

La libre circulation des avocats – Portée de certaines dispositions de la LLCA (art. 7, 8 et 12)

Jean-Pierre Gross*

Introduction

Le nombre des avocats qui n'hésitent plus à franchir les frontières de leur canton pour exercer devant les tribunaux des cantons voisins est en constante augmentation. Habituelle en Suisse alémanique, la pratique intercantonale n'a plus rien d'extraordinaire en Suisse romande, ni pour les avocats, ni pour leurs clients, ni pour les juges. On peut même dire que c'est un fait acquis, comme si la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA) était déjà en vigueur.

On sait qu'elle ne l'est pas encore mais on sait aussi que toutes les parties à l'accord sur la libre circulation des personnes passé le 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, ont déposé leurs instruments de ratification. Dernière à le faire, la Belgique les a déposés le 13 février 2002. Ainsi donc, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la LLCA entre bientôt en vigueur, par exemple le 1^{er} juillet 2002 ou peu après.

Dans cette perspective, il est utile de s'interroger sur la portée de certaines dispositions de cette loi.

Les conditions de formation (art. 7, al. 1 LLCA)

Après l'obtention d'une licence en droit délivrée par une université suisse ou d'un diplôme équivalent délivré par une université de l'un des Etats qui ont conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes, il suffira d'avoir fait un stage pratique d'une année pour être inscrit sur un registre cantonal d'avocats exerçant le barreau, à condition, bien sûr, d'avoir réussi son examen d'avocat.

La formation étant du ressort exclusif des cantons, on connaît dans la Confédération suisse des régimes très divers pour la préparation à l'exercice du barreau. Sans entrer dans le détail et sous réserve des exceptions et des nuances qui s'imposent, on peut dire qu'un stage d'une année suffit en Suisse alémanique tandis qu'un stage de deux ans est exigé en Suisse latine. Dans certains cantons, le stage peut être fait en partie mais aussi entièrement au greffe d'un tribunal. Dans d'autres, le stage doit obligatoirement comporter une activité d'une certaine durée dans une étude d'avocat ou même ne consister qu'en cela.

Pour prendre deux extrêmes, le licencié en droit qui a fait un stage d'une année au greffe d'un tribunal remplit les conditions pour se présenter à l'examen d'avocat dans le Canton de Zurich. Dans le Canton de Vaud, il ne remplit même pas les conditions pour être admis au stage. Il devra consacrer encore une année à

la pratique du droit, par exemple comme greffier, comme substitut du Procureur général ou comme juriste, dans le secteur privé ou dans le secteur public, avant de pouvoir commencer son stage d'avocat. Celui-ci durera deux ans et le candidat pourra se présenter à l'examen d'avocat.

Faut-il craindre dans ces conditions que les candidats au brevet d'avocat cherchent la voie de la facilité et lisent dans l'art. 7, al. 1 LLCA un encouragement à le faire?

Les frontières cantonales s'estompant, on verra sans doute augmenter le nombre de candidats au brevet d'avocat qui, plutôt que de rechercher la voie la plus formatrice, emprunteront la voie la plus rapide. Mais on constatera certainement aussi qu'une fois le brevet acquis, ceux qui feront l'effort d'une formation complémentaire, de la formation continue et de la spécialisation seront toujours plus nombreux.

Aujourd'hui déjà, c'est un passage obligé pour qui veut répondre aux attentes de la clientèle. Celle-ci est de plus en plus exigeante et elle a raison de l'être. Comme elle est aussi devenue très mobile et qu'à sa mobilité s'ajoute désormais celle des avocats, il faut souhaiter et l'on peut raisonnablement espérer que la concurrence qui en résultera et qui sera de plus en plus perceptible conduira à une amélioration de la formation et à une augmentation des compétences des avocats pris dans leur ensemble.

Ainsi donc et pour conclure sur la faiblesse des exigences de la LLCA en matière de formation, on peut caresser l'espoir que la recherche de la voie la plus rapide au détriment de la voie la plus formatrice restera l'exception. Ceux qui seront tentés par un tel choix s'apercevront – mais un peu tard peut-être – qu'il les conduit à une impasse.

L'exigence de l'indépendance (art. 8, al. 1, let. d et art. 12, let. b LLCA)

L'art. 8, al. 1, let. d LLCA dispose que pour être inscrit sur un registre cantonal des avocats, il faut «être en mesure de pratiquer en toute indépendance» et que le candidat à l'inscription «ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal».

Quant à l'art. 12, let. b, il pose que l'avocat «exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité».

Comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de l'affirmer dans ses arrêts 2P.151/1995 du 12 décembre 1996 (cf. consid. 6) et 2P.368/1996 du 18 avril 1997 (cf. consid. 4a), l'indépendance de l'avocat est un principe cardinal dans l'exercice du barreau. Il faut

* Jean-Pierre Gross est docteur en droit, avocat au barreau, étude Gross & Associés à Lausanne.

qu'en s'adressant à un avocat, le client ait la garantie qu'il a affaire à quelqu'un qui n'a de comptes à rendre qu'à son client et qui n'est aux ordres et sous l'influence de personne (cf. Rapport explicatif du Conseil fédéral sur le projet de LLCA, ch. 233.21; ATF du 17 octobre 1980 dans la cause Ilg; Pfeifer, RDS 115/1996 II, p. 307 et 335ss; Dreyer, RDS 115/1996 II, p. 414ss; Fellmann/Sidler, Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes, Berne 1996, p. 7ss; Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zurich 1986, p. 53ss; Dupont-Willemin, Publications de la FSA, vol. 5, p. 9ss; Christe, RDS 107/1988 II, p. 463ss; Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, p. 31ss).

Dans la défense des intérêts de son client, dans les avis qu'il lui donne et dans les conseils qu'il lui prodigue, l'avocat doit être affranchi de toute influence, de toute préoccupation et de toute considération susceptible de déteindre sur les positions qu'il doit adopter en conscience et à la lumière de ses connaissances.

Tolérer qu'un avocat subisse une influence extérieure dans l'exercice de sa profession constituerait une atteinte aux fondements de l'Etat de droit. Sans avocats entièrement libres de s'exprimer et d'agir dans l'intérêt de leurs clients, ceux-ci n'ont pas accès au droit. Ils n'ont pas non plus accès à la justice. Pareille situation équivaut ni plus ni moins à la négation de l'Etat de droit.

Les régimes totalitaires l'ont bien compris, eux qui ont toujours cherché à contrôler le barreau, comme ils ont toujours censuré la presse. Comprenant l'importance de l'enjeu, des avocats et des journalistes ont préféré se laisser incarcérer ou même faire le sacrifice de leur vie plutôt que de céder à toute influence dans l'exercice de leur profession. Et c'est toujours d'actualité!

Chacun s'accorde à dire que l'avocat doit exercer en toute indépendance et qu'il doit se donner les moyens de le faire. Là où les avis divergent, c'est sur la notion d'indépendance.

Si l'on veut être rigoureux – et les intérêts en jeu sont d'une telle importance qu'ils exigent qu'on le soit – il faut définir l'indépendance de l'avocat par *l'absence de tous liens qui exposent l'avocat, dans l'exercice de sa profession, à quelque influence que ce soit de la part de tiers* qui ne pratiquent pas le barreau ou, pour rester dans la systématique de la LLCA, *qui ne sont pas inscrits sur un registre cantonal*.

En d'autres termes, l'avocat doit être et rester affranchi de tous liens d'allégeance quels qu'ils soient, contractuels ou non, relevant de la sphère privée ou des relations professionnelles, qui risqueraient de compromettre son indépendance d'esprit et sa liberté d'action.

L'indépendance de l'avocat doit être absolue et elle doit l'être au niveau des apparences déjà. De même que le juge doit se récuser s'il donne l'apparence d'une sujétion, l'avocat doit refuser le mandat ou le répudier s'il donne celle que son action n'est pas dictée uniquement par les intérêts bien compris de son client. Les critères sont les mêmes: parenté, liens d'amitié, dépendance économique, etc.

Face aux conséquences qu'implique une définition aussi stricte et exigeante de l'indépendance, on entend toutes sortes d'objections: il est impossible de contrôler pareille indépendance; devant gagner sa vie, l'avocat dépend financièrement de son

client; il ne peut s'abstraire du contexte économique, social, politique, religieux et autre dans lequel il est amené à exercer sa profession, de sorte qu'il ne sera jamais totalement affranchi de tous liens susceptibles de l'exposer à l'influence d'un tiers dans l'exercice de sa profession, etc. etc.

A y regarder de près, ces objections ne résistent pas à l'examen. Qu'il nous suffise de rappeler que l'on ne peut servir deux maîtres à la fois, que c'est exactement ce que consacre l'article 158 du Code pénal sur la gestion déloyale et que si l'on est en mesure de comprendre et d'appliquer cette dernière disposition, il n'y a aucune raison de se déclarer incapable de saisir la portée et d'accepter les conséquences pratiques de l'indépendance telle que définie plus haut.

Les affaires qui aujourd'hui secouent le monde des réviseurs doivent faire réfléchir. On ne touche pas à l'indépendance. On la recherche constamment, on la protège et on la respecte... comme le montagnard respecte la montagne et le marin la mer! L'indépendance est tellement exigeante qu'elle est intransigente. On ne répétera jamais assez que sans elle, il n'y a pas d'accès au droit, pas d'accès à la justice, pas d'Etat de droit.

Et pourquoi donc l'exigence de l'indépendance mérite-t-elle qu'on s'y arrête à la veille de l'entrée en vigueur de la LLCA? C'est qu'elle n'est pas définie par la loi et qu'elle est menacée par ceux-là mêmes qui devraient en être les défenseurs les plus acharnés.

Ils font partie de ceux qui prônent la pratique du barreau au sein de cabinets ou de structures pluridisciplinaires. Ils n'y voient pas de réel danger pour l'indépendance de l'avocat ni non plus pour son secret professionnel. Ils ajoutent toutefois et invariablement qu'il faut bien évidemment que toutes les précautions voulues aient été prises.

Ce qui frappe chez les partisans de la pluridisciplinarité, c'est qu'ils ne se soucient jamais de donner au client les moyens de contrôler l'efficacité des précautions en question. On dicte des règles, on aménage des procédures, on en exclut d'emblée toute violation, on aménage une surveillance, le tout en vase clos, sans contrôle extérieur et l'on affirme sans broncher que tout danger est ainsi définitivement écarté!

La nécessité des précautions atteste à elle seule la réalité de la menace. Comme les biens à protéger sont vitaux pour l'Etat de droit, si la pratique du barreau au sein de cabinets ou de structures pluridisciplinaires comporte une menace pour l'indépendance de l'avocat ou pour son secret professionnel, il n'y a pas d'autre solution que de la bannir. C'est la seule vraiment efficace et immédiatement contrôlable à la fois par le client et par l'autorité de surveillance des avocats.

Les tenants de la pluridisciplinarité font valoir qu'elle permet une telle efficacité et une telle qualité du service à la clientèle opérant dans un environnement économique et juridique de plus en plus complexe et international que cela n'a rien à voir avec ce que peut offrir un cabinet d'avocats méconnaissant la pluridisciplinarité ou échappant à une structure pluridisciplinaire. (Cf. CJE arrêt C-309/99, consid. 81 à 90).

On peut discuter à perte de vue de la tendance et de l'évolution en cette matière. Ce qu'il faut savoir, c'est que le Conseil des barreaux de l'Union européenne (CCBE) (cf. résolution adoptée à Athènes le 12 novembre 1999 <http://www.ccbe.org/Documents/Fr/mdpfr.pdf>), la Fédération des barreaux d'Europe (FBE), l'Union internationale des avocats (UIA) (cf. résolution adoptée au 43^e congrès à New Delhi, <http://www.uianet.org>) et l'International Bar Association (IBA) ont adopté des résolutions qui appellent toutes au contrôle absolu par les avocats et par eux seuls de tout ce qui relève de l'exercice de la profession d'avocat dans ces cabinets pluridisciplinaires. Elles exigent également le strict respect des règles déontologiques propres à la profession d'avocat, à commencer par la règle de l'indépendance. Autant demander l'impossible, comme le dit très justement la jurisprudence?

Dans son arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2001, traitant du rôle et de la fonction de l'avocat dans un Etat de droit, le Tribunal fédéral constate que même s'il est aménagé de façon très différente d'un pays à l'autre et d'un canton à l'autre, le principe de l'indépendance de l'avocat est d'une importance primordiale. Il observe que ce principe est d'ailleurs reconnu dans le monde entier.

Le Tribunal fédéral relève également que l'indépendance doit garantir à l'avocat la plus grande liberté et la plus grande objectivité possible dans la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés et ce, tant à l'égard de ses clients que face au juge. Sans cette indépendance, il ne peut y avoir de confiance ni en l'avocat ni en la justice. Pour que cette confiance existe, il faut absolument que celui qui s'adresse à un avocat puisse avoir la certitude que son conseil n'est lié en aucune façon à des tiers dont les intérêts pourraient être opposés de quelque manière que ce soit à ses propres intérêts.

L'indépendance de l'avocat doit aussi permettre de garantir le respect des règles professionnelles, notamment celle du secret professionnel qui constitue, dans le système juridique, une particularité concédée à l'avocat en vertu du rôle très particulier qui est le sien dans l'administration de la justice. Cette concession est compensée par des obligations professionnelles auxquelles l'avocat ne peut satisfaire entièrement qu'à condition d'être indépendant tant de son mandant que de tiers (consid. 4c).

Le Tribunal fédéral considère que l'avocat employé d'une société de réviseurs et d'experts-comptables est soumis à l'influence de tiers. En tant qu'entreprises de services à but lucratif, ces sociétés poursuivent clairement leurs intérêts propres dans l'exercice de leurs diverses activités. Ainsi, il existe un risque certain, bien concret et pas seulement abstrait, que la poursuite de ces intérêts particuliers exerce une influence sur l'avocat salarié chargé de mandats touchant de près ou de loin aux intérêts commerciaux de l'employeur pris dans leur ensemble. Dans de tels cas, le mandant ne sera même pas en mesure d'apprécier si des intérêts propres à l'entreprise sont en jeu. On peut en effet envisager des constellations dans lesquelles une société de réviseurs et d'experts-comptables représenterait les intérêts de différents

clients, lesquels se trouveraient être opposés les uns aux autres dans un procès. Cette société pourrait être tentée, de son propre chef ou sous la pression d'un client, d'intervenir auprès de son employé qui, avocat salarié, défendrait un des clients dans un procès et qui le ferait peut-être sans même savoir que la partie adverse est également cliente de son employeur. Le même problème se poserait si la société de réviseurs et d'experts-comptables souhaitait s'attacher la partie adverse comme nouveau client ou si un autre de ses clients était témoin et que la société en question cherchait à le protéger ou à lui éviter de se compromettre.

Enfin, contrairement à l'avocat qui emploie un confrère, la société de réviseurs et d'experts-comptables n'est pas soumise aux règles de la profession, notamment pas aux sanctions qui peuvent aller jusqu'au retrait de l'autorisation d'exercer.

En résumé, le Tribunal fédéral a conclu que, dans l'intérêt d'un ordre juridique clair, transparent et compréhensible pour le justiciable, les avocats salariés de sociétés de réviseurs et d'experts-comptables, comme d'ailleurs les avocats salariés d'autres entreprises ne pouvaient être admis à pratiquer le barreau et ce, pour garantir l'indépendance de l'avocat. (Cf. communiqué de la FSA sur cet arrêt).

Dans son arrêt C-309/99 du 19 février 2002, la Cour de justice européenne rappelle certaines règles professionnelles que les avocats des Pays-Bas doivent observer, à savoir le devoir de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci, le devoir d'éviter tout risque de conflit d'intérêts ainsi que le devoir de respecter un strict secret professionnel (consid. 100), toutes règles qui «imposent que l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers dont il convient qu'il ne subisse jamais l'influence. Il doit offrir, à cet égard, la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client» (consid. 102).

Puis la CJE de poser qu'il était légitime de «considérer que l'avocat pourrait ne plus être en mesure de conseiller et de défendre son client de manière indépendante et dans le respect d'un strict secret professionnel s'il appartenait à une structure qui a également pour mission de rendre compte des résultats financiers des opérations pour lesquelles il est intervenu et de les certifier» (consid. 105).

Conclusion

Il ne fait aucun doute que la LLCA entraînera des changements dans tous les barreaux cantonaux. Si l'on y voit l'occasion d'opter pour le plus petit dénominateur commun en matière de formation et de règles professionnelles, ce sera une défaite magistrale pour tout le monde. La clientèle sera la première à en pâtir. Si, en revanche, on saisit cette occasion pour élever le niveau des exigences dans ces mêmes matières, on garantira efficacement l'accès au droit et à la justice.