LES TYPES DE MONOPOLES APPARTENANT AUX AVOCATS ET LE RÔLE DES DIRECTIVES DE RECONNAISSANCE DANS L'UNION EUROPÉENNE ET LA SLOVAQUIE¹

Michael Siman

Faculty of Law, Pan-European University in Bratislava, Slovakia

michael.siman@paneurouni.com

SIMAN, Michael. Les types de monopoles appartenant aux avocats et le rôle des directives de reconnaissance dans l'Union européenne et la Slovaquie. *International and Comparative Law Review*, 2017, vol. 17, no. 2, pp. 179–193. DOI 10.2478/iclr-2018-0023.

Summary: This article deals with the types of lawyers' monopoly and the related role of the EU recognition directives in the European Union and Slovakia. The European lawyers are benefiting mainly from the title and acts monopolies. The EU directives are influencing the monopoly architecture of European lawyers by creating the shared monopoly and the new title monopoly.

Keywords: European Union – recognition of qualifications – free movement of lawyers

1 Introduction

Vu le fait que le traité FUE prévoit tant pour la liberté d'établissement que pour la libre prestation qu'en dehors des interdictions de discrimination, il est aussi nécessaire d'adopter des règles de l'Union communes, il n'est pas suffisant d'interdire les obstacles de l'exercice transfrontalier de la profession d'avocat, mais il faut également adopter des règles facilitant la libre circulation des avocats. Comment peut-on faciliter la libre circulation des avocats dans l'Union européenne par la meilleure reconnaissance de leurs qualifications nationales? À cet égard, en ce qui concerne les sources du droit dérivé de l'Union, il convient d'examiner les directives suivantes du point de vue de la reconnaissance: (i) la directive n° 77/249 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (directive „services“)², (ii) la directive n° 98/5 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise (directive „établissement“)³ et (iii)

1 This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the contract No. APVV-14-0893 (Free movement of persons and recognition of qualifications in the European Union and Slovak Republic).

2 JO L 78 du 26.3.1977, p. 17.

3 JO L 77 du 14.3.1998, p. 36.

la directive n° 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (directive „reconnaissance“)⁴.

Par contre, la directive „reconnaissance“ créant le système général de reconnaissance des diplômes, applicable aussi aux activités d’avocat, vise à faciliter l’installation durable, par l’intégration de l’avocat dans la profession de l’État d’accueil. Il ne s’agit pas d’une intégration automatique, comme elle dépend du degré de compatibilité de la qualification de l’avocat migrant avec les exigences relatives à la qualification professionnelle applicables aux avocats dans l’État d’accueil, mais la directive permet aussi de compenser certaines différences des qualifications par instruments correcteurs.

En ce qui concerne le rôle des directives de reconnaissance pour la libre circulation des avocats, il y a lieu d’analyser, tout d’abord, les types de monopoles appartenant aux avocats, en analysant, en premier lieu la position de la profession d’avocat et les raisons d’existence des monopoles. Cet examen sera suivi d’une analyse spécifique du monopole de titre et du monopole des actes, le dernier étant analysé tant en ce qui concerne la portée d’exclusivité que le monopole spécifique renforcé. De plus, les conditions restrictives sont classifiées dans ce paragraphe. L’examen des monopoles des avocats continue avec une présentation des monopoles relatifs aux avocats slovaques, tant du monopole de titre que du monopole des actes, analysé spécifiquement en ce qui concerne la défense en procédure pénale, la représentation en procédure civile, la représentation en procédure administrative ainsi que la représentation en procédures spécifiques. Après l’analyse des types des monopoles appartenant aux avocats, sont examinées les fonctions des directives de reconnaissance concernant les monopoles des avocats, notamment l’aménagement de l’architecture du monopole, la création d’un monopole partagé, la création d’un nouveau monopole ainsi que la participation aux monopoles.

2 Les types de monopoles appartenant aux avocats

En ce qui concerne les aspects spécifiques des professions juridiques et judiciaires en matière de reconnaissance, il y a lieu de noter que les membres de ces professions jouent un rôle particulier dans un ensemble qui se construit et se développe par le droit, et qui est défini comme une „Communauté de droit“, selon la formule utilisée par la Cour de justice.⁵ En cas des avocats, il s’agit d’une profession strictement réglementée et rigoureusement organisée.

4 JO L 255 du 30.9.2005, p. 22.

5 Arrêt de la Cour du 23 avril 1986, aff. 294/83, Parti écologiste „Les Verts“ contre Parlement européen, Rec. 1986, p. 1339, point 23.

2.1 Position de la profession d'avocat

Quant à la réglementation nationale slovaque, § 1, premier alinéa, de la Loi du Conseil national de la République slovaque n° 586/2003 RL du 4 décembre 2003 relative à la profession d'avocat, telle qu'amendée (loi „profession d'avocat“), „la profession d'avocat aide à faire valoir le droit constitutionnel de la défense des personnes physiques et à protéger les autres droits et intérêts des personnes physiques et morales conformément à la Constitution de la République slovaque, aux lois constitutionnelles, aux lois et aux autres règles juridiques généralement applicables“.⁶

De plus, le préambule du Code de déontologie des avocats slovaques approuvé par la conférence des avocats le 19 juin 2004 dispose que „dans la société, où l'estime de la démocratie et du droit est l'un des principes constitutionnels primordiaux, l'avocat a une position importante. Il doit servir la cause de la justice et à ceux qui l'ont chargé de les défendre ou représenter. La fonction d'avocat et l'exercice de sa profession comporte d'une manière inséparable un ensemble d'obligations de travail et d'obligations morales. Il s'agit notamment des obligations envers les clients; les tribunaux et les autorités devant lesquels l'avocat fait prévaloir les intérêts de son client ou devant lesquels il agit au nom de celui-ci ainsi qu'envers le public, pour lequel l'existence d'une profession d'avocat libérale et indépendante est le moyen principal de protection des droits et libertés de l'homme contre le pouvoir de l'État“.

La réglementation de la pratique d'une profession a pour objet, ou bien pour effet, l'établissement d'un monopole réservé à ceux qui remplissent les conditions prévues pour l'exercice de la profession concernée. Par conséquent, chacune des professions juridiques ou judiciaires bénéficie d'un monopole, à savoir du monopole de titre et du monopole des actes. Cette distinction monopole des actes/monopole du titre proposé en 1989 par J. Pertek „pour rendre compte, dans la perspective de la libre circulation professionnelle, des différences essentielles entre les deux types de réglementations correspondants, paraît aujourd'hui admise“.⁷ Ceci est aussi confirmé par les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Aranitis.⁸

2.2 Les raisons de l'existence des monopoles

Les objectifs de l'existence d'un monopole peuvent varier de la protection de la santé publique (pour les sages-femmes ou médecins), de la sécurité publique (pour les architectes ou les ingénieurs) des garanties devant entourer l'exercice de prérogatives de puissance publique (les huissiers de justice ou les manda-

6 Les traductions françaises de textes slovaques dans cet article ne sont pas de traductions officielles.

7 PERTEK, Jacques. *Les avocats en Europe*. Paris: LGDJ, 2000, p. 17.

8 Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 26 octobre 1995, aff. C-164/94, Georgios Aranitis contre Land Berlin, Rec. 1996, p. I-135, **notamment au point 27**.

taires liquidateurs), du bon fonctionnement de la justice (pour les avocats et les avoués) ou aussi, de manière plus diffuse, de la protection de consommateurs (considérés comme patients, clients, justiciables ou usagers). Toutefois, il y a assez souvent d'autres préoccupations, comme la protection des professionnels nationaux (à laquelle contribue assez bien l'exigence d'une preuve de qualification disponible dans le seul système national), la défense du groupe professionnel (à laquelle répond bien une obligation d'appartenance à l'organisation professionnelle représentative) ou l'intérêt économique des membres (auquel répond la limitation du nombre de professionnels en activité de ou de celui des futurs professionnels en formation).

Les solutions retenues pour un domaine spécifique, quant à l'étendue et à l'intensité du monopole institué par la réglementation nationale et quant aux conditions fixées pour en bénéficier, traduisent l'équilibre réalisé entre diverses préoccupations de telle ou telle nature. La justification qu'elles peuvent trouver n'est pas dénuée d'importance pour le droit de l'Union, en ce sens que la jurisprudence de la Cour de justice relative aux mesures susceptibles de gêner la libre circulation prévoit de soumettre ces règles nationales à un test de nécessité au regard de l'intérêt général et au test de proportionnalité. Les monopoles sont créés par les actes de l'autorité publique sous forme des exigences à satisfaire par les intéressés ou bien l'autorité publique peut autoriser un organisme professionnel à fixer ces exigences. Les monopoles professionnels présentent une grande diversité dans le temps et dans l'espace qui peut être constatée d'une profession à une autre ou selon les États. Mais elle se manifeste encore, dans un même État, pour une profession donnée, „en raison de l'activité singulière considérée ou des conditions concrètes dans lesquelles elle est exercée“.⁹ Ainsi, le monopole des avocats se présente de manière différente lorsqu'il s'agit des activités différentes, telles que la consultation, la plaidoirie ou la représentation.

2.3 Monopole de titre

Quant au monopole de titre, il garantit une exclusivité portant sur la dénomination professionnelle caractéristique consacrée par l'autorité publique, qui détermine le mode d'attribution de cette dénomination professionnelle, en définissant les exigences requises pour son attribution et les modalités de celle-ci ou en investissant à cet effet un organisme représentatif de la profession.¹⁰ Dans ce cas, l'accès à la profession est libre, mais l'usage de la dénomination professionnelle est réservé aux personnes satisfaisant à certaines exigences prévues par la loi ou autres règles. Ces exigences portent sur la qualification personnelle. Les capacités personnelles peuvent être vérifiées au moyen d'un examen. On peut

9 PERTEK, Jacques, op. cit. supra, note n° 7, p. 17.

10 PERTEK, Jacques. Les professions juridiques et judiciaires dans l'Union européenne: libre circulation dans l'espace européen, reconnaissance mutuelle des qualifications, équivalence des autorisations nationales d'exercice. *Revue française de droit administratif*, 1999, p. 623.

exiger un diplôme ou un titre de formation ou bien une certaine expérience, acquise auprès des membres de la profession, sous la forme d'un stage préalable, ou postérieur, à l'obtention du diplôme¹¹.

Ceux qui sont les seuls professionnels du domaine réservé sont identifiés par le titre professionnel. La dénomination professionnelle officielle permet d'identifier ceux qui ont en partage l'exclusivité de son usage en les différenciant aisément des professionnels d'un autre domaine, de ceux qui n'exercent pas à titre habituel ou principal l'activité typique de la profession ou l'une de ses activités typiques, et, plus encore, de ceux qui ne répondent pas à toutes les conditions, ou ne répondent à aucune, nécessaires pour pratiquer cette activité sous ladite dénomination. De plus, la dénomination professionnelle est normalement protégée par la répression de son usage indu, et constitue alors véritablement un titre professionnel. J. Pertek propose de définir un titre professionnel comme "une dénomination qui est utilisée dans une activité ayant pour contrepartie une rémunération et atteste dans ce domaine d'une compétence particulière, le mode d'attribution de cette dénomination étant déterminé par l'autorité publique et son usage sans droit étant pénalement sanctionné". Il souligne le fait que la présence de la répression pénale de l'usage indu „est importante autant par la signification qu'elle revêt que par l'efficacité qu'elle donne à l'exclusivité ; le caractère pénal de la protection contre l'usurpation exprime l'idée que celle-ci constitue une atteinte à l'autorité de l'État, et pas seulement aux intérêts de ceux faisant licitement usage de la dénomination“.¹²

Les personnes satisfaisant à toutes les exigences et partageant l'exclusivité de la dénomination officielle bénéficient d'un monopole du titre qui institue et organise une exclusivité portant sur l'usage d'un titre professionnel lorsqu'une telle exclusivité ne résulte pas déjà, de manière dérivée, de l'existence d'une exclusivité relative à l'accomplissement des actes du domaine professionnel considéré. S'il n'existe qu'un monopole du titre, l'obligation d'appartenance à l'organisation représentative de la profession qui en fait un monopole organisé, ne peut se rapporter qu'à la pratique des activités de la profession sous une forme particulière, privilégiée. Elle peut se présenter comme une condition d'usage de ce titre ou comme la véritable condition d'accès au titre, intégrant et sublimant les autres conditions. Dans ce dernier cas, le monopole du titre est, en réalité, attribué à l'organisation de la profession, qui en régit le partage entre ses membres.¹³

2.4 Monopole des actes

En ce qui concerne le monopole des actes, il résulte d'une réglementation des conditions restrictives pour l'admission à une profession ou pour commencer les activités relevant de sa compétence. Les membres du groupe professionnel satis-

11 Ibid., p. 630.

12 PERTEK, Jacques, op. cit. supra, note n° 7, p. 21.

13 Ibid., p. 23–24.

faisant à l'ensemble des conditions requises, se voient accorder une exclusivité pour l'accomplissement des actes qui appartiennent au domaine ainsi protégé. Ce monopole peut comporter des degrés divers et l'exclusivité relative au monopole peut recouvrir une étendue variable, être absolue ou partagée et se trouver ou non confortée par une obligation d'intervention du professionnel.

Le monopole des actes attribuant à ceux qui remplissent les conditions pour en bénéficier une exclusivité pour l'accomplissement des actes relevant de la profession, emporte aussi, explicitement ou implicitement, l'exclusivité portant sur la dénomination professionnelle caractéristique et l'inclut ainsi nécessairement. C'est alors l'accès même à la profession et non plus seulement l'exercice de cette profession, sous une forme privilégiée, qui est soumis à des conditions restrictives. La protection de cette exclusivité est classiquement assurée par l'existence d'une infraction d'exercice illégal de la profession ou des activités en relevant.¹⁴

2.4.1 Portée de l'exclusivité

L'exclusivité peut être absolue ou partagée. Il s'agit d'une exclusivité partagée lorsqu'elle n'est pas attribuée à un groupe professionnel unique. La conséquence de cette exclusivité peut être une réelle concurrence pour l'accomplissement des actes couverts par l'exclusivité partagée. Tel est le cas en Allemagne pour ce qui concerne la représentation des clients par les professeurs de droit et par les avocats. Cette concurrence se manifeste également lorsqu'il s'agit des activités des *solicitors* et *barristers* au Royaume-Uni ou en Irlande. L'exclusivité peut être accompagnée ou non de la nécessité formelle de recourir à un professionnel pour l'accomplissement des actes concernés. Ainsi, la réglementation nationale peut prévoir une obligation de faire intervenir, toujours ou dans certains cas, l'un des membres de la profession ou, éventuellement, de l'une des professions, se partageant l'exclusivité. Néanmoins, il y a lieu de noter que la notion du monopole peut prêter à confusion, car elle est souvent utilisée pour qualifier indifféremment une exclusivité absolue, ou même une exclusivité partagée, et l'obligation d'intervention d'un professionnel, ce qui rend difficile la compréhension des situations nationales très nuancées et complexes et, plus encore, les comparaisons au niveau européen.¹⁵

2.4.2 Monopole renforcé

Pour identifier la situation dans laquelle le monopole d'une profession est accompagné de l'obligation de faire intervenir, en cas de l'accomplissement d'un acte particulier couvert par ce monopole, un membre cette profession, J. Pertek propose de qualifier „monopole renforcé“ ce genre particulier de monopole. Pour illustrer la variété des situations existantes, il applique cette distinction à la profession d'avoué à la cour d'appel telle qu'elle existe en France. En principe,

14 PERTEK, Jacques, op. cit. supra, note n° 10, p. 623.

15 PERTEK, Jacques, op. cit. supra, note n° 7, p. 19.

l'introduction du recours nécessite une représentation par un avoué (domaine du monopole renforcé); toutefois, on n'est pas toujours obligé de constituer avoué, l'exception valant notamment pour l'appel des décisions du conseil de prud'hommes, et la partie peut alors soit se présenter elle-même, soit se faire représenter ou assister par un avoué, mais aussi par un avocat ou même par une autre personne. Un monopole renforcé peut conforter une exclusivité partagée ou absolue. De plus, du fait même qu'il est renforcé, un monopole peut être attribué à une branche particulière de la profession.¹⁶

2.5 Classification des conditions restrictives

Les conditions restrictives prévues par les réglementations nationales portant sur les deux monopoles susmentionnés peuvent être rattachées à trois grandes catégories. La première catégorie comporte les conditions relatives à la personne elle-même concernant l'âge, la santé, la moralité, le sérieux ou la capacité financière. La deuxième catégorie comprend les conditions relatives à la qualification professionnelle. Pour cela, il y a lieu de présenter la preuve d'une qualification sous forme d'un ou de plusieurs diplômes ou certificats. En troisième lieu, peut être requise une condition d'une nature particulière concernant la relation entre le professionnel et l'organisation représentative de la profession. Il s'agit d'une obligation d'appartenance à cette organisation, posée par la réglementation édictée par l'autorité publique. S'il existe une obligation d'adhésion et d'appartenance à l'organisation professionnelle représentative pour bénéficier de l'exclusivité, le monopole créé par une telle condition peut être qualifié „organisé“ (ou „auto-contrôlé“). Tel est le cas de la plupart des professions libérales (avocats, architectes, médecins etc.). Cette condition d'appartenance à l'organisation professionnelle représentative peut constituer une condition d'exercice de la profession, qui s'ajoute aux autres conditions, ou bien se présenter comme une véritable condition d'accès à la profession, qui intègre ou sublime les autres conditions, en ce sens que c'est à la satisfaction de cette condition que sont subordonnées l'obtention de l'autorisation de pratiquer les activités relevant de la profession et le maintien de cette autorisation.¹⁷ En conséquence, dans beaucoup de pays, l'avocat apparaît surtout comme un membre du barreau dans le pays concerné. Dans ces cas, le monopole des actes est, en réalité attribué à l'organisation de la profession, qui en régit le partage entre ses membres. Ainsi, le professionnel, étant membre de l'organisation, bénéficie de l'exclusivité de l'accomplissement des actes relevant de la profession et, de manière dérivée, de l'exclusivité du titre marquant la possession de cette qualité. Les conditions susvisées sont définies par référence à des données objectives (absence de certaines condamnations pénales, absence de faillite...) ou appréciées de manière subjective.

¹⁶ Ibid., p. 20.

¹⁷ PERTEK, Jacques, op. cit. supra, note n° 10, p. 624.

Dans la plupart des États membres, le monopole des avocats est un monopole relatif à l'accomplissement des actes. C'est un monopole organisé en ce sens que l'une des conditions d'accès aux activités protégées par l'exclusivité est l'appartenance à l'organisation représentative de la profession. Ce sont principalement les activités d'assistance et de représentation en justice, les plus caractéristiques des avocats, qui sont protégées par ces monopoles.¹⁸

Enfin, il y a lieu de noter que la Cour de justice a aussi eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de l'adhésion obligatoire des avocats à l'organisation professionnelle dans un État membre avec l'acquis de l'Union concernant la reconnaissance des qualifications professionnelles et l'établissement des avocats. Dans son arrêt Ebert¹⁹, la Cour a dit pour droit que ni la directive 89/48 ni la directive 98/5 "ne s'opposent à une réglementation nationale instituant, pour exercer l'activité d'avocat sous le titre d'avocat de l'État membre d'accueil, l'obligation d'être membre d'une entité telle qu'un ordre des avocats".

2.6 Monopoles relatifs aux avocats slovaques

Vu les critères relatifs à l'existence de monopoles susmentionnés, il y a lieu de noter que les avocats sont, dans l'ordre juridique slovaque, protégés par les deux types de monopole.

Selon la définition de l'avocat visée au paragraphe 2 de la loi „profession d'avocat”,²⁰ „l'avocat est toute personne inscrite sur la liste des avocats tenue par la Chambre slovaque des avocats” (ci-après dénommée „la Chambre”). Il découle de cette définition que pour exercer la profession d'avocat, il est essentiel d'être membre de la Chambre. Celle-ci est une organisation professionnelle autonome dotée de certaines prérogatives de pouvoirs publics définie par la loi comme „une organisation professionnelle autonome réunissant tous les avocats inscrits sur la liste des avocats tenue par la Chambre”²¹ et dotée de personnalité juridique.

L'exigence d'appartenance à cette organisation professionnelle réunissant obligatoirement tous les avocats exerçant leur profession en Slovaquie établit ainsi le monopole organisé (auto-contrôlé) de la profession d'avocat. Comme tout avocat doit être membre de la Chambre, tout avocat est aussi tenu de se soumettre à la juridiction de la Chambre relative aux délits disciplinaires de ses membres.

18 Loc. cit.

19 Arrêt de la Cour du 3 février 2011, aff. C-359/09, Donat Cornelius Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara, point 42.

20 Loi n° 586/2003 RL.

21 Voir § 66, alinéas 2 et 3, de la loi précitée.

2.6.1 *Mo nopolé de titre de la profession d'avocat en Slovaquie*

L'adhésion obligatoire des avocats à la Chambre en tant qu'organisation professionnelle implique aussi l'existence du monopole du titre. En effet, le titre d'avocat dont le port est exclusivement réservé à ceux qui sont membres de la Chambre et qui ont dû se conformer aux exigences imposées par celle-ci avant d'être admis, garantit un niveau de qualité de services fournis par les avocats.

Les exigences d'admission à la Chambre sont les suivantes: capacité juridique pleine et entière, formation universitaire juridique du second degré acquise à la faculté de droit en République slovaque ou un titre de formation juridique du second degré délivré par une université étrangère et reconnu, le stage d'avocat candidat d'au moins trois ans, l'examen d'avocat, intégrité, absence d'imposition de mesure disciplinaire en vigueur d'exclusion de la liste des avocats, des avocats candidats ou d'exclusion de la liste des juristes de commerce, ou de la mesure disciplinaire de privation du statut de notaire, huissier, procureur ou de la mesure disciplinaire de destitution de la fonction de juge selon des lois spécifiques. Quant au critère d'intégrité, il convient de noter que selon cette loi, est considérée comme intègre une personne qui n'a pas été condamnée pour une infraction criminelle intentionnelle.

De plus, le candidat ne peut pas, au moment de l'inscription, être partie à un contrat de travail ou à un contrat similaire relatif au travail, hormis les activités pédagogique, journalistique, littéraire, scientifique ou artistique, et ne peut ni exercer une activité incompatible avec la nature et les principes éthiques de la profession d'avocat. Il doit également communiquer à la Chambre l'adresse de son siège, qui doit être situé sur le territoire de la République slovaque, être assuré contre responsabilité civile ainsi que communiquer à la Chambre la forme d'exercice de la profession d'avocat et d'autres informations nécessaires pour tenir la liste des avocats spécifiées par les règles de la Chambre et aussi prêter la promesse d'avocat.²²

Néanmoins, les professeurs universitaires de droit sont dispensés des conditions du stage d'avocat candidat d'au moins trois ans et de l'examen d'avocat, pourvu qu'ils remplissent les autres conditions d'inscription sur la liste des avocats.

Le monopole du titre relatif aux avocats inscrits sur la liste de la Chambre constitue une garantie de compétence et qualité pour les clients et une garantie d'exclusivité de leur titre pour les avocats, ce qui les distingue des autres professions juridiques, tels que les notaires ou les huissiers.

Cette distinction est étroitement liée avec le monopole des actes garanti aux avocats par la législation slovaque. Certains actes sont ainsi réservés aux avocats, s'agissant notamment des actes exercés en cadre des procédures spécifiques.

22 Voir § 3, alinéa premier, de la loi précitée.

2.6.2 Monopole des actes de la profession d'avocat en Slovaquie

Comme l'étendue du monopole des actes de la profession d'avocat conformément à la législation slovaque diffère en fonction des actes ou procédures spécifiques, il convient d'analyser la défense de l'accusé en procédure pénale ainsi que la représentation du client en procédures civile et administrative et en procédures spécifiques.

Il y a lieu de noter que dans la procédure pénale, le monopole des actes appartenant aux avocats est absolu. Ce monopole découle de la définition de défenseur visée à § 36, alinéa 1, du Code de la procédure pénale n° 301/2005 RL, selon laquelle „le défenseur ne peut être qu'un avocat“. Néanmoins, le défenseur peut se faire représenter par un avocat candidat dans les actes exercés dans le cadre de la procédure pénale, pourvu que l'inculpé soit d'accord, dans la phase d'instruction, s'il s'agit d'une procédure concernant un crime ou un délit, hormis les crimes particulièrement graves, et dans la procédure devant le tribunal, s'il s'agit d'une procédure concernant un délit.

De plus, dans les cas prévus par la loi, l'inculpé doit être représenté par un défenseur déjà dans la phase d'instruction. Tel est le cas notamment si l'inculpé se trouve en détention, réclusion ou observation dans un établissement de la santé, s'il est privé de la capacité juridique ou si sa capacité juridique est limitée, s'il s'agit d'une procédure concernant un crime particulièrement grave ou s'il s'agit d'une procédure contre un mineur ou bien contre un fugitif.²³

En ce qui concerne la procédure civile, il n'y existe pas de monopole des actes tel qu'appliqué dans la procédure pénale. Dans la procédure civile, la représentation par un avocat est facultative, car selon § 24 du Code de la procédure civile n° 99/1963 RL, „la partie peut se faire représenter par un représentant choisi par elle-même“. Dans la même matière, la partie „ne peut avoir simultanément qu'un représentant choisi“. Le représentant doit être une personne physique, hormis la représentation par le Centre de protection internationale des enfants et de la jeunesse, par les syndicats, par une société établie pour l'exercice de la profession d'avocat, dans les conditions visées au § 26 du Code de la procédure civile, et dans d'autres cas prévus par la loi.

Bien que la représentation dans la procédure civile ne soit pas limitée aux avocats, les membres de cette profession ont une position privilégiée. Selon § 25 du Code de la procédure civile, „une partie peut toujours choisir un avocat comme représentant“. L'autorisation conférée à un avocat ne peut pas être limitée. L'avocat peut se faire représenter par un autre avocat ou, le cas échéant, par un avocat candidat employé par lui-même. Par contre, si une partie se fait représenter par une personne physique autre qu'un avocat, la personne choisie ne peut agir qu'elle-même. De plus, si un tel représentant „évidemment n'est pas compé-

23 Voir notamment les § 36, § 37 et § 38 du Code de la procédure pénale.

tent d'une représentation due, ou s'il agit en qualité de représentant plusieurs fois dans plusieurs affaires", la cour décidera de ne pas admettre un tel représentant.²⁴

Dans la procédure administrative, la représentation par un avocat est facultative. Selon le § 17, alinéa 1, du Code de la procédure administrative n° 71/1967 RL, „les parties à la procédure, leurs représentants légaux ou curateurs peuvent se faire représenter par un avocat ou par un autre représentant choisi par eux-mêmes". Par conséquent, dans le domaine de la procédure administrative, il n'y a aucun monopole des actes privilégiant les avocats.

Néanmoins, certaines lois spécifiques établissent l'obligation d'une partie à la procédure devant certaines juridictions d'être représenté par un avocat. Par exemple, devant le Tribunal constitutionnel, une personne physique ou morale présentant un pourvoi constitutionnel relatif à l'infraction de ses droits et libertés fondamentales selon l'article 127 de la Constitution de la République slovaque doit être représentée par un avocat.²⁵

Dans certains cas, les parties de la procédure civile doivent également se faire représenter par un avocat. Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'une procédure concernant le recours en révision. Selon le § 241 du Code de la procédure civile, „la partie faisant recours doit être représenté par un avocat, soit si elle ne dispose pas de formation juridique elle-même, soit si son employé (membre) agissant au nom de celle-ci n'en dispose pas". Cette exigence de représentation s'applique aussi à la procédure judiciaire relative à une plainte contre décisions ou actions des autorités administratives; hormis certaines affaires prévues par la loi, par exemple s'il s'agit de la révision d'une décision ou procédure en matière de l'assurance santé ou de la sécurité sociale.

3 Les fonctions des directives de reconnaissance concernant les monopoles des avocats

Les monopoles des avocats étant analysés, il convient de se concentrer sur les fonctions des directives de reconnaissance en ce qui concerne les monopoles susvisés. Étant donné l'existence des monopoles analysés ci-dessus institués dans les États membres, on peut constater, d'une manière générale, que le rôle fondamental des directives de reconnaissance dont l'adoption est prévue à l'article 53 TFUE (ex-article 47 TCE) est de faciliter l'usage du droit à la libre circulation dans les cas de l'exigence d'un diplôme ou d'une autre qualification nationale dans l'État membre d'accueil.

²⁴ Voir § 27 du Code de la procédure civile.

²⁵ Voir § 20, alinéa 2, de la loi du Conseil national de la République slovaque n° 38/1993 RL relative à l'organisation du Tribunal constitutionnel de la République slovaque et à la procédure devant ce tribunal et au statut de ses juges.

De plus, les directives en matière de reconnaissance se sont vues assigner trois grandes fonctions spécifiques ainsi qu'une quatrième fonction la plus originale. Ces fonctions spécifiques seront analysées ci-dessous.

3.1 Aménagement de l'architecture du monopole

La première fonction est l'ouverture des professions réglementées au moyen d'un aménagement de l'architecture du monopole dont dispose ou auquel participe chacune d'entre elles dans l'État d'accueil. Cet aménagement permet aux titulaires du droit à la libre circulation formés dans un autre système national pour la même profession d'acquérir le titre professionnel de l'État d'accueil. Cette fonction est remplie par les dispositions du chapitre III (Reconnaissance sur la base de la coordination des conditions minimales de formation)²⁶ et du chapitre I (Régime général de reconnaissance des titres de formation)²⁷ du Titre III de la directive de reconnaissance n° 2005/36/CE.²⁸ Telle est aussi l'une des fonctions dévolues à la directive n° 98/5/CE, plus précisément de ses dispositions visant à permettre l'intégration de l'avocat en mobilité dans la profession de l'État d'accueil après une période d'acclimatation dans cet État.

Ainsi, si l'accès à une activité exige la détention d'une preuve de qualification ou de compétence délivrée par le système national, cette activité relève d'une profession réglementée fermée. Les directives de reconnaissance donnent à cette profession réglementée (et au monopole qui lui est accordé) un caractère ouvert, en organisant, au profit des bénéficiaires de la libre circulation, la prise en considération des preuves de qualification ou de compétence acquises dans un autre État qui correspondent à celles qui sont normalement exigées.²⁹ Par conséquent, on peut qualifier une profession faisant l'objet d'un monopole des actes ou du titre comme étant de caractère ouvert quand, pour satisfaire aux conditions de qualification qui régissent son accès ou son exercice sous la forme la plus favorable, on peut produire des preuves obtenues en dehors du système national d'éducation et de formation par les ressortissants d'autres États ou par les nationaux de l'État concerné, si ces preuves reçoivent la capacité, bien qu'ils aient été obtenus à l'étranger, de remplacer les preuves de qualification normalement requises par la réglementation nationale.

3.2 Création d'un monopole partagé

La deuxième fonction des directives de reconnaissance est de créer dans le domaine couvert par un monopole des actes dans l'État d'accueil, pour autant qu'il y existe, une exclusivité en concours, une exclusivité qui se partage entre

26 Article 21 et suiv. de la directive n° 2005/36/CE.

27 Article 10 et suiv. de la directive n° 2005/36/CE.

28 Voir PERTEK, Jacques. La reconnaissance des diplômes, un acquis original rationalisé et développé par la directive n° 2005/36 du 7 octobre 2005. *Europe*, 2006, n° 3, p. 5.

29 PERTEK, Jacques, op. cit. supra, note n° 10, p. 631.

deux types de professionnels. Ces professionnels sont identifiés par leur titre professionnel, qui est soit le titre professionnel de l'État d'accueil, ou le leur titre professionnel d'origine. Cette fonction a initialement été remplie seulement par les deux directives spécifiques aux avocats, par la directive „service“³⁰ et par la directive „établissement“³¹. Cette fonction est aussi remplie par le Titre II de la nouvelle directive de reconnaissance pour ce qui concerne la prestation de services des professions couvertes par le régime général de reconnaissance de la formation.

3.3 Création d'un nouveau monopole

De manière alternative à la fonction précédente, en fonction du type de monopole existant dans l'État d'accueil, on peut distinguer une troisième fonction des directives de reconnaissance, qui est la création d'un nouveau monopole du titre adjoint au titre prévu par la réglementation de l'État d'accueil. Cette fonction se manifeste notamment lorsque la profession est protégée seulement par un monopole du titre. En ce sens, les directives de reconnaissance créent un nouveau monopole différent du monopole fondé sur le titre professionnel de l'État d'accueil, car elles admettent d'autres titres professionnels des autres États. Cette fonction est remplie par les dispositions de Titre II de la nouvelle directive de reconnaissance portant sur la prestation de services, mais aussi par les directives „services“ et „établissement“ précitées.

3.4 Participation aux monopoles

La quatrième fonction, qui apparaît avec la nouvelle directive de reconnaissance, consiste à permettre la participation à l'exclusivité du titre et/ou au monopole des actes, pour ce qui concerne la prestation de services de certaines professions, celles qui ont „des implications en matière de sécurité et de santé publiques“, autres que celles qui ont été couvertes par les systèmes sectoriels de reconnaissance. S'il se conforme aux exigences de qualifications prévues, le prestataire peut effectuer la prestation sous le titre professionnel de l'État d'accueil, et non, comme c'est normalement le cas, sous le titre professionnel d'origine. Ainsi, le professionnel participe au monopole des actes ou au monopole du titre dans l'État d'accueil, bien qu'il ne soit pas intégré dans la profession de l'État d'accueil.³²

30 Directive n° 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, *JO CE n° L 78 du 26.3.1977*, p. 17.

31 Directive n° 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, *JO CE n° L 77 du 14.3.1998*, p. 36.

32 Pertek, J., op. cit. supra, note n° 29, p. 5.

5 Conclusion

L'intégration dans la profession de l'État d'accueil, qui n'est pas obligatoire, peut être donc acquise par deux parcours différents. D'une part, le système général de reconnaissance des diplômes, désormais régi par la directive „reconnaissance“ précitée, permet à l'avocat migrant de subir l'épreuve d'aptitude. D'autre part, le deuxième parcours, instauré par la directive „établissement“ est constitué par une période d'acclimatation. Entre les deux systèmes organisant ces parcours différents, la perspective est inversée: en application de la directive „reconnaissance“, c'est l'intégration dans la profession de l'État d'accueil qui y permet la pratique permanente, tandis qu'avec la directive „établissement“, c'est la pratique permanente dans l'État d'accueil qui permet l'intégration dans la profession de cet État.³³

Cependant, ce n'est pas seulement le législateur de l'Union qui a contribué à la libéralisation de l'exercice transfrontalier de la profession d'avocat en Europe. A cet égard, il convient de souligner le rôle particulièrement important de la jurisprudence de l'Union. C'est la Cour de la justice qui a élargi considérablement le champ d'application et la portée des libertés fondamentales émanant du droit primaire. Elle a imposé aux États membres une obligation d'éliminer tous les obstacles discriminatoires et elle les a également obligé à “prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres que l'intéressé a acquis“ dans un autre État membre et à procéder „à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par les règles nationales“³⁴.

De plus, la libéralisation de l'exercice transfrontalier de la profession d'avocat dans l'Union européenne devrait aussi influencer la formation des avocats et des futurs juristes. Il s'ensuit que les systèmes de formation juridique nationaux ne doivent pas être concentrés seulement sur le droit national, le droit international et le droit de l'Union, mais doivent de plus en plus intégrer des éléments des ordres juridiques nationaux des autres États membres, soit à titre comparatif soit dans le cadre d'une formation plus profonde dans les domaines particuliers du droit étranger, dans la formation des juristes européens, afin que ceux-ci sachent profiter des opportunités offertes par la réglementation de l'Union facilitant la libre circulation des avocats dans l'Union européenne.

33 Voir PERTEK, Jacques. L'Europe des professions d'avocat après la directive 98/5 sur l'exercice permanent dans un autre État membre. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001, pp. 108–109.

34 Arrêt de la Cour du 7 mai 1991, aff. C-340/89, Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, Rec. 1991, p. I-2357, point 16.

Références

- PERTEK, Jacques. *Les avocats en Europe*. Paris: LGDJ, 2000, p. 17.
- Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 26 octobre 1995, aff. C-164/94, Georgios Arantitis contre Land Berlin, Rec. 1996, p. I-135, notamment au point 27.
- Directive n° 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, *JO CE n° L 78 du 26.3.1977*, p. 17.
- Directive n° 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, *JO CE n° L 77 du 14.3.1998*, p. 36.
- PERTEK, Jacques. L'Europe des professions d'avocat après la directive 98/5 sur l'exercice permanent dans un autre État membre. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001, pp. 108–109.
- M. Esperança Ginebra Mollins and J. Tarabal Bosch (eds). *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo 2016, pp. 479.