Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits

Autor(en): **Christe, Pierre**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **107 (1988)**

PDF erstellt am: **23.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895933

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits

par PIERRE CHRISTE, avocat, Delémont

Préambule

Il m'appartient d'examiner, dans l'optique de l'avocat, le rôle et la fonction impartis au barreau, dans un Etat de droit tel que le nôtre, en vue de la protection des droits de nos concitoyens justiciables.

Pratiquant la profession d'avocat depuis plus de 35 ans, sans interruption, généraliste dans une petite ville de 12000 habitants, j'ai pu vivre l'évolution du droit et de son application. M. le Procureur BERNARD CORBOZ a décrit, lors de ces journées, de magistrale manière, cette recherche permanente d'un idéal de justice, parsemée d'écueils, et dont tous les acteurs sont sans cesse critiqués et toujours remis en question. MM. CHRISTOPHE ROHNER et PIERRE MARTIN on démonté, de manière approfondie et perspicace, tous les rouages grippés ou rouillés de l'administration judiciaire, proposant remèdes, idées et solutions, pour tendre à une justice de perfection.

Nous allons, durant le temps qui nous est imparti, tenter, à notre tour, de définir un peu mieux le sens et la raison de notre vocation.

Définitions

L'avocat exerce une profession *privée, libérale* et *indépendante,* constitutionnellement protégée par les art. 31 et 33 CF, 5 DT, soumise à une stricte discipline, supervisée par l'Etat dans la mesure où elle est exercée dans l'intérêt public.

L'avocat est donc la personne qui, régulièrement brevetée, ayant prêté serment ou promesse solennelle, soumise à la discipline du barreau, est autorisée à conseiller, représenter ou à assister en matières juridique et contentieuse ses clients en justice.

Ainsi, ne font pas partie de la profession, les avocats qui sont engagés dans un rapport de subordination dans des sociétés, banques, fiduciaires, assurances ou corporations diverses, qui sont magistrats ou encore au service de l'Etat.

Rôle et fonction de l'avocat

Nous le verrons, l'avocat est un rouage essentiel de la justice. Il ne peut échapper, dès lors, à la critique permanente dont elle est l'objet. Elle me paraît inévitable, puisque l'Etat recherche un idéal de justice, qui ne peut être soumis à l'opinion changeante de tous les groupes de pression qui gravitent autour d'elle.

Si les institutions peuvent se modeler au gré des changements sociaux, la justice apparaît vite comme un corps rigide qui n'évolue pas au rythme des passions. Ainsi, l'évolution de notre civilisation provoque-t-elle forcément des ruptures au cours desquelles le pouvoir politique a tendance à mettre la main sur le pouvoir judiciaire.

L'individu a changé. Il a désormais des droits, toujours plus de droits dans la société. Le principe de l'autorité est sans cesse bafoué, qui durant 15 siècles fut la règle sacro-sainte. Toute opinion découle d'une loi, d'un texte. Or, notre société refuse maintenant ce principe au niveau de la pensée. Le mode de raisonnement de la justice semble périmé, voir fossile à la jeune génération.

Il découle de cette évolution moderne bien des contradictions. Tout d'abord, la vie de l'avocat n'a pas beaucoup changé. Je travaille comme le faisait mon père il y a 70 ans: on demande à chacun de nous un savoir encyclopédique, qui nous voit tour à tour homme de science, manuel, artiste, architecte, technicien, médecin, chef d'entreprise, que sais-je encore. Bien que nous collions à la société, fréquentant les gens de toutes classes, nous demeurons une sorte de notable, attachés à l'ordre, alors que nous sommes par essence anti-conformistes, c'est-à-dire, des hommes de refus et/ou d'indépendance. Et pourtant, nous restons fidèles à notre profession, à nos traditions et nos règles quasi-séculaires, à notre robe issue du sacral, tout en voyageant, nous activant, nous intéressant au monde, nous cultivant, c'est-à-dire en étant des hommes modernes. Etrange vocation tout de même!

Notre rôle est relativement simple: conseiller, assister et défendre ceux qui font appel à nous, dans des causes défen-

dables du point de vue de l'ordre juridique et en exécution fidèle du mandat donné.

Il n'en va pas de même de *notre fonction,* c'est-à-dire de la mission dont nous sommes investis. Je pense que dans notre Etat de droit, elle consiste essentiellement à contribuer à faire rendre par le magistrat une solution juste et équitable.

C'est ainsi que l'avocat est collaborateur de la justice et serviteur du droit et non pas en raison d'une quelconque subordination.

Sa mission, en matières administrative et pénale, est d'établir une communication égalitaire entre l'Etat et le justiciable. Il informera les magistrats de la réalité subjective et des circonstances personnelles de son client, tout en éclairant consciencieusement ce dernier de la loi et de la sentence. En matière civile, il fera gagner un temps précieux en exposant scientifiquement et avec compétence, les faits et le droit, contribuant ainsi à la bonne marche de l'institution.

L'avocat a-t-il également une fonction sociale? Ce serait un chapitre en soi. Disons simplement que je suis convaincu que l'assistance de l'avocat aux plus faibles, aux bannis, aux persécutés, aux criminels même, leur rend un peu de cette dignité perdue sans laquelle nul être humain ne peut survivre.

L'avocat vu par les autorités judiciaires

Il est intéressant de comparer la profession de foi qui précède avec les jugements de notre plus haute autorité judiciaire. Vous y découvrirez une évolution intéressante, mais qui confirme en général ce que je viens d'exposer.

La nature juridique de la profession d'avocat est encore à l'heure actuelle peu clairement établie. Pourtant, une délimitation précise du statut de l'avocat est necessaire non seulement pour répondre à ses éventuelles angoisses existentielles ou à l'attente des justiciables, mais aussi pour asseoir le principe et le contenu des restrictions que l'Etat peut mettre à l'exercice de sa profession.

Aussi, le rôle joué par l'avocat, au gré de l'évolution jurisprudentielle, est indissociablement lié à la notion de monopole qui y trouve sa justification et que nous traiterons plus loin.

La question essentielle est de savoir si l'avocat exerce une profession publique – un office – relevant du droit public ou au contraire une activité privée menée dans l'intérêt public.

En 1896 déjà, le TF relevait qu'il ne faisait aucun doute que le

métier d'avocat était une profession libérale, au sens des art. 33 CF et 5 Dispositions transitoires; il ajoutait, par ailleurs, que cette conception d'une profession libérale, reposant sur des études spécialisées approfondies, était commune à l'ensemble des Etats ayant atteint un même degré de développement culturel et juridique que la Suisse (ATF 22 I 921, c. 1).

En 1902, le TF confirmait son opinion, en soulignant que la profession – d'avocat – à savoir la représentation professionnelle des parties devant les tribunaux entrait sans aucun doute dans la catégorie des professions libérales (ATF 28 I 111, c. 1).

Le TF est beaucoup moins catégorique en 1917. Il se demande, en effet, si «la profession d'avocat ne revêt pas le caractère d'une fonction à l'égal de celle des notaires, ce qui aurait pour conséquence de priver les avocats du bénéfice de l'art. 31 CF. Cette thèse a été soutenue dans la doctrine (cf. BURCKHARDT, Commentaire p. 277)» (ATF 43 I 34, c. 2).

Le TF nuance toutefois bien vite son propos en relevant que «généralement on ne reconnaît la qualité de fonctionnaire qu'à celui qui, en vertu d'une nomination officielle, pour une période déterminée et moyennant un traitement, est rendu dépositaire d'une partie des pouvoirs publics. Tel n'est pas le cas de l'avocat».

La profession d'avocat apparaît donc plutôt aux yeux du TF comme un office doublé d'une industrie privée, et à ce titre protégée par l'art. 31 CF, avec la règle spéciale de l'art. 33 CF (ATF 43 I 34).

L'ATF 49 I 14 (plus connu pour son aspect égalitaire, puisqu'il ouvre la profession d'avocat aux femmes), suit le même raisonnement: le TF y rappelle qu'il a appliqué les art. 31, 33 CF et 5 DT à la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans la plupart des cantons, car il a estimé que les avocats n'y avaient pas la qualité de fonctionnaires publics. Certes, les avocats collaborent comme organes auxiliaires à l'administration de la justice; ils sont tenus à ce titre de présenter certaines garanties (connaissances et honorabilité personnelle), et ils ont des devoirs spéciaux (ce qui explique qu'ils doivent obtenir un brevet, être assermentés et soumis à la surveillance de l'autorité judiciaire supérieure). «Mais cela ne modifie pas la nature fondamentale de leur activité qui est celle de professionnels indépendants et non de fonctionnaires. Leur nombre est illimité, ils ne sont ni nommés, ni rétribués par l'Etat et, en assistant et représentant les parties devant les tribunaux, ils ne s'acquittent pas d'une charge publique, ils exécutent le mandat

de droit civil qu'ils ont reçu de leur client.» La réalité des choses est que «les avocats ne détiennent aucune parcelle de la puissance publique et qu'ils pratiquent pour leur propre compte et à leur profit personnel – ce qui est la marque distinctive de l'activité professionnelle à laquelle s'applique la garantie inscrite à l'art. 31 CF».

Le TF réexamine la question dans l'ATF 60 I 12. Il relève que l'activité de l'avocat comporte souvent un rapport de puissance particulier, en vertu duquel il est placé sous la surveillance spéciale de l'Etat à l'égard duquel il est tenu d'exercer sa profession d'une manière irréprochable, ce qui explique que les avocats soient considérés comme des personnes analogues à des fonctionnaires («Halbbeamte») ou des auxiliaires de la justice.

Ceci posé, le TF poursuit qu'en règle générale, dans les cantons suisses, l'activité de l'avocat n'est pas considérée comme l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, donc pas non plus comme une fonction officielle; de ce fait, la profession d'avocat bénéficie d'une manière générale de la protection de la liberté de l'industrie (art. 31 CF) et du libre-exercice des professions libérales au sens des art. 33 CF et 5 DT (c. 1).

En l'espèce, le TF a toutefois considéré l'activité d'un avocat d'office comme une fonction publique, au même titre que celle d'un tuteur.

Le TF reprend l'expression «auxiliaire de la justice» dans l'ATF 67 I 80, en constatant que la mission importante de l'avocat justifie certaines restrictions (in casu la réclame) non seulement dans l'intérêt de la profession, mais aussi dans celui de la collectivité (c. 3).

La nature de profession libérale de l'activité de l'avocat est clairement affirmée dans l'ATF 71 I 377, qui fustige tous les manquements, actes ou omissions qui sont incompatibles avec la considération dont l'avocat doit jouir comme «organe auxiliaire de la justice» et la confiance qu'il doit nécessairement inspirer (c. 2).

L'ATF 73 I 1 répète une fois encore que la profession d'avocat est une profession libérale, en tout cas tant qu'elle sera, comme elle l'a été jusqu'à ce jour en Suisse, une profession indépendante et qu'elle ne sera pas devenue une fonction. Le TF qualifie à nouveau l'avocat de serviteur du droit et de collaborateur de la justice (c. 5).

Le TF ne modifiera plus sa jurisprudence.

L'ATF 98 I a 56 résume parfaitement la situation: l'avocat est placé sous la protection de la liberté du commerce et de l'indus-

trie, mais il est lié par les restrictions que lui impose sa situation de serviteur du droit et de collaborateur de la justice (veiller à la dignité de la profession, éviter toute réclame importune (...), (c. 3).

Cette optique est d'ailleurs partagée par la doctrine (AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, II, no 1888 ss; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 2e éd., p. 234; MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, p. 46; NEF, Liberté du commerce et de l'industrie, IV, FJS no 619, p. 9).

L'ATF 106 I a 100 apportera toutefois des éclaircissements essentiels sur le sens des expressions «serviteur du droit» et «collaborateur de la justice», en reprenant et en approfondissant les considérants de l'ATF 103 I a 426.

Il semble justifié de s'étendre quelque peu sur cette décision et d'en citer de larges extraits dans leur traduction parue au JT 1982 I 579:

«L'avocat est ‹serviteur du droit› et ‹collaborateur de la justice› dans la mesure où il lui incombe de conseiller et 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. L'activité de l'avocat prend en outre une importance particulière en procédure pénale. Si l'accusé n'est pas défendu dans les cas relativement graves, il manquerait une condition indispensable à un procès équitable et conforme aux exigences d'un Etat fondé sur le droit. Aussi bien l'avocat se voit-il confier toute une série de facultés spéciales en procédure pénale, par exemple le droit de s'entretenir librement et sans surveillance avec son client détenu, le droit de se voir accorder la possibilité de préparer de façon suffisante la défense de son client, le droit d'assister à l'interrogatoire du prévenu, le droit à la délivrance des pièces, etc. ...

Mais en même temps l'avocat se voit imposer des obligations particulières en rapport avec ces facultés: il est tenu de maintenir la dignité de la profession et d'observer, à cet égard, les règles écrites et non écrites qui doivent assurer, dans l'intérêt des justiciables et du déroulement correct des institutions judiciaires, la confiance en sa personne et dans le barreau en général.

A l'égard des autorités judiciaires, la confiance en l'avocat présuppose notamment que ce dernier conserve son indépendance vis-à-vis de son client. S'il perd cette indépendance, on ne

peut plus être sûr que l'avocat exercera correctement son activité et qu'il n'utilisera pas sa position à des fins étrangères à la procédure. Cette confiance indispensable fait aussi défaut, pour les mêmes raisons, si l'avocat se dresse contre l'ordre constitutionnel et tend à le renverser par la force.

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 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 mandat. 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 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. Tandis que la confiance en l'avocat exige – comme on l'a relevé ci-dessus – que ce dernier maintienne son indépendance vis-à-vis de son client, le rôle de l'avocat – tel qu'on vient de le décrire – implique aussi son indépendance vis-à-vis de l'Etat. L'avocat doit régler son activité non pas en fonction de l'intérêt qu'a l'Etat à la poursuite pénale, mais en fonction de l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir un acquittement ou un jugement aussi clément que possible; c'est pourquoi il faut qu'il puisse disposer d'une grande liberté de décision quant au choix des moyens de défense. Des prescriptions légales ou professionnelles qui ne tiendraient pas compte de cet élément ne seraient pas compatibles avec la Constitution.

Cela ne signifie pourtant pas que l'activité de l'avocat n'est soumise à aucune restriction. Il lui est défendu d'utiliser des moyens illégaux et de recourir à des moyens qui iraient à l'encontre du but poursuivi par la procédure... En raison du large pouvoir d'appréciation dont jouit l'avocat, il faut examiner avec une grande retenue si une telle violation de ses obligations existe.» (c. 6 b)

«Selon la jurisprudence du TF, l'avocat dispose d'une grande liberté pour critiquer l'administration de la justice, tant qu'il le fait dans le cadre de la procédure, que ce soit dans les mémoires ou à l'occasion de débats oraux. Cette liberté découle d'abord

du droit de son client de se défendre; elle est en outre indispensable pour assurer cet intérêt public que représente le déroulement d'une procédure conformément aux exigences d'un Etat fondé sur le droit. Aussi, le TF a-t-il déclaré qu'en fonction de cet intérêt public, l'avocat a le devoir et le droit de relever les anomalies et de dénoncer les vices de la procédure. Le prix à payer pour cette liberté – indispensable – de critiquer l'administration de la justice consiste en ce qu'il faut s'accommoder de certaines exagérations...

L'avocat n'agit contrairement à ses devoirs professionnels et, partant, de façon inadmissible, que s'il formule des critiques de mauvaise foi ou dans une forme attentatoire à l'honneur, au lieu de se limiter à des allégations de fait et à des appréciations...

En ce qui concerne les déclarations publiques, des exigences plus sévères peuvent être imposées à l'avocat. Il n'est pas contraire à la Constitution de ne permettre à un avocat de faire des déclarations publiques que si des circonstances spéciales le justifient.» (c. 8 b)

Sans revenir sur ces notions qui semblent à présent bien acquise, le TF a confirmé une fois encore récemment (ATF 112 I a 318, c. 2 a) que l'avocat bénéficie de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 31 CF, au même titre que les personnes qui exercent une autre profession libérale ou une autre activité lucrative de droit privé, à la condition que la profession demeure une industrie et ne devienne pas une fonction publique (formule reprise de l'ATF 105 I a 67, c. 4 a).

Au vu de cette jurisprudence et en guise de conclusion, on peut définir l'activité de l'avocat comme une *profession privée, libérale et indépendante,* bénéficiant des garanties des art. 31 CF, 33 CF et 5 DT.

S'il est bien un serviteur du droit et un auxiliaire de la justice, l'avocat n'est en aucun cas un fonctionnaire soumis à cette justice, à l'instar d'un juge ou d'un greffier.

En effet, comme le relève Me MAURICE GARÇON (L'avocat et la morale, Buchet et Chastel, 1963, p. 18):

«L'avocat, auxiliaire indispensable et inséparable de la justice, ne fait point partie du personnel de la justice. Il demeure indépendant, toujours présent pour exposer, expliquer, contrôler, défendre et quelquefois attaquer, mais ne devant de comptes à personne qu'à lui-même de sa conduite. Le but vers lequel il tend est le même que celui de la magistrature, puisqu'il s'emploie à éclairer les juges pour les aider à rendre une solution qu'il estime juste. Il ne rend pas la décision, mais il contribue à la faire rendre. Il protège tout ce qui est menacé dans sa liberté, sa vie, son honneur, ou son bien.»

C'est d'ailleurs en raison de cette fonction de collaborateur de la justice que le droit d'opposer le secret aux autorités judiciaires et administratives est reconnu à l'avocat, avec sa contrepartie dans les règles déontologiques et la discipline professionnelle auxquelles il est soumis (Me A.-L. DUPONT-WILLEMIN, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, Bulletin FSA, mars 1986, p. 10).

L'expression de *«partenaire de la justice»* semble bien résumer la conception actuelle de la profession d'avocat.

Elle correspond en tout cas à la volonté d'indépendance des avocats exprimée sur le plan international. Ainsi, les principes fondamentaux de la profession d'avocat (adoptés par l'Assemblée générale du 20e Congrès de l'UIA à Bonne le 4 avril 1964) proclament que «le barreau est indépendant de l'Etat et de toute hiérarchie dans l'Etat» (§ 12) et qu'«il est autonome, soumis à un droit professionnel et à des disciplines propres, libre gardien de ses règles» (§ 13).

La Déclaration d'Athène (AIJA, 27 août 1966), suit la même ligne en affirmant que les jeunes avocats de tous les pays «considèrent comme indispensable à une saine administration de la justice et à la garantie des libertés dans tous les domaines, l'indépendance des avocats comme celle des juges».

Le projet 1987 du Code de déontologie des avocats de la Communauté européenne dit:

> «La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue exempte de toute pression... Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'impartialité du Juge.»

On peut dire en conclusion de ce chapitre que *là où il n'y a pas d'avocat indépendant, il n'y a plus d'Etat de droit.*

Le TF, dans deux arrêts récents (Ilg et Sauvain) semble toutefois prendre le parti d'ignorer l'importance de l'indépendance de l'avocat et d'établir une subtile théorie lui permettant de vider de leur substance les dispositions législatives cantonales garantissant cette indépendance. Au sujet de cette dangereuse jurisprudence, cf. le Bâtonnier DUPONT-WILLEMIN dans le bulletin de la FSA (L'avocat suisse, no 115, 7/1988). C'est ainsi que le TF a également jugé dans l'ATF 113 I a 279 (c. 2–4 b) que l'avocat touchant une indemnité forfaitaire pour son travail dans une institution sociale – qui accorde gratuitement des conseils juridiques et l'assistance judiciaire à ceux qui sont dans le besoin – ne viole pas, au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, les obligations professionnelles prévues par la Loi

bernoise sur les avocats (en l'espèce: le devoir d'indépendance, l'obligation d'observer les règles de la bonne foi, l'interdiction du pactum de quota litis, l'interdiction de s'engager à prendre à sa charge les frais en cas d'issue défavorable du procès).

Le monopole

Il m'apparaît indispensable de parler de l'exclusivité dont bénéficient les avocats de consulter, ou de représenter, ou encore de plaider pour les justiciables, afin d'en démontrer la légitimité d'une part, la nécessité de l'autre, et d'affirmer une bonne fois que le monopole de la représentation n'est pas instauré pour le bénéfice des avocats, mais bien pour la protection des droits des justiciables.

Le concept du monopole des avocats recouvre, selon les auteurs, trois notions distinctes:

a) *Le monopole de la consultation,* soit les renseignements et les conseils prodigués par un avocat à son client, en dehors de toute procédure judiciaire pendante ou en vue de l'introduction d'une telle procédure.
b) *Le monopole de la représentation,* soit la préparation des actes de procédure destinés aux autorités judiciaires, ainsi que l'assistance du client et le rôle d'intermédiaire entre ce dernier et les autorités judiciaires. Au sens large, il comprend aussi le monopole de la plaidoirie.
c) *Le monopole de la plaidoirie,* soit le fait d'assister personnellement le client lors des débats judiciaires et d'y défendre ses intérêts.

Tout corporatisme ou monopole est mal vu du public en une période de libéralisme exacerbé; souvent donc, les justiciables – peut-être aussi dans un souci de faire descendre l'avocat de son piédestal – remettent-ils en cause le monopole des avocats, aidés en cela par diverses branches professionnelles (banques, fiduciaires, assurances, agents d'affaires...) ou encore par des partis politiques qui tentent eux aussi d'ébranler le monopole des avocats pour reprendre à leur compte une part de leurs activités ou pour pratiquer un conformisme de gauche, toujours de bon aloi.

Il y a donc tout lieu de rechercher les fondements du monopole dont bénéficient les avocats et d'en expliquer le sens.

Le problème du monopole relève de la question générale des restrictions admissibles à la liberté du commerce et de l'industrie telle que garantie à l'art. 31 CF.

La profession d'avocat étant considérée comme une profession libérale (cf. supra), elle ne peut être soumise qu'aux limitations admissibles au regard de l'art. 31 CF. Toutefois, elle est également régie par la disposition spéciale de l'art. 33 CF (base constitutionnelle des exigences de capacité) et par l'art. 5 DT, en attendant un certificat de capacité fédéral, prévu dès 1874, mais que l'on ne voit toujours pas venir!

Le TF a admis très tôt que la profession d'avocat, profession libérale, était soumise aux dispositions constitutionnelles précitées (ATF 22 I 921, c. 1).

L'ATF 28 I 111 posait déjà le principe fondamental des restrictions mises à l'exercice de la profession d'avocat, plus précisément quant aux preuves de capacité exigibles en vertu de l'art. 33 CF. Selon le TF, l'exception de l'art. 33 CF à la liberté du commerce et de l'industrie ne vise pas à distinguer les professions libérales des autres, mais à permettre à l'Etat de vérifier, avant d'accorder l'autorisation d'exercer une telle profession, et ce *dans l'intérêt du public,* que les conditions de formation scientifique exigées pour lesdites professions soient bien réalisées (c. 1).

En l'espèce, le TF avait jugé admissible, malgré le principe du libre exercice de la profession d'avocat, que les cantons missent sur pied un examen officiel pour créer une catégorie spéciale d'avocat (Fürsprecher) dans la classe générale des «Advokaten», qui seraient soumis à des rapports de droits et d'obligations particuliers, aussi bien envers les autorités qu'envers les justiciables.

Le TF devait ensuite préciser que «de ce que l'art. 33 CF autorise expressément les cantons à exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales, il ne s'ensuit nullement que ce soient là les seules preuves que les cantons puissent exiger des aspirants à l'exercice d'une profession libérale... Il a toujours été admis, avec raison, que les cantons pouvaient mettre à l'octroi de l'autorisation d'exercer sur leur territoire telle ou telle profession libérale, d'autres conditions encore que celles ayant trait aux capacités, comme par exemple la justification de la part des aspirants de leur moralité et de leur honorabilité, pourvu seulement que ces prescriptions cantonales ne revêtent pas un caractère abusif ou prohibitif qui

rende illusoire la garantie consacrée par les art. 33 et 5 des dispositions transitoires de la CF.» (ATF 29 I 275, c. 2)

C'est ainsi que le TF relève dans cet arrêt que les devoirs inhérents à la profession d'avocat tels qu'énumérés par la loi fribourgeoise de 1851 ne peuvent être observés que par un «homme d'honneur et d'une probité reconnue».

Dans le même esprit, le TF a admis l'obligation de déposer une caution pour les avocats, fondée sur l'intérêt du public à une telle garantie et protection, vu les particularités de la profession (ATF 32 I 638, c. 2).

Il a en revanche jugé que l'obligation d'établir un domicile dans le canton d'exercice était incompatible avec l'art. 5 DT (ATF 39 I 48).

Dans l'ATF 43 I 34, le TF relève que les cantons ont imposé de nombreuses restrictions à l'exercice de la profession d'avocat, ainsi, outre la preuve de la capacité, des garanties d'honorabilité et de moralité, mais aussi dans certains cantons l'obligation d'accepter des défenses d'office, de se soumettre à un tarif, de fournir un cautionnement, et l'interdiction de représenter les parties dans certaines contestations (audiences de conciliation, justice de paix). Selon le TF, le législateur a certainement introduit ces dernières restrictions pour augmenter le prestige de l'avocat en réservant ses activités aux affaires les plus importantes, mais il a aussi voulu (ce qui est décisif au point de vue des art. 31 et 33 CF) sauvegarder les intérêts pécuniaires des parties et empêcher que l'intervention d'un avocat ne risque de prolonger la procédure (c. 2).

Ainsi, avant même d'avoir expressément admis le principe du monopole des avocats, le TF se préoccupait déjà d'éventuelles restrictions au dit monopole, les déclarant d'ores et déjà compatibles avec la Constitution fédérale!

Dans l'ATF 49 I 485, le TF devait admettre de garantir le monopole des avocats, déjà dans ses apparences, en déclarant compatible avec les dispositions constitutionnelles le fait d'interdire aux personnes extérieures à la profession de s'affubler des titres d'agents de droit ou de titres analogues, et ce afin de sauvegarder l'intérêt public qui pourrait être trompé par de telles dénominations. En effet, les restrictions admises en vertu de l'art. 31 CF ne visent pas seulement à préserver l'ordre, la sécurité et la santé publics, mais également la bonne foi dans les affaires (c. 6).

La notion fondamentale d'«intérêt public» revient en avant dans l'ATF 65 I 4, selon lequel «chaque canton est libre de

subordonner son autorisation à d'autres conditions (que les preuves de capacité) dictées par l'intérêt public, soit notamment à celle de l'honorabilité de l'avocat».

Après avoir réaffirmé ce principe – en donnant comme exemples certaines qualités morales ou sociales, la réputation, la conscience professionnelle –, l'ATF 67 I 80 souligne (au sujet de la réclame) que les restrictions peuvent être plus strictes pour les professions libérales que pour les professions purement économiques (commerciales ou industrielles), car dans les cantons où l'exercice du barreau dépend d'une autorisation de l'Etat accordée après des épreuves de capacité, ceux qui obtiennent cette autorisation acquièrent en fait *«une sorte de monopole»*.

Ce monopole n'est pas contesté par le TF, mais il a pour corollaire que l'Etat peut exiger en contre-partie un comportement digne, dans l'intérêt de la profession elle-même et de la collectivité, les avocats ayant pour mission importante d'être les auxiliaires de la justice (c. 3).

Aux termes de l'ATF 73 I 1, les conditions mises à l'exercice de la profession doivent se justifier par l'intérêt général et le bien public et elles ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but qui les légitime, c'est-à-dire l'administration d'une saine justice et la protection du public contre des représentants incapables (c. 5). En l'espèce, l'exigence d'une maturité avec latin est jugée admissible, celle de connaissances approfondies en philosophie ne l'étant pas.

Ce but de protection du public vaut également pour la profession d'agent d'affaires (27 LP); on ne peut toutefois aller jusqu'à subordonner l'exercice d'une telle profession à la passation d'un examen d'avocat, sans aller au-delà du but de police visé, car il n'est pas contesté que les relations avec les autorités de poursuite, en vue du recouvrement de créances, nécessitent des connaissances sensiblement moins étendues que la représentation des justiciables devant les tribunaux (ATF 95 I 331 c. 4).

L'ATF 103 I a 47 quant à lui devait confirmer une ancienne jurisprudence (ATF 59 I 197) selon laquelle les cantons sont en droit de réserver aux avocats brevetés la représentation des parties dans la procédure judiciaire s'appliquant aux contestations qui revêtent le caractère d'un incident de la poursuite et qui échappent ainsi à l'art. 27 LP, applicable à la seule procédure d'exécution réglée par le droit fédéral, mais pas aux procédures judiciaires incidentes réglées par le droit cantonal (c. 2 c, 2 d).

Le TF a encore une fois précisé le fondement d'intérêt public

du monopole dans l'ATF 98 Ia 596, affirmant que si une loi cantonale soumet les avocats à l'obligation d'obtenir une autorisation, elle crée par là même la base légale pour l'exigence d'honorabilité personnelle, qui découle «de la nature des choses et va de soi», même si la loi ne mentionne pas expressément cette condition. En effet, «que seules des personnes dignes de confiance doivent exercer l'activité d'avocat est un principe indiscutable et élémentaire» (c. 1 a).

Le TF devait par la suite faire montre de plus de tolérance encore à l'égard du monopole des avocats, voire à son extension, dans les ATF 100 Ia 163 et 105 Ia 67.

Répétant dans l'ATF 100 Ia 163 que la profession d'avocat bénéficie, dans les limites de l'art. 31 al. 2 et 33 CF, de la liberté du commerce et de l'industrie, le TF réaffirmait clairement les buts de telles restrictions à l'égard de la profession et leurs conditions: les cantons ne peuvent qu'exiger les preuves de connaissances et de capacité qui sont nécessaires pour atteindre le but de police visé, soit la protection du public des incapables; elles doivent bien entendu respecter le principe de la proportionnalité (c. 3). Il étendait alors l'admissibilité du monopole, non seulement à la représentation et à la plaidoirie (telles que définies plus haut), mais aussi à la *consultation*.

En effet, la préparation du procès à titre professionnel et la rédaction de pièces de procédure à l'intention des autorités judiciaires sont des actes essentiels de la conduite du procès. Comme cette dernière est soumise à l'autorisation, il en va de même pour la préparation du procès et la rédaction des actes de procédure (c. 3 a).

De plus, comme la profession ne se limite pas qu'à la conduite des procès, mais qu'elle comprend aussi la consultation juridique extrajudiciaire, il est compatible avec l'art. 31 CF d'étendre le monopole des avocats à l'activité consistant à faire profession de fournir des renseignements juridiques ainsi qu'à d'autres opérations non contentieuses (dispensation de conseils lors de la constitution de sociétés, de fondations ou lors de la rédaction de dispositions de dernière volonté; exécution d'un partage successoral ou exécution testamentaire).

En effet, de la consultation d'un homme de loi dépendent souvent des décisions importantes touchant à la sphère personnelle, familiale et professionnelle du consultant. Le public a ainsi un intérêt élémentaire et digne de protection à pouvoir se fier à une telle consultation. Les exigences de connaissances, de diligence, de fidélité, de responsabilité et de confiance ne sont

pas moindres que dans la conduite même du procès, car des conseils peu judicieux, mènent souvent à un comportement erroné du consultant, germe de conflits et de procès futurs.

Par ailleurs, seul l'avocat patenté peut garantir une discrétion totale, tenu qu'il est par le secret professionnel (321 CPS); lui seul est soumis à une surveillance disciplinaire, à un tarif, à une procédure de modération des honoraires, à l'interdiction du pactum de quota litis (c. 3 b).

L'ATF 105 I a 67 quant à lui rappelle que les restrictions apportées à la liberté du commerce et de l'industrie doivent reposer sur une base légale, être édictées dans l'intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité et de l'égalité de traitement, qu'elles doivent se fonder sur des motifs de police ou de politique sociale, alors que sont contraires à la Constitution les mesures de politique économique, qui interviennent dans la libre concurrence pour protéger ou promouvoir certaines branches d'activité ou certains genres d'exploitation et tendent à diriger l'activité en la planifiant (c. 4 b).

Dans cet arrêt, le TF confirme sa jurisprudence antérieure (100 I a 163), selon laquelle celui qui ne veut pas mener lui-même une contestation au sujet de ses droits ou obligations, mais mandater, au contraire, un représentant, a un «intérêt éminent» à ses connaissances, sa diligence, son sentiment de responsabilité et à la confiance qu'il peut mettre en lui (c. 5 a).

Le succès d'une action ne dépend pas qu'en dernier lieu des capacités du représentant, même quand l'autorité doit appliquer le droit d'office. De même que la partie doit être assurée que son représentant est versé dans le droit formel et matériel, de même le représentant doit tout savoir de son client pour défendre ses intérêts efficacement. Son mandant doit donc pouvoir compter sur une obligation de discrétion, assurée par le secret professionnel; il profite également de la surveillance exercée sur les avocats, du tarif, ainsi que de l'assistance qu'ils doivent fournir aux indigents à des tarifs préférentiels (c. 5 a).

Le TF précise encore – et c'est peut-être là la justification définitive du monopole – qu'il est de l'intérêt du bon fonctionnement et de la qualité de la justice, et donc en dernier lieu aussi du justiciable, que celui qui mène une contestation juridique dispose de connaissances suffisantes. Un homme de loi sait en effet poser les questions correctement; il peut faciliter au juge la recherche du droit applicable et permettre ainsi de soulager de façon notable les différentes instances surchargées de travail (c. 5 a).

Nous relèverons encore deux arrêts récents ayant trait au monopole:

L'ATF 111 Ia 108 tient lui aussi compte de l'intérêt public lorsqu'il constate qu'il y a eu ces derniers temps une sensible aggravation des exigences en matière de capacité professionnelle des avocats, parce que la législation qu'ils doivent maîtriser s'est amplifiée et nettement diversifiée. Le TF pose ainsi la passation d'un examen (en l'espèce dans l'application de l'art. 5 DT) comme la norme, car une telle épreuve oblige l'avocat à se familiariser avec des questions spécifiques concernant la procédure et le droit cantonal et à se soumettre à une certaine pression psychique à laquelle il sera également exposé plus tard dans l'exercice de sa profession. Le TF abandonne ainsi «l'extraordinaire largeur d'esprit de l'ancienne jurisprudence» (c. 2).

L'ATF 112 Ia 318 rappelle une fois encore les restrictions admissibles à la liberté du commerce et de l'industrie (mesures de police justifiées par l'intérêt public, tendant à sauvegarder la tranquilité, la sécurité, la santé et la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écarter, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public). Ces mesures doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (c. 2 a).

Le TF a jugé que ce dernier principe était violé par la LAv genevoise du 14 mars 1985, car s'il existe un intérêt public certain à empêcher que les particuliers s'adressant à des conseillers qui font état de leur titre d'avocat – sans avoir besoin d'une autorisation pour pratiquer et sans être inscrits au tableau – croient à tort que leur mandataire est soumis à la surveillance du barreau et doit respecter les obligations générales d'un avocat, il n'est toutefois pas nécessaire d'interdire d'une manière générale le port du titre d'avocat à tous ceux qui sont engagés dans une entreprise ou une administration. Il suffirait, pour éviter de tromper le public, d'attribuer aux avocats inscrits au Tableau, un titre différent de la désignation générale de la profession (c. 2 c). On peut légitimement se demander si une solution inverse n'aurait pas été plus équitable?

Comme on l'a constaté tout au long de ces développements, les restrictions mises à l'exercice de la profession d'avocat – et qui peuvent aller jusqu'à l'établissement d'un monopole – ne sont justifiées que par l'intérêt public. Encore, faut-il se deman-

der si le recours à un avocat est bien utile, voire nécessaire dans la pratique.

Ainsi que le relève avec pertinence le rapporteur B. CORBOZ (La protection des droits ou la justice en question, RDS 1988 II, p. 185 et 186), le justiciable est souvent tenté de faire l'économie des services onéreux d'un avocat, qui – à ses yeux – fait souvent durer les procès par intérêt personnel. En outre, un juge indépendant et impartial ne devrait pas se laisser impressionner par l'éloquence ou la personnalité d'un avocat.

Toutefois, l'individu est bien souvent en conflit avec l'Etat (procédures administratives et pénales); il se méfie du juge qu'il considère comme plus ou moins lié à l'Etat. L'avocat est alors d'un précieux secours, en tant que conseiller indépendant, choisi et rémunéré par le justiciable. Il peut lui demander tous les renseignements nécessaires et bénéficie du secret professionnel. Ainsi «l'avocat joue un rôle de communication essentiel», «un rôle absolument décisif pour permettre à la justice d'exercer son effet pacificateur» (p. 185).

Il n'en va guère autrement dans le cadre des procédures civiles: là aussi, l'avocat joue pleinement son rôle d'information et «contribue efficacement à lutter contre une incompréhension de la justice» (p. 186).

Comme le relevait d'ailleurs le TF dans l'ATF 100 Ia 163, l'intervention de l'avocat permet un gain de temps et d'efficacité de la justice, en présentant au juge un état de fait clair et strictement limité à ce qui est pertinent, ce qu'un plaideur non assisté ne peut faire lui-même en règle générale.

Le rapporteur en conclut que «dans l'ensemble... l'intervention des avocats doit être considérée comme précieuse pour une bonne administration de la justice. En dépit du coût qui en résulte, on ne saurait voir de progrès, même pour de petites affaires, dans des procédures conduites sans avocat» (B. CORBOZ, op. cit., p. 186).

Utilité, nécessité parfois, de l'intervention de l'avocat... faut-il cependant aller jusqu'à *imposer* l'assistance et la représentation par un avocat (Anwaltszwang)?

Dans l'ATF 105 Ia 67, le TF soulevait la question sans se prononcer, en mentionnant que la doctrine – par référence aux exemples étrangers – s'était demandée si ce ne serait pas là le moyen adéquat de décharger les autorités judiciaires, en particulier les plus hautes instances (A. GRISEL, La surcharge des Cours suprêmes et le moyen d'y remédier, ZBl 1978, p. 373 ss et 383).

Le rapporteur P. MARTIN (Probleme des Rechtsschutzes, RDS 1988 II, p. 71 et 72) relève qu'une telle solution présente de nombreux avantages, notamment une diminution de l'ignorance juridique du citoyen, de son manque de confiance en la justice; elle permet un partage du travail entre l'avocat et l'autorité judiciaire et rend possible de surmonter la barrière du langage juridique.

Le MCF du 25 mai 1985 sur la révision de la LOJ a renoncé à introduire cette obligation devant le TF, la jugeant trop opposée à notre ordre juridique et à l'interprétation qu'on lui donne.

Le principal écueil que rencontre cette proposition est d'ordre financier, car elle contribuerait à augmenter encore le coût de la justice, un argument qui pèse d'un poids certain dans la discussion en cours en RFA où l'on envisage justement de lever l'Anwaltszwang!

Il me paraît en outre tout à fait contestable de vouloir ainsi mettre le justiciable sous la «tutelle» d'un avocat, en réfutant à priori les capacités et la responsabilité de l'individu, qui peuvent aussi consister à aller librement consulter un mandataire professionnel. Une telle solution traite le citoyen en enfant immature, et mènerait quasi inéluctablement à la fonctionnarisation de la profession d'avocat qui devrait certainement de plus en plus souvent intervenir comme mandataire d'office, désigné et rémunéré par l'Etat.

Une autre voie a été choisie par les cantons du Tessin et du Jura pour affermir encore la position de l'avocat. Elle consiste à faire de l'ordre des avocats une collectivité de droit public.

Cette solution offre de nombreux avantages, notamment en ce qui concerne la formation, la surveillance, l'établissement des règles de déontologie, ... et elle permet parfois de remédier aux situations choquantes qui surgissent lorsque des avocats pratiquants, non membres des associations de droit privé, sont quand même soumis aux règles professionnelles et aux usages applicables à l'ensemble de la profession, sans recevoir de l'Ordre les décisions prises concernant la déontologie, sans participer à l'élaboration ou à la révision des us et coutumes...

Cependant, la liberté d'association, garantie par l'art. 56 CF, comprend aussi un aspect négatif, soit le droit de ne pas faire partie d'une association. Un Ordre des avocats conçu comme une collectivité publique, soit comme une «Zwangskörperschaft» ou une «Körperschaft mit Zwangsmitgliedschaft» devrait en tout cas respecter un strict devoir de neutralité politique, religieuse et philosophique (ATF 110 Ia 36, c. 3 a).

Nous pensons les solutions tessinoises et jurassiennes équitables et légales, sans être absolument certains qu'un arrêt du TF, dans son optique actuelle, ne puisse venir démolir cette construction juridique, établie sur la base d'avis de droit extrêmement sérieux et réfléchis, émanant d'experts parfaitement qualifiés.

Le coût de l'avocat

Remarques préliminaires

Magistrats et justiciables l'affirment: le coût de l'avocat serait hors prix. Examinons de plus près ce qu'il en est dans la réalité.

Voici un homme qui a passé une maturité, obtenu une licence après trois ou quatre années d'études universitaires, accompli deux ans de stage. Il a coûté, depuis l'âge de 16 ans, un montant de fr. 200 000.– à fr. 300 000.– à ses parents. Le voici breveté. Il peut espérer s'installer à 28 ans, prendre un bureau, le meubler, acheter machines et bibliothèque, engager une secrétaire. Il doit se faire ouvrir un fonds de roulement, s'abonner à quelques revues essentielles. C'est à nouveau un investissement important.

Il devra attendre son premier client et les autres... Le téléphone ne sonne pas immédiatement. Il faut donc à notre jeune avocat participer à la vie de la région, se faire connaître: politique, sociétés, associations de toutes sortes. Il va songer à fonder un foyer, avoir un enfant. Il devra bientôt acheter une voiture pour se déplacer et gagner sa vie.

J'ai observé que l'on est l'avocat de sa génération en ce sens que nos futurs clients sont ceux qui ont des responsabilités et viennent aux affaires. Ils ont 33, 35 ou 40 ans.

Notre avocat va donc végéter encore durant 5 ans au moins, gagnant juste de quoi vivre. Il aura certainement fait des dettes, s'il n'a pas la chance d'avoir des parents financièrement aisés.

Bien plus tard, quand sa notoriété sera établie et qu'il aura eu quelques succès, il débutera sa véritable carrière. Il deviendra rapidement l'esclave du temps. A l'Etude à 8 h 00, il en sortira souvent le soir vers 19 h 00. Ses soirées seront très souvent prises par des réunions indispensables et des rendez-vous. Durant la journée, il se déplacera, passera de longs moments à attendre le début d'une audience mal programmée. Bientôt, il rattrapera le

temps nécessaire pour étudier un cas qu'il n'a pas pu approfondir durant la semaine, hypothéquant ses samedis et ses dimanches.

Il répond au téléphone, liquide son courrier journalier, reçoit les clients, rédige des actes de procédure, surveille les délais, établit ses factures.

A 60 ans, il lui reste encore une bonne clientèle parce qu'il est expérimenté, et qu'il a derrière lui une vie de travail et de dignité, faite de probité intellectuelle de tous les instants. Il doit avoir fait un parcours sans faute.

A 65 ans, notre avocat est vraiment fatigué: il devrait prendre sa retraite, mais il n'a souvent que l'AVS s'il n'a pas dépensé de fortes sommes en primes d'assurances.

Arrive la nouvelle génération qui court vers d'autres gloires. Le justiciable qui n'a affaire qu'une ou deux fois dans sa vie aux tribunaux, exige en effet que son cas, d'une importance toujours capitale à ses yeux, soit traité par le meilleur et le plus compétent: il ne fait que rarement confiance au jeune avocat, peut-être inexpérimenté, mais qui dispose déjà d'un important bagage juridique et surtout du temps.

Il faut cependant remarquer et noter que c'est à cette profession libérale que l'on demande naturellement de fournir gratuitement une partie de ses prestations. Il est tout à fait naturel aux yeux du public et des autorités, que l'avocat donne gratuitement son avis sur toutes sortes de lois, car le Conseil est souvent un interlocuteur privilégié du Gouvernement dans la procédure d'élaboration des lois. Il est tout à fait normal qu'il travaille au rabais dans le cadre des services juridiques gratuits organisés, qu'il abandonne un quart ou même la moitié parfois des honoraires chichement comptés en matière d'assistance judiciaire. Il faut qu'il consente à défendre les intérêts des personnes en butte avec le droit social pour des honoraires dérisoires, fixés arbitrairement à un niveau qui ne permet même pas à l'avocat de couvrir ses frais généraux. Or, il ne viendrait à l'idée de personne de commander gratuitement une armoire à un menuisier... Et pourtant, le fait est là, bien ancré dans les esprits. Il serait intéressant de calculer ce que représente en argent le travail gratuit fourni par un avocat durant sa vie! Il convient de savoir tout ceci avant de se pencher sur la question des coûts de l'avocat.

Tout d'abord, est-il vraiment trop cher de payer à un juste prix un homme compétent, qui dispose d'un bagage scientifique complet, et auquel on confie son honneur, sa liberté, ses biens,

les réclamations à la suite d'une incapacité de travail, d'une lésion corporelle. Un homme qui devra se pencher sur les plus importants aspects de la famille, comme l'attribution des enfants en matière de divorce? Nous ne le pensons pas.

En ce qui concerne le juge qui taxe parfois les honoraires, il croit souvent du moins inconsciemment, que le montant de l'honoraire est tout bénéfice pour l'avocat. Il oublie que les comparaisons qu'il peut faire avec son propre salaire sont très difficiles et faussées par le fait qu'il dispose de son bureau, d'un greffier, d'employés, d'une bibliothèque et qu'il peut compter sur une retraite.

Je crois donc que l'on peut parler sans se tromper du désintéressement de l'avocat avant d'aborder le problème de fond de ses honoraires.

Les honoraires proprement dit

Le mot honoraire vient d'une conception ancienne de la profession, où il allait de soi que ce terme représentait le tribut spontané de la reconnaissance du client. L'avocat refusait alors de considérer ses interventions comme une «marchandise» dont l'argent devait être la contrepartie. De nombreux auteurs se sont attachés à tracer l'histoire de l'honoraire à travers les âges. Nous y renvoyons. Toujours est-il que les règles modernes veulent que nous n'exercions pas notre profession dans l'espérance de recueillir quelques cadeaux, mais forts du droit légitime d'obtenir le prix des services que nous rendons.

Les lignes directrices de la FSA, qui correspondent pratiquement à celles de tous les cantons en la matière, prévoient que l'avocat fixe ses honoraires conformément au tarif, qu'il ne doit pas convenir d'avance ou faire espérer qu'il demandera des honoraires inférieurs à ceux qui sont prévus dans le tarif et qu'il ne saurait passer avec un tiers un arrangement qui lui garantisse le paiement d'une partie de ses honoraires. Il est également admis que l'avocat peut convenir d'un prix forfaitaire seulement dans le cas de consultations juridiques régulières, ce prix correspondant à la prestation probable que l'avocat est appelé à fournir.

Le TF s'est penché, à plusieurs reprises, sur des questions d'honoraires. Je relèverai la jurisprudence suivante:

Principes généraux

La rémunération de l'avocat doit demeurer dans un rapport raisonnable avec la prestation fournie et la responsabilité encourue. Elle sera fixée en tenant compte non seulement des dépenses causées directement par le client, mais encore des frais généraux.

S'agissant d'une activité indépendante, il faut aussi prendre en considération les absences dues à la maladie, au service militaire, aux vacances, de même que d'assurer à l'avocat une retraite convenable.

La valeur litigieuse entre également en ligne de compte, car elle influe sur la responsabilité de l'homme de loi.

Il est légitime aussi de tenir compte du résultat obtenu, afin de permettre une compensation entre les affaires peu compliquées et peu rémunératrices, parce qu'elles portent sur des sommes modiques d'une part, et les affaires plus faciles qui procurent aux clients une satisfaction appréciable et rapide, d'autre part, ce facteur n'étant pas, à lui seul, déterminant.

De toute manière, la rétribution ne doit pas rendre onéreux à l'excès le recours à l'avocat qui, s'il n'est pas exigé par la loi, est nécessaire en fait pour la quasi-totalité des justiciables, peu familiarisés avec les règles de la procédure (ATF 93 I 116).

Contestations au sujet des honoraires dus par une partie à son mandataire pour la procédure devant le TF (art. 161 OJ)

Le TF fixe les honoraires en tenant compte des difficultés, de l'importance de l'affaire, de l'ampleur du travail et du temps employé par l'avocat, notamment des efforts particuliers que son client a pu lui demander (ATF 88 I 110).

L'avocat et son client peuvent valablement convenir de certaines bases de calcul déterminées pour la fixation des honoraires du mandataire devant le TF. Même dans un tel cas, le TF peut être requis de fixer les honoraires du mandataire. Il doit le faire en fonction des critères de calcul arrêtés conventionnellement par les parties (ATF 99 II 238 = JT 1974 I 54).

Discipline des avocats. Exigences excessives en matière d'honoraires

L'avocat qui demande des honoraires d'un montant manifestement exagéré peut être puni disciplinairement, s'il est de mauvaise foi (ATF 98 I a 265 = JT 1974 I 120). La sanction présuppose une faute, mais pas l'intention (ATF 110 I a 95).

Rôle du juge modérateur

Selon un principe admis dans la plupart des cantons, le juge modérateur se borne à examiner la conformité des honoraires avec le tarif ad hoc. Sa décision ne porte pas sur l'existence de la créance et ne constitue pas un titre de mainlevée.

Une réglementation cantonale conférant au juge modérateur des pouvoirs plus étendus n'est pas interdite par le droit fédéral, mais elle doit avoir une base légale clairement énoncée (ATF 112 I a 25 = JT 1987 I 20).

Interdiction du pactum de quota litis

L'interdiction, usuelle en Suisse, du «pactum de quota litis», ne viole pas l'art. 31 Cst.

Il n'est pas interdit à un avocat de travailler à des conditions normales pour un client qui envisage de le payer, en cas de succès, au moyen du gain réalisé dans un procès; ce qui est interdit, c'est uniquement de lier le calcul des honoraires au succès du procès (ATF 98 I 144 = JT 1974 I 116).

Compensation

Un avocat est en droit d'opposer la compensation à une créance en restitution des avances qu'il a reçues, même si sa propre créance d'honoraires est née seulement après que celle en restitution de son mandat eût été saisie (ATF 100 IV 227 = JT 1975 IV 149).

Fixation des honoraires dus à un professeur d'université (art. 394 al. 3 CO)

Un professeur de droit chargé d'une consultation portant sur une réglementation future ne peut pas invoquer, même à titre comparatif, un tarif applicable aux avocats.

En l'absence d'une convention ou d'un usage, le juge doit déterminer la rémunération due au mandataire en cas de litige selon des principes généraux; il prendra notamment en considération la nature et la durée du mandat, la responsabilité assumée par le mandataire ainsi que l'activité professionnelle et la situation de celui-ci.

Une note d'honoraires de fr. 44 000.– présentée par un professeur de droit pour une consultation qui lui a pris 12,75 jours

est manifestement excessive; en l'espèce, le TF a considéré comme équitable une rémunération de fr. 750.– par jour (ATF 101 II 109 = JT 1976 I 333).

Méthodologie pour fixer l'honoraire et les débours

Principes de base

- La liberté d'industrie et de commerce n'empêche nullement les cantons d'édicter des tarifs relatifs aux honoraires d'avocat. C'est l'opinion de la doctrine (entre autres BURCKHARDT 287 ss; FIDEK 108; SALZMANN 287; WOLFFERS 158 ss) et de la jurisprudence (ATF 66 I 56; 41 II 480; 105 I a 71).
- Le tarif officiel est une disposition de droit public obligatoire et non une simple directive. Les maximums ne peuvent être dépassés. Cela implique que les minimums ne peuvent être sous-passés, si l'on veut être logique, sans l'accord exprès de la Chambre des Avocats.
- Le tarif est applicable à tous les avocats opérant dans le canton en vertu de leur inscription au Tableau, quelle que soit leur origine.
- Sont interdits:
  - le pactum de quota litis, c'est-à-dire le cas où l'honoraire serait lié au succès du procès;
  - le pactum de palmerio, c'est-à-dire la convention d'une prime de victoire;
  - le pactum de redimenta lite, c'est-à-dire la cession à l'avocat d'une créance litigieuse.
- Le TF n'exclut pas que le montant des honoraires prenne en compte le résultat obtenu, pour autant que ce ne soit pas le seul critère d'appréciation (ATF 93 I 122).
- L'action en modération d'honoraires est toujours ouverte et peut déboucher sur une enquête et un jugement disciplinaire.

Il existe bien sûr des tarifs conventionnels qui sont établis par les Ordres cantonaux. En principe, chaque canton fixe dans un décret les honoraires d'avocat. Il s'agit alors de normes qui s'appliquent aux activités de l'avocat dans les affaires litigieuses. Le terme «litigieux» se rapporte explicitement aux affaires qui, par leur nature sont litigieuses, c'est-à-dire qui peuvent faire l'objet d'une contestation en justice.

Dès lors, dès qu'il s'agit d'une affaire ressortissant à la juridiction contentieuse, c'est-à-dire de prétentions litigieuses de droit privé, public, administratif ou pénal, faisant ou pouvant faire

l'objet d'un jugement, que l'affaire soit soumise ou non à un tribunal, il s'agit d'appliquer le Décret sur les honoraires et seulement ce décret.

Par contre toutes les activités consistant en conseils, avis de droit, assistance, rédaction de textes, de contrats, collaboration avec la juridiction gracieuse, sont soumises au tarif conventionnel.

Il faut savoir également que l'avocat n'est pas lié par les taxations du tribunal à l'égard de son propre client.

D'habitude, le Décret fixe les honoraires minima et maxima. Les fourchettes déterminent les honoraires normaux, s'appliquant à des cas courants et sont basés, la plupart du temps sur les 4 critères suivants:

1. Responsabilité assumée par l'avocat
2. Temps consacré à l'affaire par l'avocat selon les circonstances
3. Importance de l'affaire pour le mandant
4. Conditions pécuniaires des parties.

Ce sont, là aussi, les critères de jugement retenus par le TF.

Examinons rapidement ces critères:

Le temps consacré

Il faut dire que c'est un des principaux critères, tout en tenant compte cependant du temps nécessaire à un avocat disposant d'une expérience moyenne.

C'est ainsi que le temps s'évalue selon les circonstances, c'est-à-dire en appréciant simultanément la responsabilité assumée et l'importance que revêt l'affaire pour le mandant.

L'avocat doit être en mesure de prouver, non seulement le temps passé à la liquidation d'une affaire, mais encore de démontrer que le temps utilisé correspond «aux circonstances».

Il existe pour cela des modalités techniques à mettre au point pour l'appréciation du temps consacré et le travail correspondant. Les litanies de conférences et de téléphones indiquées sur une note détaillée ne servent à rien si l'on ne peut recouper avec le dossier, dans les notes prises par l'avocat, l'objet des conférences.

Il a été jugé que l'avocat qui indique une conférence d'une heure trois quarts avec un client, sans pouvoir faire référence à ce qui s'est dit, doit supporter une modération de son honoraire. L'avocat doit utiliser le temps consacré à son client en bon

économe, d'autant plus si son client est de condition modeste. Un client qui s'épanche beaucoup doit être informé rapidement du dépassement du temps par rapport à l'affaire, afin de rester dans une mesure raisonnable.

Un avocat qui fait mille démarches inutiles, des études de dossier approfondies pour une affaire de fr. 200.–, ne peut les faire payer par son client. S'il se charge d'une affaire en dehors de ses domaines habituels d'activité, il ne pourra reporter sur son client les études qu'il lui a fallu rattrapper.

Les conditions pécuniaires des parties

Il ne s'agit pas de regarder s'il s'agit de gens très riches avec lesquels on pourrait aller au maximum! Il s'agit bien plutôt de se montrer raisonnable à l'égard de gens de condition modeste, pour lesquels fr. 100.– est une somme importante.

Débours

Ce sont les dépenses liées au cas traité par l'avocat, c'est-à-dire les ports, les taxes, les frais de voyages. La jurisprudence a refusé par exemple, les montants pour la constitution du dossier, les débours dits de chancellerie, c'est-à-dire les frais généraux qu'entraîne automatiquement la profession d'avocat et donc compris en partie dans les honoraires.

Ces dépenses doivent être séparées des honoraires et il est bon de les grouper.

Les affaires pénales

On devrait pouvoir admettre qu'un jour de travail corespond à 8–9 heures. Devant les tribunaux de répression, il faut établir certaines règles. La règle suivante me paraît équitable à l'égard du travail de l'avocat, savoir:

½ jour de débats = 1 jour de travail
1 jour de débats = 2 à 2½ jours de travail
2 jours de débats = 3 ou 4 jours de travail
3 jours de débats = 3 à 5 jours de travail

L'heure et son prix

L'heure conventionnelle de travail est fixée sur des bases établies par l'Ordre des avocats puisqu'il s'agit d'un tarif purement conventionnel. Nous pensons que l'heure d'avocat doit

être comptée actuellement entre fr. 150.– et fr. 220.–, sauf cas exceptionnels.

En effet, selon une expertise faite à la demande de la FSA, en 1985, il y a lieu de prendre en considération, pour le titulaire d'une Etude d'avocat, 1160 heures facturables dans l'année.

Cette étude s'est attachée à établir la moyenne des frais généraux. Il faut donc reconstituer le coût normal d'une Etude moyenne, c'est-à-dire représentative d'un avocat pratiquant seul, occupant une employée, une apprentie et peut-être un stagiaire.

Le loyer, les salaires avec charges sociales, les assurances RC, entretien des locaux, électricité, abonnements, taxes, téléphones et ports, fournitures, soins des machines, documentation, amortissements, frais de représentation non remboursables, donnent un chiffre de l'ordre de fr. 120 000.–. Le coût moyen, en 1985, indiquait ainsi une base de fr. 76.– à l'heure facturable *au titre de frais généraux*.

Dans ce chiffre, l'AVS de l'avocat n'est pas prise en compte. Exerçant une profession libérale, l'avocat ne peut compter que sur lui pour épargner sa retraite; compte tenu de ces indications et de la charge fiscale frappant les professions libérales, un gain annuel de fr. 120 000.– à fr. 150 000.– doit apparaître comme tout à fait légitime.

Si l'on ajoute ce montant aux frais généraux, on arrive environ à fr. 200.– l'heure pour que l'avocat puisse vivre correctement ce qui donne un chiffre d'affaires annuel de quelque fr. 270 000.–. Selon un article paru dans un journal qui a fait les calculs, un avocat genevois devrait facturer fr. 291.– l'heure, tandis qu'un avocat des autres cantons romands, un montant de l'ordre de fr. 220.– à fr. 230.– l'heure.

Eu égard aux statistiques et à la réalité des choses, il faut pour une Etude moyenne réaliser un chiffre d'affaires de quelque fr. 250 000.– par année, et je vous assure que les Etudes qui réalisent ce chiffre ne sont pas légion en Suisse. L'avocat peut donc légitimement affirmer que le coût de son travail est rigoureusement tenu dans des limites raisonnables, eu égard à l'importance de l'affaire qu'il traite, à ses qualités scientifiques, à sa fonction indispensable dans un Etat de droit.

Lorsque l'on sait que le justiciable peut contester la note d'honoraires de son avocat, au moyen d'un recours au juge ou à la Chambre des avocats, par une procédure facilitée et pratiquement gratuite, on se rend compte qu'il est parfaitement à même d'apprécier le service de son mandataire.

Il est évidemment plus facile de présenter une facture d'honoraires lorsque l'on a gagné le procès que lorsque l'on a dû subir un échec. Toutefois, proportionnellement, le nombre de recours, pourtant facilités, en modération de notes d'honoraires reste extrêmement bas, devant les Chambres d'avocats et ceci dans toute la Suisse. Cela voudrait dire que le coût de l'avocat est supportable, d'autant plus que ce partenaire indispensable de la justice, comme nous l'avons vu tout à l'heure, doit rester indépendant, ce qui nécessite, pour lui, la possibilité de gagner sa vie de manière convenable sur la base d'un travail effectif qu'il est seul à pouvoir fournir dans le cadre de l'institution judiciaire.

Les quelques éléments d'appréciation ci-dessus devraient pouvoir faire aborder le problème du coût de l'avocat d'une manière plus objective, moins passionnée et plus proche de la réalité des faits.

Les us et coutumes

La discipline des professions libérales, notamment celle d'avocat, a été traitée dans de nombreux textes. Un excellent résumé, qui n'a pris que quelques rides, a paru sous la plume de notre Confrère, le Dr EDMOND MARTIN-ACHARD, dans la Revue de droit suisse, 1951, p. 140 ss. Rappelons que les avocats, constitués en ordres cantonaux, se sont donnés volontairement des règles professionnelles extrêmement strictes, dont la violation est sanctionnée disciplinairement. Il démontre que ces usages existent dans le sens de ce qui a été écrit précédemment, c'est-à-dire dans l'intérêt de l'exercice de la justice, des clients et enfin des avocats eux-mêmes.

Dans une tentative d'avant-projet d'un texte nouveau de l'art. 33 la Constitution fédérale concernant la profession d'avocat et d'une loi fédérale sur les avocats, ROBERT BLASSE avait résumé les devoirs généraux des avocats de la manière suivante:

1. accomplissement consciencieux des devoirs professionnels,
2. sauvegarde de l'indépendance,
3. culte de l'idée de justice,
4. fidélité à la Constitution fédérale et aux constitutions cantonales,
5. interdiction de l'exercice d'une activité lucrative accessoire incompagile avec la profession d'avocat,

6. renonciation à l'usage de moyens illicites ou dangereux,
7. obligation d'encourager la transaction,
8. interdiction d'acquérir des prétentions douteuses ou litigieuses, aux fins de conduire en son nom de procès d'un tiers,
9. interdiction de soutenir, de quelque manière que ce soit, les intérêts de la partie adverse.

Ces règles sont toujours en vigueur, pratiquement dans tous les cantons. Elles constituent un honneur pour les avocats d'autant plus qu'elles sont construites par rapport à ses devoirs plutôt qu'à ses droits. A ce sujet, BLASSE écrit: «Si le peuple témoigne sa confiance à l'avocat, si l'Etat est fier de son barreau, c'est à cause du cahier des charges qui s'impose à l'avocat, de la considération qui lui est due pour ses capacités et pour le sens qu'il a de ses devoirs, mais en aucun cas à cause de ses droits.»

Il est certain que l'on ne peut trouver dans aucune autre profession des règles si étendues et si importantes que dans celle d'avocat, à part peut-être chez les notaires, mais ici pour d'autres raisons.

C'est ainsi que la tentation d'éliminer les avocats de certaines procédures, sous le fallacieux prétexte que ces procédures seront moins cher et plus rapides, de laisser à d'autres personnes, honorables et souvent compétentes certes, le soin de la représentation des parties, me semble être dès lors une erreur grave de jugement et un faux calcul.

La protection des droits ou la justice en question

A en croire les rapporteurs, la justice de notre pays est en crise parce qu'elle est lente, coûteuse, trop compliquée, gérée par des juges parfois incompétents et dont les règles sont plus faites pour des avocats onéreux et inutiles que pour les justiciables. Ils ont pu démontrer, de manière convaincante, la complexité des problèmes, la réalité des faits, la relativité des critiques et esquisser des solutions fragmentaires sur le plan de la législation et de l'organisation judiciaire.

Pour ma part, j'ai tenté, peut-être maladroitement, de montrer l'indispensable rôle de l'avocat dans l'administration d'une saine justice pratiquée dans un état de droit, en rappelant quelques-unes de ses missions.

Il m'apparaît toutefois que l'avocat peut contribuer, dans sa

sphère d'activités, à diminuer d'une certaine manière, les coûts d'accès à la justice et activer le déroulement des procès.

Nous pouvons, en effet, influencer, dans quatre directions, l'accès à la justice:

- en réduisant, par une bonne information de la clientèle et une excellente organisation du travail, les heures consacrées à l'étude d'un cas;
- en recherchant la transaction chaque fois que cela est possible, mais toujours dans l'intérêt des clients;
- en requérant à temps l'assistance judiciaire;
- en collaborant au développement des assurances de protection juridique.

En outre, il nous est certainement possible de réduire les temps de procédure par une discipline interne accrue.

Permettez-moi d'examiner le plus brièvement possible ces quelques propositions:

1. L'exécution fidèle du mandat

La confiance n'est rien d'autre que le sentiment de sécurité d'une personne qui se fie entièrement à quelqu'un. Quant à la fidélité, c'est la qualité de la personne qui remplit ses engagements envers autrui sans jamais manquer à ses promesses. La fidélité est proche parente de la loyauté. Comme nous l'avons vu, les avocats se sont toujours efforcés de réaliser en leur personne un certain type idéal de l'homme agissant avec une conscience fondamentale. Selon la conception que l'on a du rôle de l'avocat, on attribuera une importance plus ou moins grande aux différents principes fondamentaux qui résident dans le devoir de fidélité à l'égard du mandant, mais aussi dans la sauvegarde de la liberté et de l'indépendance de l'avocat et de celle de la dignité du barreau. Il est difficile d'établir une hiérarchie pour chacune de ces différentes règles qui s'imposent à l'avocat et même entre les principes fondamentaux dont elles découlent. Il peut arriver qu'il y ait opposition entre le devoir de fidélité de l'avocat à l'égard de son client et son exigence de liberté et d'indépendance. A mon sens, liberté et indépendance de l'avocat ne sont jamais incompatibles avec la fidélité qu'il doit à son client, puisque cette fidélité ne s'impose à lui que dans la mesure où elle est compatible avec l'indépendance. En effet, rien, jamais, même pas son devoir de fidélité, ne doit pouvoir contraindre l'avocat à agir dans sa profession d'une manière qui ne

soit pas conforme à sa conscience, à sa conception de l'exercice de la profession dans le cadre des règles qui lui sont imposées.

Lorsqu'une affaire lui est confiée, l'avocat doit donc se créer une opinion honnête en appréciant de son mieux les différents aspects du problème juridique qui lui est soumis. Il est en repos avec sa conscience s'il croit sincèrement à la solution proposée. C'est de cette manière qu'il faut comprendre que l'avocat doit juger une affaire avant d'accepter la charge de la plaider. Il a moins à se préoccuper de ce que sera la décision finale que de rechercher, si, en faveur de la cause soumise, il existe des arguments susceptibles d'amener à rendre la solution que désire le plaideur et si ces arguments lui paraissent justes. Il est en effet bien rare qu'une cause ne comporte de nombreuses contradictions. Le droit n'a pas de valeur systématique et son interprétation est sujette à controverse. L'examen psychologique des mobiles, par exemple, peut conduire à apprécier les faits même indiscutables de manières très diverses. Sollicité, il n'entend qu'une partie et ne connaît, bien sûr, pas toutes les données du problème qu'il a à résoudre. Il suffit, pour que sa conscience soit tranquille, qu'il croie à ce qu'il s'engage à soutenir. Il ne doit rien déguiser, ni retenir vis-à-vis de lui-même. A moins de manquer d'honnêteté, l'avocat doit se faire le premier juge de l'affaire, c'est-à-dire rechercher si sincèrement il croit à ce qu'il se dispose à soutenir.

Il serait inadmissible qu'il accepte de plaider ce qu'il sait faux, et pour l'apprécier, il doit d'abord juger.

C'est l'idée que CICÉRON exprimait déjà dans le «De oratore»: «J'ai coutume d'apprendre l'affaire de mon client lui-même, d'être seul avec lui afin qu'il parle plus librement, de faire le rôle de sa partie afin qu'il m'instruise à fond, de lui donner pour s'expliquer tout le temps qu'il souhaite. Après, quand il est sorti, je me mets sans aucune prévention dans la position de son adversaire et celle du juge.»

L'indispensable rapport de confiance qui doit exister entre l'avocat et son client impose à l'avocat des devoirs très précis. Tout d'abord, il m'apparaît que le justiciable, qui n'a, comme nous l'avons vu, que très peu souvent à faire avec la justice, doit pouvoir s'adresser à l'avocat comme à un ami. Pour cela, il faut franchir bien des barrières. Il faut donc que le futur client soit instruit de ce qui va se passer entre lui et son mandataire. Je pense que la première entrevue est extrêmement importante. Beaucoup d'avocats font prendre les rendez-vous pour de nouvelles affaires par une secrétaire plus ou moins compétente.

Je pense que c'est lui-même qui doit avoir ce contact pour indiquer rapidement de quelle manière la première entrevue va se passer. En effet, le client doit savoir qu'il peut aider l'avocat dans son travail en ne lui dissimulant rien. Il doit pouvoir préparer l'entretien, évitant dans un premier temps trop d'explications, et se limitant si possible aux éléments essentiels de l'affaire. On peut conseiller à son futur client de noter, afin de s'en souvenir, les faits qu'il souhaite exposer, en lui rappelant qu'il doit être précis quant aux dates, chiffres, noms et adresses cités. Il doit rassembler également tous les documents, pièces, et preuves qu'il peut détenir et ceci en original. Le client doit savoir qu'il n'a pas à choisir entre les documents présentés mais qu'il doit apporter l'ensemble de ceux qui sont en sa possession.

Je pense même qu'avec la première convocation, un avocat bien organisé pourrait joindre un memento des exigences qu'il posera à son client afin que ce dernier puisse venir à la première consultation sans appréhension et en connaissant bien sa propre cause.

Il faudra également indiquer au client, même sans qu'il le demande, quelles seront les avances qui lui seront demandées, ainsi que les montants probables des honoraires qu'il lui incombera de payer. Ce devis peut être très général. S'il n'est pas tenu en raison de la complexité de l'affaire, il y a lieu de rectifier les chiffres primitivement avancés en exposant le pourquoi de la différence.

Il convient ensuite, après cette première séance, d'examiner rapidement et sans délai l'affaire soumise afin de savoir si la cause est bonne et défendable, ou au contraire si les chances de succès sont faibles, enfin si la situation financière du client n'exige pas le recours à l'aide judiciaire. Dans ce cas, il faut compléter immédiatement le dossier afin de pouvoir fournir à l'autorité compétente les données nécessaires pour l'octroi ou le refus de cette assistance.

Je pense qu'une première consultation bien préparée permet de gagner un temps précieux, de renforcer les liens de confiance indispensables sans lesquels il ne faut pas accepter de mandat.

L'avocat doit toujours avoir en tête la barrière psychologique qui existe dans ce premier contact dans l'esprit de son client, qui vient lui exposer, parfois, ses difficultés intimes, de temps à autres ses vilenies ou encore ses espoirs de voir une situation tragique se dénouer favorablement pour lui et sa famille.

Si chaque avocat mettait ces conseils extrêmement simples, issus de la pratique, en application, je suis persuadé que le temps

de préparation et la première décision concernant la poursuite ou l'abandon d'une affaire, serait restreint, ce qui diminuerait d'autant la facture d'honoraires de l'avocat. Il gagnera ainsi de l'espace pour l'étude d'autres affaires. Il s'agit peut-être d'un moyen minime, mais si vous en faites l'expérience, vous verrez combien le temps gagné est utile et représente une denrée précieuse.

2. *La recherche de la transaction*

Il peut exister la tentation, chez certains avocats, de profiter au maximum d'une affaire pour en facturer d'importants honoraires. Je ne crois pas que ce soit une généralité. Il faut peut-être parfois beaucoup de vertu pour tenter d'arranger les affaires. Cependant, ce qui doit prédominer, c'est la sauvegarde des intérêts véritables du client.

Il est donc essentiel de chercher à diminuer d'une part les affaires judiciaires, et d'autre part de régler à l'amiable des procès dont l'issue peut être douteuse.

Les pourparlers qui peuvent avoir lieu entre mandataires sont placés sous le signe de la confiance. Il ne faut jamais chercher à tirer parti, dans la procédure qui peut suivre, de ce que l'on pourrait avoir appris lors de pourparlers transactionnels.

C'est en réussissant des transactions ou des accords partiels qu'un avocat montre sa finesse et son intelligence. En effet, le premier devoir de l'avocat est certainement d'éviter les risques d'un litige et de régler d'éventuels conflits de manière amiable.

C'est pourquoi je suis d'avis qu'il ne faut jamais négliger, notamment en matière civile ou administrative, les séances de conciliation que beaucoup d'avocats et de juges prennent comme une simple formalité. Si l'avocat est bien préparé, je pense au contraire qu'il faut participer à de telles audiences afin de pouvoir effectivement réaliser une transaction éventuelle, sans perdre de vue, bien sûr, les intérêts essentiels du client.

Il m'apparaît que nous ne faisons pas assez attention à cette possibilité de règlement et les juges en sont les premiers responsables qui accordent l'ouverture du droit sans se préoccuper de savoir s'il ne vaudrait pas la peine d'essayer de trouver une transaction correcte, c'est-à-dire basée sur une réflexion juridique et non pas sur un simple partage, un peu trop simple et pas très correct.

Je suis persuadé que juges et avocats ont à portée de mains une faculté importante de réduire les affaires judiciaires en

prenant le temps nécessaire pour écouter les parties et proposer une transaction équitable. C'est la grandeur de certains juges d'arriver par leur expérience, leurs connaissances approfondies du droit, leur autorité naturelle, à proposer une solution qui évitera de grands frais aux parties et beaucoup de temps et d'argent à l'Etat.

L'avocat conseille et défend son client promptement, avec diligence. Il doit assumer personnellement la responsabilité de la mission qui lui a été confiée et informe son client de l'évolution de l'affaire dont il a été chargé. Cette obligation et ce principe sont importants pour que le mandant ne perde pas patience. Le contrôle régulier des dossiers permet également d'éviter qu'un trop long délai ne se passe entre la dernière action de l'avocat et la réaction de l'adverse partie ou du tribunal.

3. L'assistance judiciaire

Selon les statistiques fédérales de 1985, les cantons suisse dépensent pour la justice un montant de fr. 1 367 940 000.– contre fr. 1 971 023 000.– pour la police et le service du feu, et fr. 11 032 584 000.– pour l'enseignement et la recherche.

Par tête de la population, cela donne, pour la justice, une moyenne suisse de fr. 209.40. 19 cantons sont en dessous de cette moyenne. Le Tessin, avec fr. 201.50 l'atteint à peu près et Zurich (fr. 260.40), Bâle-Ville (fr. 380.20), Schaffhouse (fr. 241.20), Thurgovie (fr. 215.50), Vaud (fr. 226.–), et Genève (fr. 328.30) la dépassent largement.

Il faut donc bien dire que notre Etat de droit, sur le plan cantonal, est à plusieurs vitesses. Si l'on veut réaliser cet idéal, il faudrait que tous les cantons consacrent à leur justice les sommes indispensables et augmentent ainsi, pour la plupart, leur budget.

L'assistance judiciaire ou droit des pauvres est accordé sur la base d'un certificat d'indigence. Déjà ces appellations sont humiliantes. Le droit à un procès juste ou à la protection de ses biens, dans le sens le plus général du terme, n'a rien à faire avec la pauvreté. Il faut déjà changer de langage et plutôt appeler ce genre de solidarité indispensable «l'aide judiciaire». On aurait déjà fait un grand pas. En effet, des gens modestes, mais dignes, sont gênés de demander à leur commune un certificat d'indigence et d'indiquer devant un juge parfois tatillon leurs revenus et dépenses. En effet, l'idée est que les personnes physiques, dont le revenu ou la fortune ne sont pas suffisants pour leur permettre

de faire face aux frais d'une procédure, puissent invoquer une aide judiciaire. Normalement, le juge, après avoir entendu l'adverse partie et examiné sommairement le cas, s'il ne considère pas que l'action ou la défense envisagées sont dépourvues de chances de succès, accorde l'aide judiciaire.

Malheureusement, cette aide ne libère que provisoirement les bénéficiaires du paiement des émoluments et avances judiciaires ainsi que l'obligation de fournir des sûretés pour les dépens dans certains cas.

En outre, la partie admise à bénéficier de cette aide, peut se voir désigner un avocat qui n'est pas de son choix et pour autant que l'assistance d'un mandataire lui soit nécessaire pour la conduite d'un procès. Cet avocat d'office accomplit, dans la plupart des systèmes de droit cantonaux, une tâche étatique qu'il ne peut en principe pas refuser et qui est régie par le droit public cantonal. Dans cette juste conception, selon laquelle l'aide judiciaire est une tâche de l'Etat, ce dernier doit rétribuer l'avocat d'office sur la base d'une jurisprudence existante du TF, qui exige simplement que ladite rétribution soit équitable, même si elle peut être inférieure aux honoraires dus à un mandataire choisi (ATF 109 I a 107 ss et la jurisprudence citée).

En ce qui concerne le calcul du minimum nécessaire, de nombreux cantons, selon mes informations, sinon tous les cantons, se basent sur les directives de l'autorité de surveillance en matière de poursuite et de faillite qui sont affinées de temps à autre. Afin de mieux respecter les principes développés par la jurisprudence du TF, le supplément de procédure en matière civile est abandonné et remplacé par l'augmentation dans la règle de 20 % du minimum d'existence en matière de poursuite.

On peut se demander, dans le but de favoriser une certaine égalité, si véritablement ces critères sont judicieux. En effet, si le revenu dépasse le minimum nécessaire pour procéder en matière civile de plus d'un montant de quelqu'importance, on examine quels sont les frais judiciaires et, le cas échéant, quels honoraires d'avocat le procès que le requérant envisage va lui occasionner. Ce qui excède le minimum nécessaire pour procéder en matière civile, devrait permettre au requérant d'amortir ses frais dans le délai d'une année pour des procès onéreux et dans le délai de deux ans pour les autres procès. Lorsque ce qui excède le minimum nécessaire ne permet pas d'amortir les frais présumés de la façon ainsi définie, on examine l'accord de l'assistance judiciaire limitée, soit uniquement pour les frais judiciaires, en totalité ou en partie, soit uniquement pour les

honoraires de l'avocat d'office. Le TF s'est prononcé sur la nécessité de l'assistance par un avocat dans l'ATF 104 I a 72.

Pour ce qui est de la fortune, les juges examinent si l'on peut exiger du requérant qu'il l'entame en vue de la procédure envisagée. Tel ne serait pas le cas s'il ne s'agit que d'économies de peu d'importance, s'il doit déjà utiliser sa fortune pour subvenir à son entretien ou encore si sa fortune consiste en immeubles qui ne peuvent plus être grevés et dont on ne saurait exiger la vente. Il en est de même si le fortune consiste en une indemnité capitalisée versée à la suite d'une invalidité.

Si les tribunaux admettent que l'assistance judiciaire est un droit pour le plaideur indigent, ils rappellent qu'elle constitue une charge pour la collectivité et qu'elle ne doit être accordée que si les conditions exigées par la loi et la jurisprudence sont réalisées.

En ce qui concerne les chances de succès, elles sont examinées également et on renvoie à la jurisprudence du TF à ce sujet. (Notamment ATF 69 I 158; 98 I a 340 et arrêts cités.)

Personnellement, je suis d'avis que la jurisprudence du TF ne correspond plus à l'idée que l'on se fait de la justice et à son évolution.

Je pense que l'aide judiciaire devrait être complètement revue. Il m'apparaît que l'écueil à éviter absolument réside dans le fait qu'actuellement, pour certains procès, la procédure d'assistance judiciaire est plus longue et plus compliquée que le procès au fond. Selon le juge, sa conception de la vie, ou ses habitudes, il faut bien dire qu'il existe une inégalité de traitement extraordinaire entre les citoyens.

Je préconise donc une révision totale du concept de l'aide judiciaire avec des critères beaucoup plus simples, comme par exemple la taxation fiscale sur le revenu et la fortune à titre de base suffisante pour l'octroi de l'aide judiciaire. Il suffirait, au plan cantonal, de fixer les limites et d'examiner sommairement si le procès n'est pas dénué de toute chance de succès.

Je suis certain que la solution de ce problème, peut-être même sur le plan fédéral, permettrait au plus grand nombre des justiciables d'accéder convenablement à la justice et de s'assurer les frais d'un avocat. La désignation d'office devrait être abandonnée, à mon sens, chaque plaideur pouvant choisir son propre avocat et ne pas se le voir imposer par l'Etat, car ce n'est pas parce que l'on est indigent que l'on n'a pas les mêmes droits que les autres et peut-être même plus de droits, notamment dans le choix d'un avocat.

Je renvoie aux propositions de PIERRE MARTIN à ce sujet, relatives au développement de l'assistance judiciaire, auxquelles j'adhère entièrement (SSJ, 1988, p. 105 ss).

Assurances de protection juridique

Comme chacun le sait, il existe deux sortes d'assurances de protection juridique: de circulation ou de protection juridique privée. Elles peuvent être combinées.

Un tableau synoptique du TCS, élaboré par l'«Institut für Versicherungswirtschaft an der Hochschule St-Gallen», il y a quelque temps, nous indique certains critères de comparaison. On apprend qu'il existe 11 assurances de protection juridique privées et 17 assurances de protection juridique de circulation, si l'on compte les différentes catégories d'assurés.

On peut donc s'assurer pour une protection juridique privée, avec inclusion de litiges contractuels, protection juridique de circulation et conduite de véhicules pour des sommes allant de fr. 200.– à fr. 320.– par année.

En matière de prestations assurées par l'assurance de *protection juridique de la circulation,* le montant maximum couvert par cas est de fr. 250 000.– et pratiquement toutes les assurances prennent à charge les honoraires d'avocat, les frais d'expertises, frais de justice, les frais d'avis de contravention ou de mandats de répression, les indemnités judiciaires allouées à la partie adverse. Il en est de même des cautions pénales pour éviter la détention préventive.

Quelques assurances seulement pratiquent une réduction de prestations en cas de faute grave.

Il est remarquable également de constater que la décision de recours à un avocat est du ressort de la compagnie dans tous les cas que nous connaissons et que la grande majorité des compagnies ne laissent pas le libre choix de l'avocat, mais restreignent ce choix à des avocats qui sont présélectionnés par l'assurance.

En matière d'assurance de *protection juridique privée,* le montant maximum par cas est également de fr. 250 000.–, avec les mêmes frais pris en charge.

A notre connaissance, *seules deux compagnies* laissent le libre choix de l'avocat.

La plupart des assurances couvrent les dommages-intérêts découlant d'un sinistre, les litiges avec sa propre assurance, les litiges contractuels, certaines excluant ceux découlant du droit

du travail. Les litiges issus du droit de la propriété, par contre, ne sont pas pris en compte par une bonne moitié des assurances lorsqu'il s'agit de la sauvegarde des intérêts juridiques résultant de la possession ou d'autre droits réels en rapport avec des biens mobiliers. Par contre, les cas résultant de la propriété ou d'autres droits réels en rapport avec des immeubles ou des biens fonds sont protégés. Il en est de même du droit de voisinage ainsi que des infractions par négligence de dispositions pénales. Par contre, les conseils en matière de droit de personnes, de la famille ou des successions ne sont couverts que par quelques-unes des compagnies et encore jusqu'à concurrence d'un montant maximum.

Sont par contre en général exclus, les litiges comportant la défense contre des prétentions de tiers, le détenteur, le conducteur ou le propriétaire d'un véhicule à moteur, les litiges découlant d'une activité professionnelle indépendante ou comme dirigeant d'une entreprise commerciale ainsi que les petits litiges dont la valeur litigieuse est inférieure à fr. 200.–.

Une des assurances offre comme prestation particulière le soutien aux victimes de crimes violents.

On constate que ces assurances de protection juridique englobent, pour un prix très abordable, la défense générale des intérêts privés ainsi que des intérêts résultant des accidents de circulation comme détenteur de véhicule.

Le malheur, c'est qu'il est difficile de s'y reconnaître et il faut bien dire que toutes ne travaillent pas dans une grande transparence. On ignore, pour certaines, de qui elles dépendent financièrement, respectivement quels en sont les réels propriétaires.

Or, il nous paraît évident que ce genre de protection permet aux personnes qui y ont recours d'assumer des procédures qu'elles ne penseraient même pas à entreprendre si elles n'étaient pas couvertes par une protection juridique.

Par contre, je constate que les justiciables ne sont pas suffisamment informés des avantages de telles assurances. Si l'on pouvait gommer les différences, assurer pour un montant normalement supportable les implications dans un litige, cela permettrait également – dans le sens d'une meilleure défense des droits – à chaque justiciable de les faire valoir en justice. Il y a, à mon sens, certainement une formule á trouver: des conditions générales identiques, claires et sans restrictions inutiles, qui permettraient à chacun de souscrire facilement à un contrat d'assurance de protection juridique comme cela se fait dans certains cas pour des carnets de voyage ou pour des assurances

de skis: c'est-à-dire sans démarcheurs mais avec une information bien faite, des instructions absolument claires et la possibilité de conclure le contrat par le versement d'une prime, le contrat étant lui-même lié dès le versement de la première prime.

Mon expérience en effet me prouve que les personnes ou les sociétés qui se sont assurées auprès de bonnes assurances de protections juridiques sont mieux défendues et peuvent faire valoir plus facilement leurs droits en justice, avec l'aide d'un avocat qualifié. Ce serait également, à mes yeux de praticien, une manière d'améliorer la situation de l'accession pour chacun à la justice dans notre Etat de droit.

Il faut bien avouer que certaines clauses des conditions générales sont choquantes. Il est peut-être contraire aux intérêts de l'assuré que l'assureur impose ou fasse pression quant au choix de l'avocat, qui pourrait ne pas avoir toute l'indépendance requise à l'égard de l'assurance.

Le danger existe également que les avocats-employés de l'assureur, qui ne sont pas tous très expérimentés, se permettent de faire eux-mêmes des démarches juridiques pour lesquelles ils n'ont aucune compétence, dans le seul but d'épargner à l'assureur certains frais d'avocat, ou encore portent des jugements hâtifs sur les chances d'une intervention.

Ici aussi, il conviendrait de réfléchir à une solution constructive, permettant à chacun de s'assurer en protection juridique sans restriction, à un prix modique, tout en se faisant représenter par l'avocat de son choix.

Mais peut-être est-ce un rêve?

Je suis toutefois d'accord, pour les raisons invoquées justement par PIERRE MARTIN, dans le chapitre où il en parle, que de telles assurances ne doivent pas devenir obligatoires (PIERRE MARTIN, op. cit., p. 111 ss).

Conclusions

L'avocat est né avec le premier embryon de la Justice: dès qu'un juge a été investi du pouvoir de trancher un litige, les plaideurs ont trouvé un ami compétent pour les assister.

Nous avons vu que l'avocat est resté le partenaire indispensable de l'administration de la justice. Il en est un des garants dans l'Etat de droit.

Son rôle est de conseiller, assister et défendre ceux qui font appel à lui. Sa mission consiste à contribuer à faire rendre par les

magistrats un jugement juste et équitable et à établir entre l'Etat et le justiciable une communication indispensable et égalitaire.

J'ai tenté de démontrer que le monopole dont l'avocat jouit encore aujourd'hui est institué en faveur des justiciables et qu'il a comme corollaire de lourdes charges et de sérieux devoirs dans l'exercice journalier de sa profession.

Les honoraires qu'il facture correspondent au travail du mandataire en justice et ne représentent certainement pas des exigences excessives par rapport à la responsabilité assumée, l'importance de l'affaire, les conditions pécuniaires des parties et le temps consacré à l'étude et au traitement des cas.

Il m'est apparu cependant que l'avocat peut faire un effort dans le sens de la protection des droits des justiciables. J'ai proposé quelques remèdes simples, destinés à réduire le temps consacré à l'étude des cas, à ne pas négliger les possibilités de transactions. J'estime en outre que le problème de l'aide judiciaire doit être revu complètement, de même que l'organisation et les conditions de fonctionnement des assurances de protection juridique.

Je ne trouve pas de meilleure conclusion que de citer intégralement celle de PIERRE LAMBERT, avocat du barreau de Bruxelles, dans son livre sur les règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles. Bien qu'un peu longue, elle me paraît réunir tout ce que je ne pourrais dire que moins bien:

Il est bien vrai que le malaise des avocats est un fait établi. Mais ce malaise ne trouve-t-il pas en réalité sa source dans les transformations que subit inévitablement notre profession? Les nostalgiques du passé, le regard tourné vers l'arrière, regretteront toujours le temps où la vie professionnelle était calme, sereine et mesurée, où l'on ignorait l'affolement des affaires, l'inquiétude des plaideurs et la nervosité des juges, où le palais était autant le centre délicieux des conversations amicales que le lieu où l'on venait faire trancher les conflits.

«Les auteurs qui se penchent sur notre vie professionnelle pour l'analyser, établissent périodiquement des constats de crise qui nous font regarder l'avenir avec une croissante anxiété. Ils s'alarment devant le flux des nouveaux venus qui grossit, chaque année, le nombre des avocats; d'aucuns suggèrent le recours á un numerus clausus dans lequel ils voient une véritable panacée à nos difficultés. Tous expriment leur inquiétude devant l'avenir du barreau. Le bâtonnier André Damien, dans un article qui fit grand bruit, à l'époque, annonçait même que ‹le barreau est mort›.

On peut, sans doute, regretter l'élégance insouciante de cette époque, heureuse pour les privilégiés de la fortune. Sa disparition ne traduit pas pour autant la mort du barreau, mais seulement la mort d'un certain barreau et du dilettantisme.

L'on me permettra d'opposer aux déclarations pessimistes de quelques-uns, la déclaration de foi de ceux qui croient à la religion de la défense. Il importe peu, en définitive, que le style des plaidoiries se soit modifié en même temps que le rythme de notre travail, pour s'adapter à notre époque qui va à l'utile et à l'efficace. C'est en s'adaptant que le barreau vivra selon notre temps et évitera de se laisser enfermer dans ce que Philippe Boucher appelle ‹le ghetto judiciaire›.

Il n'est pas hasardeux de prédire la place qu'occupera le barreau dans le monde de demain. Jamais le besoin d'informations juridiques ne s'est autant fait sentir dans notre société de plus en plus sensible à un idéal de justice. La radio, la télévision, la presse écrite multiplient les chroniques destinées à faire connaître au grand public les droits qui lui sont reconnus; chaque jour voit s'ouvrir de nouveaux centres de consultations juridiques, créés à l'initiative d'organisations philanthropiques, sociales ou professionnelles, ou encore d'entreprises et d'administrations publiques. L'avocat – même s'il n'en a pas toujours pleinement conscience – est l'interlocuteur privilégié, celui à qui, naturellement, il est fait appel, en raison des garanties de compétence et de discipline déontologique qu'il offre, car chacun se rend compte que, même si la profession est décriée, elle est irremplaçable.

L'indépendance qui fait sa fierté, et peut-être aussi sa raison d'être, lui permet d'opposer un rempart contre le pouvoir qui serait arbitraire s'il n'était soumis à la censure. Et si, parfois, l'avocat doit être un gêneur et un empêcheur de juger en rond, c'est que son intervention aura, plus que jamais, sa raison d'être.

Le temps où nous vivons accuse parfois le désaccord de ses exigences et de ses rançons, avec les règles et les traditions d'un Ordre dont nous avons la fierté. En adaptant celles qui doivent l'être et en maintenant, de manière intransigeante, celles qui sont fondamentales, le barreau peut être pleinement assuré quant à son avenir.»