaises – reprises en pratique à Genève – délimitent clairement la marche à suivre: ne peut être recherché que ce qui peut constituer «le corps même» de l'acte coupable. L'étude doit demeurer à l'abri des recherches qui n'auraient pour objet que la découverte d'indices des délits ou crimes imputés au client. L'auteur de la perquisition et celui qui l'effectue ont l'obligation de prendre toute mesure utile pour que soit assuré le respect du secret professionnel ou des droits de la défense (art. 56 al. 3 Code procédure pénale français). En particulier:

- le juge d'instruction qui envisage d'opérer une perquisition chez un avocat avise le procureur général et prévient le bâtonnier de l'ordre;
- le bâtonnier (ou son représentant) assiste à la perquisition;
- le magistrat procède à l'examen des dossiers de l'avocat (relatifs au client objet de l'enquête/instruction) pour rechercher s'il y découvre le corps du délit: *«En cas de doute sur le caractère confidentiel d'un document, le magistrat interrogera le représentant de la profession; en cas de divergence d'interprétation, ce dernier pourra faire consigner ses réserves au procès-verbal de saisie. Il appartiendra aux juridictions compétentes de trancher le litige»*³⁸³.

La procédure est la même en matière douanière et fiscale³⁸⁴. Il est souhaitable qu'une telle pratique soit suivie en Suisse, même si la loi ne le prévoit pas expressément. C'est le cas à Genève³⁸⁵ et dans le canton de Vaud.

b) Obligation de renseigner en matière d'opérations financières

Les problèmes de blanchiment de l'argent produit du crime ont beaucoup occupé les milieux bancaires et juridiques en Suisse ces dernières années³⁸⁶. Suite à l'adoption de l'art. 305 bis CP (relatif au blanchiment des

³⁸³ Cf. Circulaire du Garde des Sceaux du 22.1.1986 relative aux perquisitions dans le cabinet ou au domicile des avocats, citée par HAMELIN/DAMIEN, p. 289, n. 1.

³⁸⁴ Cf. HAMELIN/DAMIEN, *id.*

³⁸⁵ Voir Circulaires et décisions du conseil de l'ordre des avocats de Genève, ad art. 3 Us et Coutumes, p. 6, ch. 5.

³⁸⁶ Cf. M. KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Etude de l'art. 305 ter du Code pénal suisse, th. Lausanne 1994, Zurich 1994.

produits du crime), le législateur fédéral a complété cette disposition par l'art. 305 ter CP, qui, d'une part, réprime le défaut d'identification de l'ayant droit économique et, d'autre part, autorise les personnes visées au premier alinéa à communiquer aux autorités de poursuite compétentes «*les indices leur permettant d'établir que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime*» (art. 305 ter al. 2 CP).

Actuellement, le législateur fédéral prépare la loi – de caractère administratif – relative à la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier³⁸⁷. En plus de l'obligation de vérification de l'ayant droit économique (déjà imposée par l'art. 305 ter CP), le projet introduit une obligation, un devoir de déclaration (ou de «geler» le patrimoine confié), lorsque l'intermédiaire sait (ou a des raisons de soupçonner) que les valeurs patrimoniales, au sujet desquelles on a sollicité ses services, sont liées à une activité criminelle.

Lors des discussions qui ont suivi la procédure de consultation, la Fédération suisse des avocats a pu faire admettre aux experts du Département fédéral des finances que l'obligation de déclaration n'était pas applicable aux avocats (et aux notaires) dans leurs activités professionnelles spécifiques, couvertes par le secret professionnel³⁸⁸. Cela signifie que l'obligation s'appliquera lorsque l'avocat (ou le notaire) exercera une activité étrangère à sa profession (mandat d'administrateur de société, pure gestion de fortune ou toute activité privée ou relevant d'une autre profession).

La difficulté de la distinction entre activité *typique* et activité *atypique* – relevée ci-dessus au sujet du secret professionnel – ressurgira. Or, il est peu souhaitable qu'il appartienne au pouvoir politique ou administratif de décider si l'activité de l'avocat, dépositaire ou gestionnaire d'un patrimoine, est couverte par le secret professionnel. Une solution consisterait à mettre sur pied un organisme d'autorégulation qui recevrait les déclarations des avocats, statuerait sur l'existence d'un secret professionnel et, le cas échéant, informerait l'autorité compétente³⁸⁹.

³⁸⁷ Cf. M. KISTLER, p. 279 ss.

³⁸⁸ Cf. B. DE PREUX, Lutte contre le blanchiment d'argent et le secret professionnel, in: L'Avocat suisse, 158/1995, p. 3 s.

³⁸⁹ Cf. B. DE PREUX, Lutte, p. 4.

VI. Protection et surveillance de l'Etat

6.1. *Le monopole des avocats*

6.1.1. Un monopole limité

«*Les avocats sont au bénéfice d'un monopole.*» Cette phrase est souvent prononcée pour souligner un privilège de l'avocat qui doit aussi entraîner pour lui certains devoirs (accepter d'assumer des défenses d'office, par exemple). Ce monopole – terme évidemment empreint d'une connotation négative dans une société orientée vers la concurrence – doit être expliqué pour plusieurs raisons:

- dans certaines procédures, les avocats ne peuvent ni comparaître, ni assister leur client;
- le monopole ne s'étend pas à l'activité de conseil;
- les parties au procès n'ont pas l'obligation de procéder par l'intermédiaire d'un avocat;
- le monopole de représentation est battu en brèche.

6.1.2. Le refus des avocats

Alors que le système judiciaire se plaît à souligner et rappeler le rôle de collaborateur de la justice que doit jouer l'avocat au tribunal, il est des procédures ou des étapes de la procédure dont les avocats sont expressément exclus de crainte qu'ils n'enveniment inutilement le débat. Ainsi, l'avocat ne peut assister son client:

- devant le Juge de paix, autorité de conciliation (selon les cantons);
- devant le Président du tribunal, dans la procédure de conciliation en matière de divorce;
- devant le tribunal des prud'hommes.

MARTIN-ACHARD s'était déjà indigné à l'encontre de ces règles empreintes de méfiance à l'égard de l'avocat³⁹⁰. Plus récemment, AUBERT a montré que l'empêchement de comparaître de l'avocat devant les prud'hommes n'était en faveur ni du justiciable, ni d'un bon fonctionnement de la justice³⁹¹.

6.1.3. L'activité de conseil

L'avocat a-t-il le monopole du service des conseils juridiques contre rémunération? L'interrogation peut paraître saugrenue puisque chacun semble d'accord sur le fait que l'avocat n'est pas au bénéfice du monopole de la consultation³⁹². Pourtant, le Tribunal fédéral a affirmé le contraire³⁹³,

³⁹⁰ E. MARTIN-ACHARD, *La discipline*, p. 197 a.

³⁹¹ Cf. G. AUBERT, *Les mandataires professionnels devant le tribunal genevois des prud'hommes*, SJ 1990, p. 309 ss.

³⁹² F. ROTHENBÜHLER, p. 69.

³⁹³ ATF 100 Ia 63.

le canton de St-Gall l'admettait jusqu'à récemment³⁹⁴ et certains pays réglementent la consultation juridique³⁹⁵.

Evidemment, la réalité helvétique quotidienne démontre que les avocats n'ont pas de position privilégiée à cet égard. Au contraire, les banques et les fiduciaires non seulement offrent ce genre de services mais le font savoir, alors que l'avocat se voit interdire toute publicité. Certes l'ampleur et la complexité des règles juridiques qui régissent l'activité des banques, des assurances et des fiduciaires expliquent le développement de leurs services juridiques. La banque fait preuve d'une prudence justifiée en consultant son service juridique avant de conseiller telle opération ou telle manière de procéder à son client. Mais, dans cette hypothèse, le juriste de la banque est au service de son employeur; la situation est différente lorsque la banque, dans sa publicité, informe ses clients (actuels et potentiels) qu'ils peuvent, s'ils le souhaitent, obtenir auprès de la banque le conseil juridique nécessaire non pas seulement sur les conditions d'ouverture du compte-joint qu'ils ont ouvert ou envisagent d'ouvrir, mais encore la préparation de leur succession, les opérations relatives à la fondation d'une société, etc.

Lorsque les avocats critiquent ce genre d'activités en invoquant notamment de potentiels conflits d'intérêts, il leur est souvent répondu que ces juristes sont aussi des avocats. Cependant, aussi longtemps que ces juristes-avocats ne sont pas membres de l'ordre des avocats, ils ne sont pas tenus au respect des us et coutumes, ni soumis à la surveillance de l'Etat.

Certains cantons³⁹⁶ semblent même admettre que ces juristes-avocats puissent représenter des clients de la banque ou de la fiduciaire devant les tribunaux. Si l'on devait en arriver là, il serait alors logique d'admettre ces avocats dans le barreau (tableau des avocats admis à plaider), voire même dans l'ordre des avocats. Toutefois, ces confrères devront alors satisfaire aux conditions garantissant leur indépendance et le maintien du secret professionnel³⁹⁷.

6.1.4. Pas d'obligation de représentation (Anwaltszwang)

Les lois d'organisation judiciaire suisses ne connaissent pas l'«Anwaltszwang». Toute personne peut poursuivre elle-même son procès³⁹⁸ et n'est donc pas contrainte formellement de charger un avocat de la représenter, même lorsqu'elle procède devant le Tribunal fédéral. Cette pratique – qui se veut libérale et démocratique – est très différente des règles françaises, allemandes ou anglaises qui non seulement obligent les parties à procéder

³⁹⁴ F. ROTHENBÜHLER, p. 69 n. 143.

³⁹⁵ Ainsi l'Allemagne en fixe le cadre dans la Beratungsgesetz.

³⁹⁶ Voir ci-dessus 1.3.1. d.

³⁹⁷ Voir ci-dessus 1.3.1. f.

³⁹⁸ Ex.: art. 101 al. 1 CPC FR.

par l'intermédiaire d'un avocat (du moins à certains stades de l'appel) mais encore qui n'autorisent pas tous les avocats à présenter certains recours; seuls les avocats agréés auprès de la Cour d'appel pourront le faire. Des règles semblables ont été proposées sans succès en Suisse dans le but de décharger le Tribunal fédéral³⁹⁹. A lire dans les arrêts du Tribunal fédéral les nombreux considérants relatifs à la recevabilité des recours, cette situation semble regrettable. Une justice saisie par des avocats (voire spécialisés) serait peut-être plus disponible pour examiner les problèmes qui lui sont soumis et pourrait rendre des arrêts (meilleurs encore) dans des délais raisonnables. Ne serait-ce pas plus démocratique?

6.1.5. Le monopole de représentation

Lorsqu'il existe (ce qui est généralement le cas), le monopole est évidemment délimité par la législation cantonale (loi sur l'exercice de la profession d'avocat; loi d'organisation judiciaire; codes de procédure; ainsi, l'art. 101 al. 2 CPC FR: «*Le pouvoir de représenter ou d'assister une partie en justice est réservé aux avocats titulaires d'une patente fribourgeoise ainsi qu'aux avocats stagiaires.*»).

a) Le principe

Le monopole consiste à réserver certaines activités aux seuls détenteurs d'une autorisation de pratiquer (patente) à l'exclusion des personnes qui ne l'ont pas.

L'activité de *représentation* comprend la préparation des actes de procédure, l'assistance au client et le rôle d'intermédiaire entre ce dernier et les autorités judiciaires. On distingue parfois encore le monopole de *plaideoirie*, soit l'assistance apportée au client lors des débats judiciaires, alors que cette activité est généralement comprise dans celle de représentation⁴⁰⁰.

En raison de notre système fédéraliste d'organisation judiciaire et de procédure, les règles relatives au monopole de représentation figurent dans les lois cantonales et fédérales de procédure⁴⁰¹.

En *procédure fédérale*:

- en droit civil et en droit pénal, le monopole de représentation des avocats est reconnu aux seuls avocats patentés et aux professeurs de droit des universités suisses, (réserve étant faite pour les litiges provenant des cantons où l'exercice du barreau est libre (art. 29 al. 2 OJF);
 - en droit administratif (art. 11 LPA), la représentation des parties est libre.
- En *procédure cantonale*, le monopole des avocats est admis:

³⁹⁹ Cf. A. GRISEL, La surcharge des Cours suprêmes et le moyen d'y remédier, ZBI 1978, 373 ss, 383.

⁴⁰⁰ Cf. P. THEURILLAT, «Monopole» et libre circulation de l'avocat, RJJ 3/94, p. 199 ss, 206.

⁴⁰¹ Pour une présentation générale, cf. P. HESS, Das Anwaltsmonopol, th. Zurich, 1957.

- en procédure civile mais pas devant les prud'hommes et les tribunaux des baux et loyers;
- en procédure pénale (mais pas toujours);
- en procédure de poursuite pour dettes et faillite: en mainlevée⁴⁰², mais non pas devant les offices de poursuite ou l'autorité de surveillance⁴⁰³;
- en procédure administrative devant une cour fiscale⁴⁰⁴; mais de nombreuses lois cantonales prévoient expressément que d'autres mandataires que des avocats peuvent assister les parties en justice avec les problèmes déjà connus lorsque le législateur veut préciser la notion de «mandataire qualifié»⁴⁰⁵.

b) Un monopole battu en brèche

On a cru nécessaire et utile de restreindre le monopole des avocats en procédure administrative.

De plus en plus, lorsque des tribunaux spécialisés sont institués, les procédures cantonales admettent – d'elles-mêmes ou pour répondre aux exigences fédérales – que les parties puissent être représentées par des mandataires qui ne sont pas des avocats patentés:

- devant le tribunal des baux;
- devant le tribunal des prud'hommes;
- dans la procédure «simple et rapide» en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale.

Dans les procédures de divorce, des associations manifestent le souhait d'assister les parties. Il est probable que la révision en vue du droit du divorce ne fera que les encourager sous prétexte que la présence d'un avocat n'est plus nécessaire.

Pourtant, dans chacune de ces procédures, des problèmes juridiques délicats doivent souvent être examinés: p. ex. des problèmes de compétence entre le tribunal des baux et les tribunaux ordinaires; la liquidation du régime matrimonial. A première vue, le législateur semble en être conscient puisque – à l'exception de la procédure administrative fédérale et de certaines lois de procédures pénales – il ne consacre pas le principe de la libre représentation des parties, mais prévoit que l'avocat peut être remplacé par «un mandataire professionnellement qualifié». Cependant, lorsque le législateur a voulu, en procédure administrative genevoise par exemple, établir un tableau de ces mandataires (semblable au tableau des avocats), il s'est incliné devant l'impossibilité de cette tâche «*car il n'avait pas entrevu les problèmes que poseraient les critères d'inscription à ce tableau (exigences de diplômes, de pratique professionnelle), les conditions de la radiation (définition d'une déontologie profession par profes-*

⁴⁰² ATF 103 Ia 47 ss = JdT 1978 II 114 ss.

⁴⁰³ ATF 105 Ia 75 c. 7 = JdT 1981 I 683.

⁴⁰⁴ ATF 114 Ia 34 = JdT 1990 I 25.

⁴⁰⁵ Cf. n. 406.

sion, institution d'une ou plusieurs autorités de surveillance), la mise à jour du tableau, etc.»⁴⁰⁶.

Autrement dit, il faut admettre que l'on ne peut pas à la fois tout et son contraire: reconnaître des droits ou offrir aux justiciables des garanties de procédures toujours plus nombreux et, dans le même temps, simplifier la procédure ou croire qu'elle sera plus rapide.

Il est certain que de nombreux conflits ne devraient même pas aboutir dans un tribunal et que, lorsqu'ils y parviennent, les services d'un avocat seraient probablement d'un coût prohibitif vu les intérêts en jeu. Cependant, le choix de se faire ou non assister d'un avocat devrait appartenir exclusivement à la partie concernée; enfin, il faut rappeler que si la cause le justifie et qu'une partie ne dispose pas des moyens de se défendre, l'assistance judiciaire y pourvoira⁴⁰⁷.

6.2. *Le respect des règles professionnelles*

6.2.1. Les règles professionnelles

A. Les différentes sortes de règles

L'avocat exerçant sa profession est soumis aux règles suivantes:

- les devoirs énoncés dans la loi cantonale sur l'exercice de la profession d'avocat;
- les us et coutumes de l'ordre cantonal (lorsqu'il fait partie de l'Ordre et, pour les règles essentielles, même s'il n'en fait pas partie);
- le code de déontologie de la CCBE (Commission consultative des barreaux européens).

Quant aux lignes directrices de la Fédération suisse des avocats, elles s'adressent aux ordres cantonaux et ont pour but l'harmonisation de leurs us et coutumes.

La surveillance ne s'applique pas seulement à l'activité de l'avocat au tribunal mais également à celle de conseil. Elle s'étend même à d'autres activités qui ne seraient pas compatibles avec l'exercice de la profession⁴⁰⁸.

B. Dichotomie entre règles étatiques et us et coutumes?

L'observateur qui jette un premier regard sur nos systèmes cantonaux pourrait en déduire que l'on a d'une part des règles prescrites par la loi cantonale et dont l'Etat (une autorité cantonale) veille à l'application et, d'autre part, les us et coutumes (Standesregeln) de l'association de droit

⁴⁰⁶ D. FAVRE, Le mandataire professionnellement qualifié en procédure administrative genevoise, RSJ 87/1991, p. 333.

⁴⁰⁷ Les cantons ont très nettement amélioré les prestations versées aux avocats d'office ces dernières années; ainsi, sa rémunération est calculée aux deux-tiers du tarif à Fribourg, aux trois-quarts à Berne ou en plein à Schaffhouse.

⁴⁰⁸ Cf. M. STERCHI, p. 97, n. 3 a.

privé composée de la plupart des avocats du canton et dont l’application est assurée par le conseil de l’ordre ou une commission de discipline.

En réalité, les réglementations cantonales offrent une grande panoplie de solutions, aussi bien quant au champ d’application des règles qu’à la manière de les faire respecter. Il faut d’abord souligner que les règles de la loi cantonale et celles des us et coutumes sont complémentaires, les secondes explicitant les premières qui sont le plus souvent réduites à l’essentiel (pour autant qu’elles existent).

En principe, les us et coutumes des ordres cantonaux ne sont imposés qu’aux avocats membres de l’ordre. Cependant:

- au Tessin et dans le Jura, ces règles sont obligatoires pour tous les avocats puisque l’ordre a un caractère de droit public;
- dans un canton tel que Berne, les us et coutumes sont applicables à tous les praticiens car l’art. 8 de la loi cantonale exige des avocats le respect des «*règles du barreau et de la collégialité généralement reconnues*», lesquelles sont contenues d’abord dans les us et coutumes⁴⁰⁹;
- selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les règles essentielles du barreau sont applicables à tout avocat indépendamment de son appartenance à l’ordre⁴¹⁰; dans un tel cas, c’est l’autorité de surveillance étatique qui appliquerait les us et coutumes pour combler les lacunes de la loi cantonale sur la profession d’avocat; selon la nature de la sanction qui est prise, on peut douter que les exigences de la base légale seraient satisfaites.

C. Nature des règles disciplinaires

La *nature* du droit disciplinaire a fait l’objet de nombreuses discussions. Est-ce du droit pénal ou du droit administratif? La question fut abordée⁴¹¹ avant même qu’on ne se soucie de la conformité de la procédure disciplinaire avec l’art. 6 CEDH⁴¹².

Malgré l’utilisation de termes à connotation pénale (sanction, «puni»), le caractère administratif semble prévaloir en raison de l’effet *préventif* des mesures; celles-ci sont prises à l’encontre de l’avocat non pas en raison de ce qu’il a fait mais pour l’inciter à ne plus recommencer. C’est la raison pour laquelle l’avocat qui a cessé de pratiquer ne peut plus faire l’objet de sanctions⁴¹³.

⁴⁰⁹ M. STERCHI, p. 26 n. 2 et p. 159 n. 1.

⁴¹⁰ ATF 98 Ia 356; RDAF 1982, p. 58.

⁴¹¹ E. MARTIN-ACHARD, *La discipline*, p. 245 a ss.

⁴¹² RDAF 1994, 335.

⁴¹³ Cf. M. STERCHI, p. 93, n. 1; ATF 108 Ia 230.

6.2.2. Les autorités de surveillance

La situation helvétique actuelle offre l'image d'un laboratoire dans lequel 26 étudiants se présentant à l'examen à des époques différentes, visant le même but et utilisant selon leurs désirs les instruments à disposition, ont obtenu un résultat qu'ils croient tous être le meilleur ou du moins celui qui leur convient le mieux!

A. Les différentes sortes d'autorités

Dans les cantons qui imposent le respect des us et coutumes à tous les avocats, la loi institue une autorité qui applique ces règles en première instance.

Dans les autres cantons, il faut distinguer entre les devoirs imposés par la loi et ceux qui le sont par les us et coutumes. C'est l'ordre (association professionnelle de droit privé) qui veille au respect de ces derniers. Quant à la surveillance du respect des règles inscrites dans la loi elle est confiée soit:

- au pouvoir exécutif lui-même (Conseil d'Etat ou Département de la Justice);
- au pouvoir judiciaire;
- à des commissions mixtes composées de juges et d'avocats;
- aux organisations professionnelles.

Les clients qui veulent se plaindre de leur mandataire ne sont généralement pas conscients de cette double autorité de surveillance et s'adressent spontanément au bâtonnier de l'ordre des avocats. Cette attitude naturelle du client revient à faire du conseil de l'ordre (ou de sa commission disciplinaire) une sorte d'autorité de première instance, le client se tournant vers l'autorité étatique de surveillance s'il a le sentiment que le conseil de l'ordre (ou la commission de discipline) ne réagit pas suffisamment.

Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'est pas satisfaisant de laisser subsister des situations aussi bancales.

B. La composition des autorités de surveillance étatiques

Plusieurs cantons ont institué une chambre des avocats généralement intégrée au Tribunal cantonal. Une comparaison entre quelques-unes de ces autorités donne le patchwork suivant (les articles cités ci-dessous sont ceux de la loi cantonale sur la profession d'avocat):

- à Berne, la Chambre comprend 4 avocats sur 9 membres (art. 19 al. 3);
- à Zurich, elle en comprend 3 sur 7 (art. 16 al. 1);
- à Lucerne, 2 sur 5 (art. 10 al. 2);
- dans le canton de Vaud, 4 sur 5 (dont le bâtonnier et 3 autres membres parmi les anciens bâtonniers ou les avocats ayant 20 ans de pratique; art. 38);
- en Valais, 3 sur 5 (art. 34);
- à Genève 3 sur 9 (art. 18);
- à Fribourg et à Neuchâtel: aucun!

6.2.3. Les relations intercantonales et internationales

A. Les règles de conflit

Les avocats ont déjà la possibilité de pratiquer en dehors du canton qui leur a délivré leur patente; ils obtiennent pour cela une autorisation générale de pratiquer ou une autre patente. Quelles sont les règles applicables lorsqu'un avocat exerce son activité dans un autre canton?

a) Les us et coutumes

La Fédération suisse des avocats a adopté la Convention concernant le champ d'application des usages professionnels dans les relations intercantonales⁴¹⁴ qui tient en deux phrases:

«1. Où qu'il agisse, l'avocat est soumis à la juridiction de l'Ordre auquel il appartient.

2. Il respecte les us et coutumes du canton dans lequel, à titre occasionnel ou principal, il exerce ses activités.»

b) Les lois cantonales sur la profession d'avocat

Toutes les lois cantonales ne contiennent pas des règles de conflit de loi. Voici quelques échantillons des règles qu'on y trouve.

Certains cantons précisent que leurs lois s'appliquent dès qu'un avocat – établi ou non dans le canton – y exerce son activité⁴¹⁵.

D'autres cantons prévoient que leur surveillance s'étend, pour les avocats établis dans le canton, à l'activité exercée en dehors du canton si l'avocat ne tombe pas sous la surveillance de l'autre canton⁴¹⁶ ou si ce canton nie sa compétence⁴¹⁷.

A Neuchâtel, l'autorité disciplinaire semble statuer même si l'avocat relève aussi de l'autorité d'un autre canton (puisque la loi prévoit que la décision est communiquée à cette dernière)⁴¹⁸. Il faut rappeler qu'en raison de la nature des sanctions disciplinaires, le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas⁴¹⁹.

B. Les relations intercantonales

Les *relations intercantonales* sont donc régies par ces règles de conflit puisqu'il n'existe toujours pas de loi fédérale sur la profession d'avocat, ni de code fédéral de déontologie. Sur ce dernier point, on peut tout de même se demander si le code de déontologie de la CCBE, approuvé par tous les ordres cantonaux, ne régit pas aussi les relations confraternelles intercantonales. Ce devrait pour le moins être le cas pour les relations entre

⁴¹⁴ Cf. Statuts et lignes directrices, FSA, publication no 93, p. 25.

⁴¹⁵ Ex. art. 48 al. 2 GE, art. 10 JU.

⁴¹⁶ Art. 29 let. b BE.

⁴¹⁷ Art. 12 al. 2 let b LU.

⁴¹⁸ Art. 38 al. 3 NE.

⁴¹⁹ ATF 108 Ia 230.

les confrères du Jura et ceux du Tessin puisque leur ordre a le caractère de droit public (il peut donc signer des traités dans le domaine de sa compétence), que ce code régit les relations internationales et que, dans le cadre qui nous occupe, une relation qui dépasse le canton est synonyme d'internationale.

Le système actuel n'est guère satisfaisant si l'on souhaite une application efficace des règles; en voici deux exemples:

a) Us et coutumes

Un avocat vaudois se présente devant un tribunal fribourgeois d'arrondissement sans porter la robe, ce qui est contraire au chiffre 76 des us et coutumes fribourgeois; selon les règles actuelles, c'est l'ordre des avocats vaudois qui, appliquant les us et coutumes fribourgeois, devra traiter le cas; or, les us et coutumes vaudois ne contiennent aucune règle relative au port de la robe.

b) Règles étatiques

L'autorité de surveillance cantonale genevoise statue sur le cas d'un avocat fribourgeois pour violation des règles genevoises sur la pratique du barreau; un an plus tard, l'autorité de surveillance fribourgeoise examine à son tour un cas de violation des règles fribourgeoises par le même avocat dans le canton de Fribourg; elle ignore la sanction infligée un an plus tôt à Genève car celle-ci ne lui a pas été communiquée et ne figure pas dans un registre central puisque celui-ci n'existe pas!

C. Les relations internationales

Les avocats membres des ordres cantonaux sont tenus d'observer le Code de déontologie des barreaux européens adopté par l'ensemble des barreaux suisses et qui régit les activités transfrontalières des avocats.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les règles essentielles de ce code (mais ne le sont-elles pas toutes?) seraient également applicables aux avocats qui ne seraient pas membres d'un ordre.

Quant aux règles des lois cantonales sur la profession d'avocat, elles sont applicables aux avocats étrangers au bénéfice d'une autorisation spéciale de plaider dans un canton.

6.3. *La surveillance des honoraires*

6.3.1. La modération des honoraires

Les lois cantonales sur l'exercice de la profession d'avocat prévoient généralement une procédure particulière pour le contrôle de la note d'honoraires de l'avocat.

Il s'agit toujours d'un examen *in concreto*. L'autorité compétente vérifiera que les honoraires ont été établis correctement en application des critères usuellement reconnus, de la difficulté du mandat, de sa complexi-

té, de son importance, du résultat obtenu et de la situation du client. Elle examinera notamment si le temps consacré à l'affaire est raisonnable compte tenu de ces différents facteurs.

La situation est différente lorsque les honoraires sont fixés par un tarif, en particulier sous l'angle de la nouvelle loi sur les cartels dont les critères d'illicéité sont plus précis.

6.3.2. Les honoraires établis selon un tarif

A. Les tarifs étatiques

Les honoraires sont parfois fixés par l'Etat. C'est le cas, dans de nombreux cantons, pour le calcul des dépens qui détermine le montant que la partie qui succombe au procès doit verser à l'autre partie pour le paiement des honoraires (ou à titre de contribution au paiement des honoraires) de son mandataire.

Dans certains cantons (à Lucerne, par exemple), le tarif de l'Etat fixe les honoraires des mandataires des deux parties au procès⁴²⁰.

Ces tarifs étatiques n'échappent pas totalement au regard des autorités de la concurrence puisque la Commission des cartels (dès le 1er juillet 1996: Commission de la concurrence) peut faire des recommandations aux autorités qui les adoptent, ainsi que le Surveillant des prix selon l'art. 14 LSPr⁴²¹.

B. Les tarifs conventionnels

a) Licéité du tarif selon le droit des obligations

Certains ordres cantonaux ont adopté un tarif pour le calcul des honoraires dus à l'avocat par son client. Ces tarifs déterminent la rémunération du mandataire au sens de l'art. 394 al. 3 CO, mais ils ne se contentent pas d'indiquer les facteurs à prendre en considération pour l'établissement de la note d'honoraires (difficulté du mandat, temps consacré, valeur litigieuse ou intérêts en cause, situation du mandant). Ils fixent parfois le calcul des honoraires d'une manière très précise mais assez différente d'un canton à l'autre⁴²². Ainsi, le tarif conventionnel de l'ordre des avocats fribourgeois, prévoit-il:

- un tarif horaire «de base» de Fr. 200.– (adapté périodiquement par le Conseil de l'Ordre en fonction de l'indice des prix à la consommation de l'OFIAMT);
- une augmentation de l'honoraire «de base» de 50% au maximum en cas d'urgence particulière (notamment lorsque le mandat doit être exécuté

⁴²⁰ FELLMANN/SIDLER, p. 68.

⁴²¹ Cf. P. TERCIER, Les avocats et la concurrence, in: L'avocat suisse 160/1996, p. 4 ss, p. 8.

⁴²² Pour une présentation chiffrée des disparités entre les tarifs des cantons de Zurich, Berne, Argovie, Bâle-Ville, Tessin, Zoug et Jura, voir L. HÖCHLI, Das Anwaltshonorar, th. Zurich, 1991, p. 68.

en dehors des heures de travail ordinaires) et en cas de difficultés particulières;

- une augmentation des honoraires «de base» en fonction des intérêts en jeu selon un barème allant de 0 à 25% (pour des intérêts en jeu de Fr. 25 000.– à Fr. 50 000.–) à 400% au maximum pour des intérêts en jeu dépassant Fr. 10 000 000.–. (Dans les affaires non susceptibles d'une appréciation pécuniaire, les honoraires de base peuvent aussi être augmentés jusqu'à 400% au maximum en application des critères usuels.)

Un tel tarif conventionnel ne semble pas contraire au droit des obligations même s'il n'a pas été convenu au début du mandat: «*Eine tarifkonforme Honorarforderung ist gerechtfertigt, auch wenn der Tarif nicht vereinbart wurde, weil der Tarif Ausdruck der Angemessenheit und des Ueblichen ist*»⁴²³. Néanmoins, si son intervention est requise, il faut s'attendre à ce que le juge fasse usage de son pouvoir d'appréciation.

On peut aussi se demander si le client, qui peut avoir recours à des avocats dans différents cantons, doit s'attendre non seulement à une augmentation des honoraires de base mais encore à ce que cette augmentation diverge pareillement selon les cantons. De plus, un examen du tarif selon l'art. 8 LCD pourrait être délicate puisque selon cette disposition l'utilisation d'un texte préformulé est déloyale – et donc illicite – s'il est de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante (le client) et s'il déroge notamment au régime légal. Certes, selon les règles du mandat, une rémunération est en principe due par le client à son avocat (art. 394 al. 3 CO); le tarif sera licite pour autant que l'augmentation de l'honoraire «de base» ne constitue pas une dérogation notable par rapport au principe de la rémunération.

Il ne faut pas non plus oublier – et il faudra peut-être l'expliquer à la Commission de la concurrence – que le tarif horaire ne constitue qu'un des éléments utilisés pour établir la note d'honoraires; un autre élément, essentiel, est le nombre d'heures que l'avocat «passe» sur l'affaire. Celui-ci ne peut pas se contenter de multiplier un chiffre par l'autre pour fixer sa rémunération. Le juge de la modération se chargera, si nécessaire, de le lui rappeler⁴²⁴.

b) Application de la loi sur les cartels aux avocats?

Un tarif conventionnel adopté et appliqué par les avocats d'un ordre cantonal est-il illicite au regard de la loi sur les cartels du 6 octobre 1995⁴²⁵?

⁴²³ L. HÖCHLI, p. 38.

⁴²⁴ Les informations étant parcimonieuses en Suisse, il faut à nouveau se tourner vers l'étranger pour nourrir sa réflexion: cf. W. Ross, The Ethics of Hourly Billing by Attorneys, 44/1991 Rutgers Law Review, p. 1, 16.

⁴²⁵ Cf. FF 1995 IV 520; même si la nouvelle loi n'est pas encore en vigueur au moment de la rédaction de ce rapport, il est opportun d'en tenir compte.

Il n'y a pas de doute pour la Commission que les avocats sont en principe soumis à cette loi puisqu'elle est sur le point d'ouvrir une enquête sur leurs tarifs d'honoraires; son point de vue est certainement partagé par le Préposé à la surveillance des prix qui est intervenu – sans que le Tribunal fédéral s'y oppose – au sujet du tarif des notaires fribourgeois adopté par le Conseil d'Etat⁴²⁶.

Pourtant, la loi sur les cartels est destinée aux «entreprises» de droit privé. Une étude d'avocat est-elle une «entreprise»? Selon le Message du Conseil fédéral, il faut entendre par entreprise «tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande»⁴²⁷. Les auteurs qui considèrent que l'avocat accomplit avant tout une tâche d'intérêt public (en sa qualité «d'auxiliaire de la justice») tenteront peut-être de faire valoir l'exception de l'art. 3 al. 1 LCart: prescriptions excluant de la concurrence certains biens ou services. En l'occurrence, c'est la lettre b de cette disposition qui pourrait être pertinente: Les lois cantonales sur l'exercice de la profession d'avocat établissent généralement le monopole des avocats pour la représentation des parties en justice. Si l'on admet que l'avocat qui assiste et représente les parties en justice accomplit une tâche publique, cette activité de l'avocat devrait être soustraite au champ d'application de la loi sur les cartels. Il est vrai qu'en Suisse les parties à un procès n'ont pas l'obligation d'être représentées par un avocat (contrairement à ce qui est le cas en Allemagne). Il n'empêche que si une partie veut être assistée ou représentée, elle ne pourra l'être que par un avocat; et les règles que doit observer celui ou celle qui exerce cette activité démontrent qu'il ne s'agit pas d'une activité de service comme une autre. Pourtant, même si l'avocat plaideur a un statut particulier, il reste soumis au droit privé dans son rapport avec son client. Seul l'avocat d'office est considéré comme exécutant d'une «tâche publique». En conséquence, il semble que l'avocat – qu'il agisse en procédure ou en conseiller – ne peut invoquer l'exception de l'art. 3 LCart. (En France, la Commission de la concurrence a déclaré contraire aux règles de la concurrence la diffusion de barèmes d'honoraires établis par l'Ordre des avocats à la Cour de Paris et par des associations de conseils juridiques; l'Ordre a dès lors invité ses membres à ne plus tenir compte de ces «recommandations». Il est intéressant de noter que fut reconnue illicite la fixation de minima et que fut reproché le caractère empirique des recommandations qui n'étaient pas fondées sur des études approfondies, ni sur aucun élément de calcul des coûts; plusieurs barreaux ont alors élaboré des barèmes indicatifs)⁴²⁸.

⁴²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 7.6.1995 dans la cause Association fribourgeoise des notaires c/Conseil d'Etat.

⁴²⁷ Cf. FF 1995 I 534.

⁴²⁸ Cf. HAMELIN/DAMIEN, p. 349 s.

c) Licéité selon la loi sur les cartels

Si le champ d'application de la loi sur les cartels s'étend à l'activité de l'avocat, force sera d'admettre qu'un tarif conventionnel est un accord qui vise ou entraîne une restriction à la concurrence (art. 4 LCart).

Selon l'art. 5 LCart, un accord qui conduit à la suppression d'une concurrence efficace est en principe illicite. Et selon l'alinéa 3 de cet article, un accord qui fixe directement ou indirectement les prix (tel qu'un tarif conventionnel) est présumé «*entraîner la suppression d'une concurrence efficace*». Certes, cette présomption est-elle réfragable. Les avocats d'un même barreau ayant adopté le tarif conventionnel en cause pourraient tenter de renverser la présomption; mais ils devront pour cela démontrer que la concurrence subsiste. Ils invoqueront:

- que le tarif ne détermine pas encore le prix global de la prestation puisque les avocats ne travaillent pas tous au même rythme;
- que le montant des honoraires n'est pas le facteur essentiel dans le choix du client pour tel avocat ou tel autre et que la confiance qu'inspire l'avocat en raison de ses connaissances, de son efficacité ou de sa personnalité est prépondérante;
- qu'ils sont soumis, en plus de la concurrence interne à leur ordre, à la concurrence externe des services juridiques des fiduciaires, des banques, des assurances, etc.

Si cette démonstration n'est pas apportée *in concreto* d'une manière convaincante, le tarif sera considéré comme illicite.

Cependant, à supposer que la réfragation soit admise, il reste plusieurs obstacles à franchir. En effet, même s'il ne supprime pas la concurrence, ce tarif conventionnel l'affecte de manière notable sur le marché des services juridiques⁴²⁹; il est peu probable qu'un tel accord soit qualifié d'atteinte légère à la concurrence, même si le Message relève que le projet ne précise pas ce qu'est une atteinte «notable» et qu'il y a lieu pour cela de se reporter à la pratique⁴³⁰.

Toutefois, ces entraves peuvent échapper à la conséquence de l'illicéité si elles sont justifiées par des motifs d'efficacité économique tels que:

- la nécessité de réduire les coûts de production ou de distribution;
- l'amélioration des produits ou des procédés de fabrication;
- la promotion de la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles;
- ou encore l'exploitation plus rationnelle des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart).

La difficulté provient d'abord du fait qu'il est difficile de justifier un accord sur les prix, mais aussi – et les exemples utilisés par le législateur

⁴²⁹ Art. 5 al. 1 LCart.

⁴³⁰ Cf. SCHURMANN/SCHLUEP, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988, p. 66 ss.

le soulignent – que la profession d'avocat n'entre pas dans le schéma d'une loi sur la concurrence même si celle-ci a la prétention d'être quasi universelle!

Enfin – dernière échappatoire (illusoire) – reste l'autorisation exceptionnelle de l'art. 8 LCart. Elle est possible pour des motifs d'intérêts publics prépondérants. Les juristes invoqueront volontiers qu'il est mal-sain que les avocats cherchent à se faire concurrence, qu'il leur est d'ailleurs en principe interdit de faire de la publicité (laquelle est indispensable au bon fonctionnement de la concurrence), que ce mercantilisme est contraire à la dignité de la profession, valeur jugée essentielle par toutes les lois cantonales.

Ces motifs ne sont certainement pas dénués de fondement. La difficulté provient du texte légal qui exige que ces accords soient *nécessaires* à la sauvegarde des intérêts publics prépondérants⁴³¹. Or, un tarif conventionnel n'existe pas dans tous les cantons. C'est donc la preuve qu'il n'est pas nécessaire à la protection des intérêts mentionnés ci-dessus, qui sont respectés dans les cantons dans lesquels les avocats n'ont pas adopté de tarif⁴³².

Cela signifie qu'un tarif rigide sera qualifié d'accord cartellaire dès le 1er juillet 1996 et qu'il ne sera guère aisément, d'ici fin 1996, d'obtenir une autorisation exceptionnelle au sens de l'art. 8 LCart. Pour échapper à la loi sur les cartels, il faudrait pour le moins que l'honoraire de base puisse être déterminé dans une «fourchette» (ainsi à Lucerne, de 130.– fr. à 250.– fr.); cependant selon le futur Président de la Commission de la concurrence, le tarif ne devrait pas prévoir de prix «plancher»⁴³³; à son avis, le tarif ne devrait plus être obligatoire et n'avoir que le caractère de «recommandations».

⁴³¹ Message, 1995 I 571.

⁴³² Cf. P. TERCIER, Avocats, p. 9 s.

⁴³³ Cf. P. TERCIER, Avocats, p. 11.

Conclusion: L'acquis nécessaire et les réformes souhaitables

1. L'avocat indépendant demeurera un interlocuteur incontournable dans la vie sociale et économique au XXIe siècle.

La représentation et l'assistance des parties en justice resteront indispensables car, quelle que soit la procédure suivie, la justice aura encore besoin d'un «interface», fonction que l'avocat est le mieux à même de remplir.

Les clients auront toujours besoin de conseils non seulement fondés «techniquement», mais encore utiles compte tenu de la réalité et du contexte.

Les clients veulent recevoir ces conseils et bénéficier de cette assistance en justice en toute confiance. Les compétences de l'avocat, mais aussi son indépendance et sa discrétion renforcent cette confiance.

2. Les avocats dans leur ensemble doivent faire preuve de plus d'ouverture:

- envers les tiers en général en acceptant de donner des informations sur leurs activités;
- envers leurs clients en discutant clairement, au début du mandat, de son contenu et du mode de calcul des honoraires; pendant le mandat, du déroulement des opérations; et, à la fin du mandat, en rendant compte au mandant d'une manière claire et complète.

Les avocats ne doivent pas craindre ces ouvertures et garder confiance car ils disposent des atouts nécessaires pour réussir.

Le maintien du monopole devrait être davantage le souhait des tribunaux que le souci des avocats car il n'est pas une panacée pour leurs problèmes. Il serait même préférable que les avocats acceptent des réformes sur la représentation et l'assistance des parties devant certains tribunaux d'appel car si ces réformes étaient accompagnées d'une obligation de représentation (Anwaltszwang), le législateur suisse pourrait inclure l'obligation d'agir de concert dans les règles d'adaptation du droit européen.

3. Les législations actuelles sur les avocats ne sont plus adaptées.

a) Tout en respectant (encore si nécessaire) des particularismes cantonaux, il serait logique, si l'on accorde vraiment de l'importance à la fonction de collaborateur de la justice que remplit l'avocat, d'exiger alors que cet avocat *soit totalement indépendant*, ce qui signifie qu'il ne peut être salarié (exception faite du collaborateur). Si les autorités devaient persister à laisser plaider des avocats salariés qui ne sont pas inscrits au barreau, elles devraient alors aussi prévoir des solutions permettant d'exiger d'eux l'observation des règles professionnelles (y compris des us et coutumes) et de surveiller le respect de ces règles.

b) Le développement des activités de conseil oblige les études à s'organiser et à traiter des affaires toujours plus complexes et importantes financièrement. Il ne semble plus justifié de laisser les cantons légiférer seuls sur ces aspects de l'activité de l'avocat qui n'ont plus guère de liens avec l'organisation judiciaire qui fonde la compétence cantonale. Le législateur fédéral, qui en vertu de l'art. 31 al. 1 Cst. a aussi des compétences concurrentes, ne pourra plus longtemps éviter d'aborder des problèmes tels que l'organisation des études et la limitation de la responsabilité.

c) *L'organisation cantonale du barreau est dépassée:* les règles établies minimales sont trop rarement mises en oeuvre; quant aux us et coutumes, leur violation, dans presque chaque canton, a pour plus grave conséquence l'exclusion de l'ordre, ce qui n'a pourtant aucun effet sur le droit de pratiquer. Ce hiatus ne devrait plus exister.

Il est nécessaire qu'une surveillance effective soit établie sur tous les avocats admis à représenter et assister les parties en justice. Il y va de la crédibilité de la profession.

Les solutions adoptées dans les cantons du Jura et du Tessin (dans lesquels l'ordre des avocats a un statut officiel) ou de Berne (dans lequel l'autorité de surveillance applique les us et coutumes en plus des dispositions légales) indiquent des voies possibles.

d) *Une loi fédérale est indispensable.* La loi sur le marché intérieur a posé certains principes en respectant les prérogatives cantonales; mais de nombreuses questions restent sans réponse.

Alors que le gouvernement fédéral prend des engagements internationaux (GATS, bientôt l'accord bilatéral avec l'Union européenne) et que les avocats sont appelés à faire preuve d'ouverture et de transparence, il n'est plus possible de laisser subsister des règles cantonales qui cloisonnent un territoire déjà bien exigü. Et puisque l'activité de l'avocat est de plus en plus considérée comme une activité économique, l'Etat fédéral peut aussi faire usage de ses compétences dans ce domaine pour faire disparaître les règles désuètes dans le carcan législatif des cantons et offrir aux avocats des règles qui leur permettront d'être en meilleure position pour affronter les défis du XXI^e siècle.

Bibliographie

- APPLETON J., *Traité de la profession d'avocat*, 2e éd., Paris 1929.
- AUBERT G., *Les mandataires professionnels devant le tribunal genevois des prud'hommes*, SJ 1990, p. 309 ss.
- BAUMGARTNER U., *Werbeverbot für Anwälte in den USA und in der Schweiz*, RSJ 1980, p. 357 ss.
- BERNHART C., *Werbung der Rechtsanwälte: Ansätze für verfassungsrechtliche Neubewertung*, in: *Pläoyer* 1/93, p. 32 ss.
- BÖCKLI P., *Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat*, RSJ 76/1980, p. 105 ss.
- BOIS Ph., *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse*, Bâle, vol. II, art. 33 et vol. IV, art. 5 D.T.
- BOULOIS J./CHEVALLIER R.-M., *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, tome 2, Paris 1991.
- BRUNNER H., *Die Anwaltsgemeinschaften*, th., Fribourg 1977.
- CHAULMONTET P., *Contribution à l'étude de la profession d'avocat*, th., Lausanne 1970.
- CHRISTE P., *Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits*, RDS 1988, p. 463 ss.
- CORBOZ B., *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, SJ 1993, p. 77.
- COTTIER Th., *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlagen*, th., Berne 1983 (Verfassung).
- COTTIER Th./WAGNER M., *Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)*, AJP 12/95, p. 1582 ss.
- DAVID L., *Transparenz und Werbung*, in: *L'avocat suisse*, 160/1996, p. 17 ss.
- DECOCQ A., *Droit communautaire des affaires*, vol. 1, *Droit professionnel communautaire*, in: *Les Cours de Droits*, Paris 1991.
- DERENDINGER P., *Die Nicht - und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, th., Fribourg 1988.
- DESAX M., *EG-Recht, Wie Suchen? Wo finden?* Zurich 1992.
- DESCHEAUX H./TERCIER P., *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 1982.
- DRUEY J.N., *Information als Gegenstand des Rechts*, Zurich 1995.
- DUBACH W., *Das Disziplinarrecht der freien Berufe*, RDS 1951, p. 1a ss.
- DUPONT-WILLEMIN A.-L., *Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat*, Bulletin FSA no 101 1986, p. 9 ss.
- ENDRES D./DEBATIN H., *Taxation of International Law Firms in Germany*, in: *Tax Planning, International Review* vol. 23, Nr. 1, 1996, p. 8 ss.
- ENGEL P., *Contrats de droit suisse*, Berne 1992.
- FAVRE D., *Le mandataire professionnellement qualifié en procédure administrative genevoise*, RSJ 87/1991, p. 333.
- FELLMANN W., *Commentaire bernois*, ad art. 398 CO (1992) (Commentaire).
- FELLMANN W., *Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung*, in: *Medialex* 2/1995, p. 94 ss (Haftung).
- FELLMANN W./SIDLER O., *Standsregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*, Berne 1996.
- FLECHEUX G./DENINOLLE S., *La profession d'avocat: accès et exercice*, Juris-Classeur Europe, vol. 2, fasc. 730 (11, 1992).
- GALANTER M./PALAY Th., *Tournament of Lawyers: The transformations of The Big Law Firm*, Chicago 1991.
- GAUTSCHI G., *Commentaire bernois*, ad art. 394 à 406 CO (1971).
- GAVALDA Ch./PARLEANI G., *Traité de droit communautaire des affaires*, Litec, Paris 1992.
- GILSON R.J. and MNOKIN R.H., *Sharing Among the Human Capitalists: An Economic Inquiry into the Corporate Law Firm and How Partners Split Profits*, 37 Stanford Law Review 313 (1985).

- GLENDON M.A., *A Nation Under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, New York 1994.
- GOLDMAN B./LYON-CAEN A./VOGEL L., *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris 1994, surtout p. 258 ss et 314 ss.
- GORDON R.W., *The Independence of Lawyers*, 68 Boston University Law Review 1, 40 (1988).
- GREEN M., *The Other Government, The Unseen Power of Washington Lawyers*, New York 1975.
- GRISEL A., *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984.
- GRISEL E., *Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse*, vol. I, Berne 1993/vol. II, Berne 1995.
- GROS B., *La protection du titre d'avocat et la surveillance disciplinaire de l'avocat en Suisse au regard du GATS*, in: *L'avocat suisse*, 154/1995, p. 9 s.
- GUILLOD O., *Professions libérales, professions libérées?*, in: *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences*, Zurich 1990, p. 75 ss.
- GYGI F., *Der Beruf des Anwaltes*, Beiträge zur Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Berne 1986, p. 535 ss.
- Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich (herausgegeben vom Verein Zürcherischer Rechtsanwälte auf der Grundlage der 1969 erschienenen Dissertation von Dr. Paul Wegmann), Zurich 1988.
- HAMELIN J./DAMIEN A., *Les règles de la profession d'avocat*, 8e éd., Paris 1995.
- HARRINGTON M., *Women lawyers: Rewriting the rules*, New York, 1994.
- HARTSTANG G., *Anwaltsrecht*, Cologne 1991.
- HESS P., *Das Anwaltsmonopol*, th., Zurich 1957.
- HIRSCH A., *L'importance des règles professionnelles dans la lutte contre la criminalité économique*, RDS 104/1985 II 387 ss.
- HOECHLI L., *Das Anwaltshonorar: Analyse der zivilrechtlichen Aspekte beim Anwaltshonorar*, th., Zurich 1991
- HUBER H., *Aufgabe und Bedeutung des freien Anwaltsstandes im Rechtsstaat*, RSJ 53/1957, p. 265 ss.
- JACOBS J., *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York 1992.
- JACOT-GUILLARMOD O., *Le juge national face au droit européen*, Rapport à la Société suisse des Juristes, RDS 112/1993 II 227 ss.
- JESSNITZER K./BLUMBERG H., *Bundesrechtsanwaltordnung*, Kommentar, 7e éd., Cologne, 1995.
- KAHIL B., *Suisse-Europe, mesurer le possible, viser à l'essentiel*, Lausanne 1995.
- KELLERHALS O., *Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag*, th., Berne, Schwarzenbach (SG) 1953.
- KISTLER M., *La vigilance requise en matière d'opérations financières*, Etude de l'art. 305 ter du Code pénal suisse, th., Lausanne 1994, Zurich 1994.
- KNOEPFLER F./GUINAND J., *Le mandat proprement dit*, FJS 327.
- KNOEPFLER F./GUINAND J., *La responsabilité du mandataire*, FJS 328 a.
- KRNETA G., *Der Anwalt als Organ einer juristischen Person*, Zurich 1994.
- KRONMAN A., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Mass., 1993.
- LEMMINGS D., *Gentlemen and barristers. The Inns of Court and the English bar, 1680-1730*, Oxford 1990.
- LEVIS M.-C., *Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, th., Zurich, 1981.
- MACH O., *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse*, in: *L'avenir du libre-échange en Europe*, Zurich 1990.

- MAGNUS J., *Die Rechtsanwaltschaft*, Leipzig 1929.
- MALAGUERRA D., Reconnaissance des diplômes (art. 30 EEE): Les mesures de formation complémentaire exigibles des avocats EEE qui souhaitent s'établir en Suisse, in: Accord EEE, Commentaires et Réflexions Zurich, 1992, p. 203 ss (Reconnaissance).
- MALAGUERRA D., Libre établissement des avocats en Europe, in: *L'avocat suisse*, 129/1990 p. 13 (Etablissement).
- MARTIN-ACHARD E., *L'avocat aujourd'hui*, Bâle/Francfort, 1990 (Rôle).
- MARTIN-ACHARD E., La discipline des professions libérales, RDS, 1951, p. 137a ss (Discipline).
- MERCIER P./JACOT-GUILLARMOD O., *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle 1991.
- MOSSU C., Mesures contre la fraude fiscale, *Commentaire*, Zurich 1982.
- MÜLLER H.R., *Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens*, th., Zurich 1975.
- MÜLLER J.-P., Funktion des Rechtsanwaltes im Rechtsstaat – Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht, Berne 1985.
- NATER H., Liberalisierungsbemühungen im Bereich der internationalen & interkantonalen Anwaltszulassungen, in: *L'avocat suisse*, 54/1995, p. 5 ss.
- NATER H./KELLERHALS A., Zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des GATS, RSJ 91/1995, p. 85.
- NEF H., *Liberté du commerce et de l'industrie*, Professions libérales, FJS no 619.
- NELSON R.L., *Partners with Power: The Social Transformation of the Large Firm*, Berkeley 1988.
- NERLICH J., Multinationale und transnationale Anwaltssozietäten in Europa, in: *Anwaltliche Tätigkeit in Europa*, M. Henssler/J. Nerlich, éd., Bonn 1994, p. 53 ss.
- NOLL P., Die Strafverteidigung und das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte, *Revue suisse de droit pénal* 1981, p. 179 ss.
- OBERSON X., Le secret professionnel des avocats et la TVA, in: *L'avocat suisse*, 153/1994, p. 14 ss.
- OFTINGER K., *Vom Beruf des Anwaltes*, RSJ 37/1940-41, p. 8.
- PEPPER S., *Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering*, The Yale Law Journal, 104/1995, 1545 ss.
- PERRET-SCHIAVI C./SCHUMACHER R., Diener zweier Herren, in: *Plädoyer* 1/1994, p. 8 ss.
- PERTEK J., Reconnaissance des diplômes, *Juris Classeur Europe*, vol. 2, fasc. 720.
- PONCET D., Le devoir de défense, SJ 1990, p. 379 ss (Devoir).
- PONCET D., Les garanties de la libre communication avec un conseil, in: *L'avocat suisse* 139/1992, 28 ss (Garanties).
- POUND R., *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, St. Paul, Minn., 1953.
- DE PREUX B., Notes sur l'application de l'art. 305 ter du CPS aux avocats, in: *L'avocat suisse* 149/1994, p. 14 s. (Notes).
- DE PREUX B., Lutte contre le blanchiment d'argent et le secret professionnel, in: *L'avocat suisse*, 158/1995, p. 3 ss (Lutte).
- REYMOND J.-A., La responsabilité des avocats associés et de leurs collaborateurs, in: *L'avocat suisse* 120/1989, p. 17 ss.
- RICHLI P., Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlicher Sicht, AJT 5/95, p. 593 ss.
- RIVIER J.-M., Le secret professionnel de l'avocat et le fisc, in: *L'avocat suisse*, 146/1993, p. 15 ss.
- ROSS W., *The Ethics of Hourly Billing by Attorneys*, 44 Rutgers Law Review 1, 16 (1991).
- ROTHENBUEHLER F., *Freizügigkeit für Anwälte, Grundzüge des schweizerischen und europäischen Anwaltsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Freizügigkeit*, th., Fribourg, Berne/Zurich 1995.

- SALZMANN W., Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, th., Fribourg 1976.
- SCHLUEP W.R., Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zurich 1994.
- SITTA H., Wir Rechtsanwälte – übermorgen, Österreichisches Anwaltsblatt, 1994/5, p. 325 ss.
- SPAHR S., Les règles de la profession d'avocat en droit valaisan, RVJ 1988, 403 ss.
- STAUFFER E., TQM – Le Total Quality Management a-t-il sa place dans un cabinet d'avocat?, in: L'avocat suisse, 160/1996, p. 36 ss.
- STERCHI M., Kommentar zum Bernischen Fürsprecher-Gesetz, Berne 1992.
- STOEHLKER K., Der Schweizer Anwalt unterwegs vom Generalisten zum Spezialisten, Bulletin FSA 91/1984, p. 2 ss.
- STRATENWERTH G., Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen?, RSJ 74/1978, p. 217 ss.
- TEITLER E., Formen der Zusammenarbeit unter Rechtsanwälten, in: Organisation des études d'avocats, Publication FSA, vol. 6, p. 7 ss.
- TERCIER P., Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984.
- TERCIER P., Les avocats et la concurrence, in: L'avocat suisse 160/1996, p. 4 ss (Avocats).
- THEURILLAT P., «Monopole» et libre circulation de l'avocat, RJJ 3/94, p. 199 ss.
- TRECHSEL S., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zurich 1989.
- TROLLER K., Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome I, Bâle 1992.
- VINEY G., Responsabilité: conditions, in: Traité de droit civil, vol. IV, Paris 1982.
- VOGEL L., et J. Le droit européen des affaires, Dalloz, Paris 1992.
- WEGMANN P., Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, th., Zurich 1969.
- WERRO F., Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, th. d'habilitation, Fribourg 1993.
- WEISSNER P., La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence, RJN 1986, p. 9 ss.
- WIDMER P., Managementprobleme gröserer Anwaltsfirmen, in: Organisation des études d'avocats, Publication FSA, vol. 6, p. 13 ss.
- WILSING H.-U., Gemischte Sozietäten zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern in Europa, in: Anwaltliche Tätigkeit in Europa, p. 83 ss.
- WINTERS K.-P., Der Rechtsanwaltsmarkt, Chancen, Risiken und zukünftige Entwicklung, Cologne 1990.
- WOLFFERS F., Rechtsanwalt in der Schweiz: Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, th., Zurich 1986.
- ZUERCHER E., Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 1920.

Annexe:**Législations cantonales sur l'exercice de la profession d'avocat**

(liste établie selon la documentation reçue de l'Institut du fédéralisme à Fribourg).

- ZH: – Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf (Anwaltsgesetz) du 3 juillet 1938
- BE: – Gesetz über die Fürsprecher du 6 février 1984
- LU: – Gesetz über den Beruf des Rechtsanwaltes (Anwaltsgesetz) du 30 novembre 1981
- UR: – Verordnung über die Ausübung des Anwaltsberufes im Kanton Uri du 21 mai 1943
- SZ: – Gesetz betreffend die Ausübung des Rechtsanwalts-Berufes du 23 novembre 1905
– Reglement für die Erteilung und den Entzug des Rechtsanwaltspatentes du 28 octobre 1952
- OW: – Gesetz über die Ausübung des Berufes eines Rechtsanwaltes du 24 avril 1910
- NW: – Verordnung über die vertragliche Vertretung der Parteien vor den Gerichten (Anwaltsverordnung) du 8 avril 1972
- GL: – Reglement über die Zulassung zum Anwaltsberuf und zur öffentlichen Beurkundung im Kanton Glarus du 31 mai 1976
- ZG: – Gesetz betreffend die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes im Kanton Zug du 12 juillet 1928
- FR: – Loi du 10 mai 1977 sur la profession d'avocat
– Règlement du 13 décembre 1977 sur les stages et les examens d'avocat et de notaire
– Arrêté du 13 décembre 1977 concernant la patente d'avocat
- SO: – Gesetz über die Prüfung der Fürsprecher, Notare und Gerichtsschreiber KRB du 5 mars 1859
– Prüfungsreglement für Fürsprecher, Notare und Gerichtsschreiber RRB du 19 février 1975
- BS: – Advokaturgesetz du 15 octobre 1970
- BL: – Advokaturgesetz du 6 décembre 1976
- SH: – Dekret des Grossen Rates des Kantons Schaffhausen betreffend das Anwaltswesen du 30 juin 1930
- AI: – Verordnung betreffend die Ausübung des Anwaltsberufes du 25 novembre 1892
- AR: – Verordnung über den Anwaltsberuf (Anwaltsordnung) du 29 novembre 1956
- SG: – Anwaltsgesetz du 11 novembre 1993
- GR: – Verordnung über den Fähigkeitsausweis und die Berufsausübung der Rechtsanwälte gestützt auf Art. 39 der Zivilprozessordnung vom Grossen Rat erlassen am 1. Dezember 1955
- AG: – Anwaltsgesetz (Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes) (AnwG) du 18 décembre 1984
- TG: – Anwalts-Gesetz du 11 avril 1880
- TI: – Legge sull'avvocatura du 15 mars 1983
- VD: – Loi du 22 novembre 1944 sur le Barreau
- VS: – Loi du 29 janvier 1988 sur la profession d'avocat et l'assistance judiciaire et administrative
- NE: – Loi sur la profession d'avocat (LAv) du 26 mars 1986
- GE: – Loi sur la profession d'avocat du 14 mars 1985
- JU: – Loi sur la profession d'avocat du 9 novembre 1978

