



Représentant les avocats d'Europe
Representing Europe's lawyers

REPONSE DU CCBE AU DOCUMENT DE CONSULTATION DE SIR DAVID CLEMENTI

REPONSE DU CCBE AU DOCUMENT DE CONSULTATION DE SIR DAVID CLEMENTI

Le Conseil des Barreaux de l'Union européenne (CCBE), à travers ses barreaux membres, représente plus de 700.000 avocats européens. C'est à ce titre que le CCBE souhaite commenter, d'un point de vue européen, certains aspects du document de consultation.

L'étape première et la plus importante dans cette réponse est le souhait du CCBE de renvoyer à la Recommandation du Conseil de l'Europe N° R (2000)21 sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat (et le Mémoire explicatif y annexé) adoptée par le Comité des Ministres le 25 octobre 2000 ainsi que les Principes de base des Nations Unies relatifs au Rôle des Avocats approuvés par l'Assemblée Générale des Nations Unies en décembre 1990. Ces deux documents sont annexés à la présente réponse. Le CCBE estime que les commentaires suivants sont en conformité avec ces deux documents.

Le rôle de l'avocat dans la société

Les avocats jouent un rôle fondamental dans l'administration de la justice et le maintien de l'Etat de droit qui sont tous deux les fondements essentiels d'une société démocratique. Le CCBE souhaite décrire ce rôle en suivant le Mémoire explicatif de la Recommandation du Conseil de l'Europe et en citant l'article 1.1 du Code de déontologie des avocats de l'Union européenne :

1.1. La mission de l'avocat

Dans une société fondée sur le respect de la Justice, l'avocat remplit un rôle éminent. Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi. Dans un Etat de droit, l'avocat est indispensable à la justice et aux justiciables dont il a la charge de défendre les droits et libertés : il est aussi bien le conseil que le défenseur de son client.

Sa mission lui impose des devoirs et obligations multiples, parfois d'apparence contradictoires, envers :

- *le client,*
- *les Tribunaux et les autres autorités auprès desquelles l'avocat assiste ou représente le client,*
- *sa profession en général et chaque confrère en particulier,*
- *le public, pour lequel une profession libérale et indépendante, liée par le respect des règles qu'elle s'est données, est un moyen essentiel de sauvegarder les droits de l'homme face à l'Etat et aux autres puissances.*

Le rôle vital de l'avocat dans l'administration de la justice et dans le maintien de l'Etat de droit est la raison pour laquelle dans la plupart si pas dans tous les pays d'Europe, et dans de nombreux pays en dehors de l'Europe, il est fait référence aux avocats comme à un « instrument de justice » ou un officier de la Cour ou en des termes semblables. D'un point de vue historique, les avocats ont dans ces nombreux pays joué un rôle-clé dans la création d'une société libre et démocratique basée sur l'Etat de droit et qui reconnaît les droits fondamentaux de ses citoyens vis-à-vis de leur gouvernement. C'est la raison pour laquelle dans un certain nombre de ces pays, le principe « d'indépendance de l'avocat » (c.-à-d. qu'en principe, il ne devrait y avoir aucune ingérence du gouvernement dans les activités de l'avocat), et les valeurs essentielles de la profession d'avocat (voir ci-dessous) sont protégés par la constitution même.

Les objectifs et principes de la réglementation

Tous les Etats membres de l'UE reconnaissent les valeurs essentielles – indépendance, absence de conflits et secret professionnel – comme les objectifs et principes majeurs de la réglementation de la profession d'avocat.

Un autre objectif et principe est d'assurer l'accès à la justice et le maintien de l'Etat de droit. En fait, les valeurs essentielles de la profession d'avocat peuvent être considérées comme un instrument permettant de parvenir à l'accès à la justice et au maintien de l'Etat de droit. De manière plus spécifique, dans un certain nombre d'Etats membres de l'UE, les avocats sont tenus de s'engager dans des activités d'aide judiciaire pour des honoraires réduits ou gratuitement afin de garantir l'accès à la justice à ceux qui n'ont pas les moyens de payer pour y accéder.

Un avocat est, évidemment, un prestataire de service pour des clients, ce qui est reconnu également à l'article 1.1. du Code de déontologie du CCBE cité ci-dessus. Le terme « clients » dans ce contexte est très large et couvre non seulement des consommateurs individuels mais également des groupes industriels et tout autre type de clients.

Toutefois, la fonction d'un prestataire de service a ses propres limites. S'il existe un conflit entre la fonction de prestataire de services et la fonction d'instrument de justice, cette dernière prévaut. L'obligation d'un avocat en tant que prestataire de service de suivre comme principe les instructions de son client trouve dès lors ses limites dans la fonction de l'avocat en tant qu'instrument de la justice. L'indépendance de l'avocat signifie donc également, au-delà d'un certain point, l'indépendance vis-à-vis du client.

En tant que prestataire de service, un avocat constitue une entreprise au sens du droit de la concurrence et donc, il faut également tenir compte des considérations en matière de concurrence. Cependant, les effets anticoncurrentiels de la réglementation en vertu du droit européen peut se justifier par des considérations d'intérêt public, et la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *Wouters*¹ a reconnu que les valeurs essentielles de la profession d'avocat mentionnées précédemment, à savoir indépendance, absence de conflits et secret professionnel, sont qualifiées de considérations d'intérêt public dans ce but. Ceci ne signifie rien de moins que dans un règlement donné, les valeurs essentielles de la profession d'avocat peuvent avoir priorité sur des considérations en matière de concurrence. Selon le CCBE, il en irait de même pour la disposition réglementaire qui porte sur l'accès à la justice et le maintien de l'Etat de droit puisque tous deux sont également des aspects d'intérêt public.

Ces commentaires sur les considérations en matière de concurrence sont également pertinents lorsqu'on se tourne vers le règlement professionnel du point de vue des avocats individuels et de leur liberté personnelle en vertu du droit européen. Un règlement qui restreint les libertés peut également se justifier s'il sert les valeurs essentielles de la profession ou l'accès à la justice et le maintien de l'Etat de droit en tant qu'aspects d'intérêt public.

Le CCBE constate que le document de consultation ne mentionne pas de manière spécifique qu'il faut éviter les conflits d'intérêts comme étant l'un des objectifs ou principes du règlement. Le CCBE suggère fermement que ce soit inséré. La plupart des scandales financiers qui ont lourdement affecté les bourses et investisseurs ces dernières années se sont caractérisés par des conflits d'intérêts au chef des différents participants sur le marché (par exemple les directeurs, auditeurs, analystes et occasionnellement, des avocats également). Il semble incohérent au CCBE que suite à cette expérience, le document de consultation ne mentionne pas de manière spécifique qu'il faut éviter les conflits d'intérêts comme un objectif et principe de la réglementation, même si en Europe au niveau national et européen des règles strictes en matière de conflit d'intérêts ont dans l'intervalle été introduites ou sont en cours d'adoption, pour les divers participants sur le marché.

Les valeurs essentielles de la profession d'avocat ne devraient surtout pas être considérées comme les droits de l'avocat mais plutôt comme des obligations. L'avocat est tenu de veiller à ce que son indépendance

¹ C-309/99 *Wouters*/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten du 19 février 2002.

ne soit influencée ni par le gouvernement, ni par son client ; il est tenu d'éviter les conflits d'intérêts et de protéger le secret professionnel. Enfreindre ces obligations essentielles constitue dans certains Etats membres non seulement une infraction professionnelle mais également un délit pénal.

Pour toutes ces raisons, le CCBE émet des réserves quant à la notion d' « industrie des services juridiques » fréquemment utilisée dans le document de consultation. Garantir l'accès à la justice et maintenir l'Etat de droit ne constitue pas une procédure industrielle. Le terme « industrie » pourrait s'avérer approprié aux services financiers. Employé dans le cadre des services juridiques, il y manque la fonction de la profession d'avocat dans la société. Une personne accusée de meurtre et comparaisant devant un tribunal ne comprendrait presque certainement pas qu'il soit fait référence à son avocat de la défense en tant que membre de « l'industrie des services juridiques ». Le CCBE comprend tout à fait la fonction d'avocat en tant que prestataire de services et qu'entreprise engagée dans la concurrence. Toutefois, ce serait mal comprendre l'importance relative des différents rôles de l'avocat que de le définir comme une « industrie de service juridique ».

L'indépendance de l'avocat n'est évidemment pas absolue. Un avocat n'est pas au dessus des lois. Par exemple, il est soumis à des dispositions générales de droit pénal relatives par exemple à l'aide et à l'encouragement et donc, bien qu'il soit un instrument de justice, il ne doit pas aider ni encourager sciemment l'activité criminelle d'un client. Il va sans dire également qu'un avocat lorsqu'il est au tribunal est soumis aux dispositions procédurales applicables et aux instructions pratiques du tribunal. Dès lors, l'indépendance signifie uniquement qu'aucun secteur du gouvernement (le législatif, l'exécutif et le judiciaire) ne doit faire preuve d'une ingérence excessive. Le fait de savoir si l'ingérence est justifiée ou excessive dépendra du secteur qui joue d'influence et de quel droit de l'avocat il s'agit. Il est généralement reconnu que dans la plupart si pas tous les pays européens, même s'il y a ingérence du législatif ou du judiciaire, il peut s'agir d'une violation des droits de l'avocat en vertu de la constitution nationale ou de la Charte européenne des droits de l'homme.

En conclusion, le principe essentiel d'indépendance de l'avocat se trouve au milieu d'un système complexe de considérations différentes et son application dans une affaire concrète donnée peut exiger un équilibre difficile.

La structure de la réglementation

La structure de la réglementation de la profession d'avocat en Europe varie d'un pays à l'autre. En fait, de brèves recherches menées par le CCBE ont montré qu'aucun pays parmi ses membres ne dispose de la structure de réglementation du Modèle A. Quelques pays ont des modèles proches (bien que pas identiques) des Modèles B et B+. La plupart des pays ont des modèles qui ne correspondent ni au Modèle A ni aux Modèles B ou B+. Dans aucun pays, la profession d'avocat ne dispose d'une autorégulation totale et sans restriction. Toutefois, il y a dans tous les pays européens membres du CCBE une tendance significative à l'autorégulation.

L'autorégulation, dans son concept, doit être envisagée comme un corollaire à la valeur essentielle qu'est l'indépendance. Les commentaires ci-dessus ont cerné l'indépendance dans l'exercice de la profession par un avocat individuel. L'autorégulation aborde l'indépendance collective des membres de la profession d'avocat. Le principe de l'autorégulation n'est rien de moins qu'une défense structurelle de l'indépendance de l'avocat individuel. Après tout, cette indépendance individuelle peut être excessivement influencée non seulement par des mesures individuelles mais également par un règlement. Donc, l'indépendance individuelle et collective constitue deux valeurs qui servent à garantir le rôle de l'avocat dans la société comme cela a été mentionné précédemment.

Bien sûr, le principe d'autorégulation au sens de l'indépendance collective n'est pas absolu et a des limites fixées par la législation nationale. Où se situent ces limites et jusqu'où la réglementation par le gouvernement peut aller diffèrent d'un pays à l'autre. L'étendue de la réglementation du gouvernement est plus importante dans certains pays et moins dans d'autres. Cependant, tous les pays qui sont membres du CCBE respectent le fait que le champ d'application de l'autorégulation de la profession doit être correct. Donc, le principe de l'autorégulation, à savoir l'indépendance collective, se trouve au milieu d'un système

complexe de considérations différentes également, tout comme le principe de l'indépendance individuelle. Il faut faire particulièrement attention à ce que l'équilibre ne penche pas trop en direction de la réglementation du gouvernement sinon le rôle de la profession d'avocat dans la société serait en danger.

Ces commentaires s'appliquent non seulement à la réglementation du gouvernement mais également à la réglementation des tiers qui sont autorisés par le gouvernement à réglementer ou à participer à la réglementation. Cette possibilité n'est pas différente de la réglementation du gouvernement dans la mesure où le principe d'autorégulation de la profession d'avocat est concerné. Les risques portant sur l'indépendance (collective et individuelle) sont les mêmes. En effet, l'implication de tiers dans la réglementation de la profession d'avocat pose un problème supplémentaire grave en ce qui concerne le rôle de l'avocat dans la société. Le gouvernement, lorsqu'il réglemente la profession, est tenu par les instructions données par le parlement et est responsable devant le parlement en sa qualité de souverain démocratique ultime élu par le corps électoral. Il est indispensable que lorsque des tiers participent à la réglementation, ces principes soient respectés, c.-à-d. que les instructions doivent leur être transmises par le parlement et qu'ils doivent au final être responsables devant le parlement. Sinon, la démocratie représentative sera dans une position grave.

Il faut être particulièrement attentif au niveau auquel l'autorégulation de la profession est surveillée. Cela ne pose pas de problème si la surveillance se limite à la légalité. Toutefois, si la surveillance ne constitue pas seulement une surveillance de la légalité mais porte également sur le caractère approprié et la pertinence (politique), cela pourrait entraîner des risques pour l'indépendance (collective) de la profession d'avocat. Si la compétence d'autorégulation est attribuée à la profession « sous surveillance » et si le rappel de cette compétence revient à la décision politique de l'organisme gouvernemental de surveillance sans que le parlement ne soit impliqué, cette structure de réglementation pourrait difficilement être conciliable avec le rôle de l'avocat dans la société et avec le principe d'indépendance de l'avocat.

Le CCBE appuie ses précédents commentaires sur le Principe V (Associations) de la Recommandation du Conseil de l'Europe et sur son Mémoire explicatif où il est stipulé que les avocats peuvent pleinement jouer leur rôle dans un Etat basé sur l'Etat de droit si les barreaux sont indépendants, en particulier vis-à-vis de l'Etat et de groupes de pression économiques. En outre, l'article 24 des Principes de base des Nations Unies relatifs au Rôle des Avocats prévoit que les avocats ont le droit de former et rejoindre des associations professionnelles autorégulées afin de protéger leur intégrité professionnelle dont le terme couvre l'indépendance. Le Mémoire explicatif de la Recommandation du Conseil de l'Europe, par ailleurs, reconnaît que le gouvernement a également le rôle d'intervenir dans la réglementation des avocats si cela s'avère réellement nécessaire afin de protéger l'intérêt public. Toutefois, selon le CCBE et comme cela est mentionné précédemment, un équilibre minutieux doit à cette fin être établi afin que les valeurs essentielles de la profession d'avocat ne soient pas menacées par la structure de réglementation et que le principe de représentation démocratique soit respecté.