

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 22 juin 2023

CJ-AV(2023)07

**Comité d'experts sur la protection des avocats (CJ-AV)
(CJ-AV)**

5e réunion, 3-5 juillet 2023

Strasbourg, Palais de l'Europe, Salle 6

**PROJET D'APERÇU DES POINTS À ABORDER DANS L'EXPOSÉ DES
MOTIFS/RAPPORT POUR L'INSTRUMENT JURIDIQUE SUR LA PROTECTION DE LA
PROFESSION D'AVOCAT**

(Point 5 du projet d'ordre du jour)

Le projet d'aperçu couvre le préambule et les chapitres I et II, et ne comprend pas les points à traiter dans le rapport explicatif en ce qui concerne le mécanisme de mise en œuvre, ainsi que les clauses finales car elles doivent être examinées plus avant et discutées par le Comité.

Introduction

Le rapport rendra compte du contexte de l'adoption de l'instrument, en notant en particulier les préoccupations concernant les problèmes croissants auxquels sont confrontés les avocats de manière individuelle et la profession juridique en général. Ces problèmes ont été considérés comme n'étant pas traités de manière adéquate par les instruments existants et, par conséquent, ils ont conduit à l'adoption de la Recommandation de l'APCE, à la préparation de l'étude de faisabilité et au mandat donné par le Comité des Ministres au CD-CJ pour préparer un instrument juridique.

La préparation de l'instrument par CJ-AV sera expliquée, y compris le processus de consultation suivi et les considérations qui ont conduit à la proposition que l'instrument prenne la forme d'une Convention et l'acceptation de cette proposition par le Comité des Ministres. Il expliquera également le choix effectué quant à la forme du mécanisme qui devait être inclus dans l'instrument et quels sont, le cas échéant, les aspects de l'instrument qui seront facultatifs.

Préambule

Le rapport expliquera la pertinence des différents instruments déjà concernés par la protection de la profession d'avocat tant au niveau international que régional, ainsi que ceux préparés par les différentes organisations d'avocats.

Par ailleurs, on notera qu'il fait référence à certains rapports soulignant les difficultés rencontrées par la profession d'avocat.

En outre, les considérations relatives au rôle des avocats, à l'importance de leur protection et de leur indépendance et à la nécessité de préserver le secret professionnel et la confidentialité, ainsi que les facteurs qui compromettent actuellement ces considérations et l'évolution du rôle de la profession juridique, sont indiqués comme ayant façonné le contenu de l'instrument.

Article 1 - Objet de la Convention

Le rapport expliquera les deux objectifs de l'instrument, à savoir l'établissement des normes nécessaires pour assurer la protection des avocats, y compris des avocats individuels, et les moyens par lesquels ces normes doivent être mises en œuvre par la création d'un ou de plusieurs mécanismes [encore à déterminer].

Il sera précisé que, si certaines des normes concernent des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), l'instrument cherche à s'appuyer sur elles et à couvrir des questions qui ne sont pas protégées par elles. En outre, il sera précisé que l'introduction du/des mécanisme(s) vise à compléter plutôt qu'à dupliquer la possibilité de saisir la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et que c'est cette considération qui a présidé à leur élaboration.

Il soulignera ce que l'on entend par "indépendance" dans l'exercice de la profession, en soulignant que cela n'a pas pour but d'empêcher une supervision ou une réglementation conforme aux normes établies dans l'instrument. Une explication sera également fournie pour la "retenue".

Article 2 Champ d'application

Cette partie du rapport définira le champ d'application de la convention, à qui elle s'applique, en fournissant plus d'explications sur l'importance de l'application de la protection aux avocats qui se voient refuser la qualification ou l'autorisation d'exercer en raison de leur travail professionnel, ou qui agissent dans le cadre d'une procédure devant une cour ou un tribunal international.

Article 3 Utilisation des termes

Cette partie fournira des explications sur les différentes définitions figurant dans cette disposition, à savoir que

- Le rapport explicatif se penchera sur la notion d'avocat (y compris sur le fait qu'elle couvre les personnes admises à exercer dans d'autres juridictions, avec des illustrations), en notant la grande variété d'interprétations nationales du terme et en partant de l'approche adoptée dans les différents États membres, tout en soulignant l'importance de la nécessité pour les personnes concernées d'exercer de manière indépendante, ce qui exclut les juristes d'entreprise, à moins qu'ils ne soient réglementés par un organisme professionnel d'avocats. En outre, il expliquera pourquoi il a été jugé inapproprié d'avoir une liste exhaustive similaire à celle de la directive 77/249/CEE du Conseil ; le rapport explicatif pourrait également énumérer les titres professionnels exclusifs utilisés dans les différents systèmes juridiques, ainsi que les différentes catégories de personnes auxquelles la protection de cet instrument est également accordée (celles qui sont empêchées d'exercer en violation des normes de l'instrument, celles qui sont reconnues comme "avocats" par les cours et tribunaux internationaux et régionaux et celles qui exercent des activités professionnelles pour le compte d'avocats tels que définis par l'instrument) ;
- les clients et les clients potentiels ; l'élargissement de ce que l'on entend par client potentiel dans cette convention et la nécessité de les inclure également dans les questions liées à la communication avocat-client, à l'accès à un client, etc. afin d'assurer la protection du travail professionnel des avocats ;
- les associations professionnelles et leurs activités (y compris le fait que l'adhésion peut ne pas être obligatoire et que leur rôle dans la réglementation pourrait être limité à la supervision/discipline ; la façon dont cet organe est distinct des autres associations auxquelles les avocats peuvent appartenir et le fait que l'adhésion peut être indirecte lorsqu'il existe des barreaux régionaux et nationaux) ; le rapport devra également développer l'aspect réglementaire, prendre en compte les différents systèmes juridiques et inclure non seulement les associations qui ont la compétence d'édicter des règles contraignantes, mais également les associations qui supervisent les avocats et qui peuvent engager des actions disciplinaires à leur encontre ; le rapport devrait également préciser que la définition élargie ne favorise pas/ne signifie pas la création d'autres barreaux/associations d'avocats lorsque ceux-ci sont déjà établis en vertu de la législation nationale ;
- les activités professionnelles des avocats (en soulignant qu'elles couvrent à la fois la pratique juridique formelle et les activités qui font partie intégrante d'une profession jouant un rôle dans la garantie des droits de l'homme et de l'État de droit ; la représentation couvre également le travail de défense) et qu'elles peuvent être extraterritoriales et régionales/internationales dans leur portée, y compris la situation d'un avocat établi dans un État membre qui travaille pour un client dans un autre pays sans être établi dans ce

pays. Toutefois, le rôle des Parties ne concerne que la protection des activités à l'intérieur du pays) ;

- les autorités publiques, de la même manière que pour la définition des avocats, le rapport peut également dresser une liste spécifique des personnes considérées comme des autorités publiques dans les différents systèmes juridiques et les différents États membres ; et

Au cours de ces explications, il sera tenu compte des principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Article 4 - Associations professionnelles

Il expliquera ce que l'indépendance et l'autonomie impliquent pour les associations professionnelles, y compris lorsque les organes exécutifs peuvent être élus. Un point particulier à cet égard sera la question de la signification de l'indépendance dans le contexte des activités des personnes privées plutôt que des autorités publiques.

Le rapport précisera que la protection des droits de l'avocat couvre tous les aspects des activités professionnelles visées par l'instrument.

Il passera également en revue les différents types d'activités que les associations professionnelles peuvent entreprendre pour représenter les avocats, défendre la profession, fixer des normes d'admission, de formation continue et de compétence professionnelle et promouvoir des normes éthiques.

Le rapport également précisera pourquoi il peut exister d'autres associations auxquelles les avocats peuvent adhérer pour promouvoir leurs intérêts professionnels, en indiquant en quoi elles diffèrent de celles auxquelles l'instrument s'applique spécifiquement puisque leur existence est fondée sur le droit à la liberté d'association en vertu de l'article 11 de la CEDH.

Il sera précisé que le droit de consultation est destiné à couvrir les questions directement liées à la pratique du droit et ne s'étend pas aux modifications du droit matériel, bien qu'il puisse y avoir des dispositions législatives nationales à ce sujet.

Les principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme seront pris en compte.

Article 5 - Droit d'exercer

Il sera expliqué que les considérations générales devraient régir toutes les décisions relatives non seulement à l'admission mais aussi à celles qui concernent le maintien de l'autorisation et la réadmission à l'exercice du droit. Toutefois, il sera souligné que l'instrument ne cherche pas à déterminer les normes spécifiques de compétence requises, car toute décision sur ce qui pourrait être considéré comme approprié est reconnue comme relevant de la compétence de chaque État membre. En outre, il sera expliqué que l'exigence de critères objectifs et l'interdiction de la discrimination n'excluent pas l'existence de différentes voies pour devenir qualifié pour l'admission à la pratique (y compris l'admission des avocats étrangers, que ce soit en vertu du droit de l'UE ou des règles nationales).

Il sera également expliqué que l'instrument juridique tient compte des différentes manières dont les décisions relatives à la capacité de pratiquer le droit sont prises dans les États membres. En outre, il indiquera la possibilité qu'il y ait plus d'un organisme impliqué dans le processus

d'admission ; il expliquera également les différentes situations dans lesquelles ces décisions ne sont pas prises par une association professionnelle mais par un régulateur indépendant, en donnant des exemples d'États membres spécifiques.

La clause anti-discrimination sera expliquée plus en détail, afin d'inclure l'explication déjà fournie dans la version préliminaire 5 du document de travail CJ-AV (2022)05 prov5.¹ L'explication sera également fournie pour veiller à ce que la clause ne soit pas interprétée comme une non-conformité à l'instrument juridique en ce qui concerne certaines exigences, par exemple la maîtrise de la langue nationale.

Les principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme seront pris en compte.

Article 6 - Droits professionnels des avocats

Il s'agit d'expliquer les droits professionnels qu'il identifie pour les avocats, en général, dans le cadre de leurs activités professionnelles et de leurs relations avec les clients ou les clients potentiels. L'idée est d'identifier les considérations qui pourraient être prises en compte lors de la mise en œuvre des droits énumérés. Ces considérations couvrent les normes de conduite professionnelle et les exigences liées à la prestation de services juridiques, à la protection des droits d'autrui, à la prévention et à la poursuite de la criminalité, à la prévention des conflits d'intérêts, au respect des engagements internationaux (tels que les sanctions, le blanchiment

¹ Le principe de non-discrimination établi à l'article 5.1.b se fonde sur l'article 1^{er}, paragraphe 1 du Protocole No. 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, établissant une interdiction générale de la discrimination. La *liste des motifs de discrimination* figurant à l'article 1 est identique à celle figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1 du Protocole No. 12 à la Convention, qui a son tour est identique à celle figurant à l'article 14 de la Convention. Cette solution a été jugée préférable à d'autres, comme celle consistant à inclure expressément certains motifs supplémentaires de discrimination (par exemple, le handicap physique et psychique, l'orientation sexuelle, l'identité de genre ou autres caractéristiques personnelles), non par méconnaissance du fait que ces motifs ont pris, dans les sociétés actuelles, une importance particulière par rapport à l'époque de la rédaction de ces dispositions, mais parce qu'une telle inclusion a été considérée comme non nécessaire d'un point de vue juridique, puisque la liste des motifs de discrimination n'est pas exhaustive et que l'inclusion de tout motif supplémentaire particulier pourrait engendrer des interprétations *a contrario* indésirables concernant la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés. La Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà appliqué l'article 14 à l'égard de motifs de discrimination qui ne sont pas mentionnés dans ces dispositions (voir par exemple, en ce qui concerne le motif de l'orientation sexuelle, l'arrêt du 21 décembre 1999 dans *l'affaire Salgueiro da Silva Mouta c/Portugal*).[2]. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme fait ressortir clairement que toutes les distinctions ou différences de traitement n'équivalaient pas à une discrimination. Ainsi que la Cour l'a énoncé, par exemple dans l'arrêt concernant *l'affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/Royaume-Uni*, «une distinction est discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou s'il n'y a pas de 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'» (arrêt du 28 mai 1985, Série A, n° 94, paragraphe 72). Par exemple, le droit national peut prévoir certaines distinctions, fondées par exemple sur la nationalité ou sur la langue, quant à certains aspects de l'exercice de la profession d'avocat. Les situations dans lesquelles de telles distinctions sont parfaitement acceptables sont suffisamment couvertes par la signification même de la notion de «discrimination» telle qu'elle est décrite ci-dessus, puisque des distinctions pour lesquelles existe une justification objective et raisonnable ne constituent pas une discrimination. De plus, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, une certaine marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales pour déterminer, selon les circonstances, si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique.

d'argent et le financement du terrorisme) et à la sauvegarde de la sécurité nationale. Il convient de souligner que les restrictions sont soumises au critère de nécessité, pour lequel il convient de suivre l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme pour son application.

Pour chaque droit, on expliquera ce qu'il implique, en attirant l'attention sur la manière dont il peut être mis en œuvre de différentes façons selon l'organisation de la profession dans les différents États membres. Ce faisant, les principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme seront pris en compte.

Le rapport expliquera également les obligations professionnelles des avocats en ce qui concerne l'acceptation de clients, en particulier lorsqu'il s'agit de fournir des services dans le cadre de l'assistance judiciaire. Il est nécessaire de souligner dans le rapport que ce droit est soumis aux règles des systèmes nationaux d'aide judiciaire et n'exige pas des parties qu'elles les modifient. En option, le rapport explicatif pourrait également fournir une liste de procédures possibles dans lesquelles ce droit est applicable, ou la représentation obligatoire et les avocats de la défense désignés pourraient également être mentionnés en tant qu'exception.

Le rapport donnera des exemples de codes de conduite nationaux qui obligent les avocats à accepter des instructions (comme la règle « cab rank » (l'obligation d'un avocat d'accepter tout travail dans un domaine dans lequel il se déclare compétent pour exercer, devant un tribunal devant lequel il comparaît normalement et à ses tarifs habituels) qui concerne les avocats en Angleterre et au Pays de Galles) ou lorsque l'avocat doit avoir un motif valable pour refuser de continuer à agir (par exemple, le code de conduite des avocats au Royaume-Uni), les règles nationales s'appliqueront.

Le rapport expliquera les points liés à l'immunité civile et pénale, pour différencier les cas de comportement négligent des avocats, n'agissant pas de bonne foi, en mentionnant les exemples du cadre juridique des États membres, lorsque la désinformation par négligence, la diffusion consciente de fausses informations est inadmissible et peut donner lieu à d'autres responsabilités civiles et pénales.

Le rapport expliquera également les différences concernant l'accès aux documents dans les procédures civiles et pénales, en précisant s'il est du ressort de la juridiction de fournir des informations et des documents aux avocats.

Les aspects liés à la communication des avocats avec les clients et les clients potentiels seront davantage développés dans le rapport, afin de donner des exemples du type de communication qui doit être protégé, en expliquant davantage ce que l'on entend par la fourniture de services aux clients "en privé". Le droit d'un client de renoncer à la confidentialité sera mentionné dans l'exposé des motifs dans tous les États où ce droit existe.

Le rapport abordera également les explications concernant l'aspect lié à la récusation d'un juge ou d'un procureur et, dans les cas où la législation nationale ne le permet pas, donnera des exemples (par exemple, la législation britannique).

L'importance du deuxième paragraphe sera expliquée, en notant en particulier que l'identification des avocats avec leurs clients peut être à l'origine des types d'interférences - tels que discutés à l'article 9 - contre lesquels les avocats doivent être protégés.

Des explications supplémentaires seront fournies sur les questions liées à la limitation ou à l'interdiction de la limitation des droits des avocats, sur la manière dont les critères appliqués par

la Cour européenne des droits de l'homme doivent être appliqués et sur les relations de ces critères avec la CEDH.

Article 7 - Liberté d'expression

Il sera précisé que les points couverts par cette disposition concernent des questions qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ne sont que partiellement couvertes par le droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 10 de la CEDH, expliquant que la liberté d'expression est soumise à des limitations (mentionner la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme).

Ce faisant, il y aura une explication des limites à l'expression qui pourraient découler des responsabilités professionnelles de l'avocat (envers ses clients, le tribunal et d'autres personnes) et d'autres exigences relatives à l'administration de la justice, et des exemples illustrant ces limites seront fournis.

Il sera également précisé que la préoccupation du paragraphe 2 n'est pas de protéger les droits de clients spécifiques - ce à quoi se rapporte le paragraphe 1 - mais de souligner la légitimité d'aborder des questions d'intérêt plus général pour le droit et la pratique, notamment l'État de droit et les droits de l'homme. Le rapport précisera également qu'il ne s'applique pas aux obligations imposées aux avocats qui agissent en tant que lobbyistes, telles que l'obligation de s'inscrire dans un registre public des lobbyistes.

Les principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme seront pris en compte.

Article 8 - Discipline

Il expliquera les différentes sources de normes de conduite professionnelle pertinentes à des fins disciplinaires, notamment la législation et les codes de conduite, mais pas nécessairement la déontologie, en incluant quelques illustrations des Etats membres. Il précisera que ces normes s'appliquent à tous les avocats autorisés à exercer dans une juridiction donnée et qu'elles doivent être compatibles avec les exigences de la CEDH (ce qui exclut toute sanction disciplinaire pour l'expression et la participation à des manifestations qui, dans certains cas, seraient protégées par les articles 10 et 11), et fournira des références à la jurisprudence pertinente de la CEDH.

Il sera précisé que la disposition ne concerne pas, sous réserve de la conformité à la CEDH, les motifs d'imposition de mesures disciplinaires ni les différents types de sanctions susceptibles d'être imposées. Toutefois, il sera souligné que les exigences régissant l'imposition de toute sanction sont la non-discrimination et le respect de la personnalité, l'interdiction d'exercer la profession d'avocat étant limitée aux cas les plus graves.

Il sera indiqué que la disposition ne concerne pas les procédures de traitement des plaintes, sauf dans la mesure où elles peuvent être liées à des procédures disciplinaires. Il sera également précisé que la référence aux recours formés par les avocats ne vise qu'à clarifier cette possibilité.

La manière dont les procédures disciplinaires sont censées fonctionner sera particulièrement développée, y compris le fait qu'une audition équitable n'implique pas nécessairement une audition orale.

Les principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme seront pris en compte.

Article 9 - Protection

Les différents éléments de la protection par les Parties - c'est-à-dire l'interdiction, le fait de s'abstenir d'attaquer, etc., les enquêtes, les poursuites et la prévention - seront décrits et illustrés. Par exemple, le comportement cité pourrait être considéré comme couvrant les menaces de poursuites et la menace d'imposer des sanctions administratives, économiques ou autres, ainsi que l'imposition effective de ces sanctions. En outre, l'étendue des obligations de prévention, d'enquête et de poursuite sera précisée. Il contiendra également des explications sur les obligations des États d'informer de l'ouverture d'une procédure d'enquête préliminaire en cas de menace ou d'agression à l'encontre d'un avocat, si ce dernier le demande.

Les différentes formes d'attaques, etc. seront illustrées (arrestation arbitraire, détention et poursuites, interdiction de voyager, sanctions, y compris disciplinaires, surveillance, campagnes de diffamation, étiquetage, etc.) et il sera précisé que la disposition s'étend à leur utilisation contre les membres de la famille et pourrait également concerner la commission par les avocats eux-mêmes des différents comportements cités.

Il précisera également les attentes à l'égard des associations professionnelles, en ce qui concerne les obligations de notification et le droit d'accès aux avocats détenus, ainsi que la possibilité d'être présent lors des perquisitions d'avocats. A cet égard, il sera tenu compte des restrictions éventuelles liées au secret de l'instruction. Il sera précisé que la notion de "mise à mort" ne concerne pas les morts naturelles.

Le rapport indiquera que, bien qu'il existe une obligation susmentionnée concernant l'indépendance et l'autonomie, l'objectif est ici de la renforcer. Il précisera également que l'indépendance des barreaux n'entre pas en conflit avec le contrôle de légalité effectué par les autorités nationales.

Le rapport expliquera et détaillera également les mesures ou pratiques prises par les États membres qui ne seraient pas considérées comme limitant ou portant atteinte à l'indépendance et à l'autonomie des associations professionnelles. Dans le même temps, le rapport précisera que l'indépendance des barreaux n'entre pas en conflit avec le contrôle de légalité effectué par les autorités nationales. En option, le rapport pourrait également préciser quelles mesures constitueraient une violation de la Convention et lesquelles ne le seraient pas.

Les principaux points pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme seront pris en compte.